

Organizadores
Augusto Martín de la Vega
Gustavo Ferreira Santos
Roberto Viciano Pastor

PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS ESPANHA-BRASIL

Autores

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia
Antonio de Cabo de la Vega
Argemiro Cardoso Moreira Martins
Augusto Martín de la Vega.
Gustavo Ferreira Santos
João Paulo Allain Teixeira
Laura Hernández Llinás
Leonardo Valles Bento
Lilian Balmant Emerique
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Mônica Teresa Costa Sousa
Roberto Viciano Pastor



tirant
lo blanch

Organizadores
Augusto Martín de la Vega
Gustavo Ferreira Santos
Roberto Viciano Pastor

PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Diálogos constitucionais Espanha-Brasil



tirant
lo blanch

São Paulo
2020



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Natália Carrascoza Vasco

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

P529 Permanência e mudança da constituição [livro eletrônico] : diálogos constitucionais Espanha-Brasil
Organizadores Augusto Martín de la Vega,
Gustavo Ferreira Santos, Roberto Viciano Pastor. –
1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.
1 Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-037-3

1.Direito constitucional. 2. Direito – constitucional -
comparado. I. Título.

CDU: 342(81+460)

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Organizadores
Augusto Martín de la Vega
Gustavo Ferreira Santos
Roberto Viciano Pastor

PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Diálogos constitucionais Espanha-Brasil

AUTORES

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA
ANTONIO DE CABO DE LA VEGA
ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS
AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA.
GUSTAVO FERREIRA SANTOS
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
LAURA HERNÁNDEZ LLINÁS
LEONARDO VALLES BENTO
LILIAN BALMANT EMERIQUE
MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA
MÔNICA TERESA COSTA SOUSA
ROBERTO VICIANO PASTOR



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
PRIMEIRA PARTE - CRISES CONSTITUCIONAIS, PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO	11
LA ACTIVACIÓN POLÍTICA DEL PODER CONSTITUYENTE EN ESPAÑA Y SUS CAUCES JURÍDICOS.....	12
LA REFORMA CONSTITUCIONAL: DE LO ADMIRABLE A LO POSIBLE	25
UN BREVE BALANCE SOBRE LA DEMOCRACIA BRASILEÑA BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1988, ESPECIALMENTE EN LOS ÚLTIMOS AÑOS TORMENTOSOS	52
BRASIL: UM (DURO) TESTE PARA A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	65
SEGUNDA PARTE - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS EXPERIÊNCIAS E AS EXPECTATIVAS.....	74
DEBATES CONSTITUCIONALES EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DE LAS ACCIONES POSITIVAS Y REFORMAS CONSTITUCIONALES	75
PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: EN BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO	94
REINICIO Y CONSOLIDACIÓN: DERECHOS POLÍTICOS EM 30 AÑOS DE CONSTITUCIÓN EM BRASIL.....	118
CONCISO BALANÇO SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	133
QUAIS REFORMAS PARA OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: A CONTINUIDADE DA LUTA FEMINISTA	151
TERCEIRA PARTE - O JUDICIÁRIO E A GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO: AS EXPERIÊNCIAS E AS EXPECTATIVAS	167
EL PODER JUDICIAL EN BRASIL: BALANCE Y PERSPECTIVAS ANTE LOS 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988	168

PROPUESTA DE REFORMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA.....	176
PROPOSTA DE REFORMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	191

AUTORES

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia é Professor na Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Pós-doutorado na Universidade do Porto (Portugal) Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Antonio de Cabo de la Vega é Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Complutense de Madri. É diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Críticos da Universidade Complutense de Madrid.

Argemiro Cardoso Moreira Martins é professor de direito público na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Foi Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Augusto Martin de la Vega é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca. Doutor em Direito com Prêmio Extraordinário pela Universidade de Salamanca. Diretor do Departamento de Direito Público Geral da Universidade de Salamanca.

Gustavo Ferreira Santos é Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Fez Estágio Pós-Doutoral na Universidade de Valência e foi Visiting Scholar no Boston College. Foi Coordenador Adjunto, Coordenador Adjunto para Mestrados Profissionais e Coordenador da Área de Direito na CAPES. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

João Paulo Allain Teixeira é Professor da Universidade Federal de Pernambuco, da Universidade Católica de Pernambuco e das Faculdades Integradas Barros Melo. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Teorias críticas do Direito pela Universidade Internacional de Andaluzia, Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa REC - Recife Estudos. Bolsa Produtividade em Pesquisa do CNPq

Laura Hernández Llinás é Pesquisadora em Formação (FPU) da Área de Direito

Constitucional da Universidade de Salamanca

Leonardo Valles Bento é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Auditor da Controladoria Geral da União (CGU). Pesquisador Visitante na Universidade de Valencia.

Lilian Balmant Emerique é Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-doutorado em Direito na Universidade de València (Espanha). Pós-doutorado em Direito na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito PUC-SP. Mestrado em Direito PUC-Rio e Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais na Universidade Nova de Lisboa.

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega é Professora Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Professora na Universidade de Ribeirão Preto. Mestre e doutora em Direito pela PUC SP. Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pesquisadora Université Paris X (França).

Mônica Teresa Costa Sousa é Professora Associada da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) nos cursos de graduação em Direito e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito e Instituições do Sistema e Justiça (PPGDir / UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult / UFMA). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC). Professora Visitante na Universidad de Valencia/Espanha (Bolsa CAPES PVEX 88881.170435 / 2018-01).

Roberto Viciano Pastor é Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Valencia. Na mesma Universidade é Titular da Cátedra Jean Monnet sobre instituições políticas da União Europeia. Foi Diretor do Departamento de Direito Constitucional e Secretário Geral na Universidade de Valencia. Dirigiu o programa de doutorado em Direito da Universidade Andina Simón Bolívar (Equador) e o doutorado em Direito Constitucional na Universidade Maior de San Andrés de La Paz (Bolívia). Também é Diretor do Master em Direito Constitucional da Universidade de Valencia e codirector dos Masters em Direito Eleitoral e em Direito Parlamentar e Técnica Legislativa da Universidade de Castilla-A Mancha. Dirigiu equipes de assessoramento às Assembleias Constituintes de Equador (1998 e 2008), Venezuela (1999) e e Bolívia (2009).

APRESENTAÇÃO

As constituições são feitas para regular a vida política de uma determinada sociedade com pretensão de permanência. No entanto, a vida política de um país é dinâmica e conhece mudanças imprevisíveis. As constituições precisam ser continuamente reinterpretadas e, quando os textos perdem capacidade de regular a realidade, precisam ser reformadas. Só assim permanecerão aptas a solucionar os problemas cotidianos.

As atuais ordens constitucionais do Brasil e da Espanha compartilham algumas características em comum, especialmente o fato de terem resultado de processos de transição de ditaduras para democracias. Essa característica marca o processo inicial de aplicação dos dois textos e tem, nos dois casos, efeitos sobre os debates constitucionais nacionais. Evidentemente, cada país fez o seu próprio caminho e os resultados foram diferentes.

Quando adotou atual Constituição, a Espanha saía de uma ditadura mais longa que a brasileira. O país viveu um processo de negociação entre as diversas forças políticas para estabelecer um pacto que sustentasse de forma longa essa democratização. Depois de quarenta anos, há espaço para se pensar outros caminhos, pois a realidade pede respostas que o texto já não pode dar.

O Brasil, em 1988, saía de uma ditadura de pouco mais de vinte anos. No entanto, antes, durante o século XX, já tinha vivido outra ditadura e tinha falhado no processo de redemocratização. A redemocratização pós-88 deixou muitos problemas sem a abordagem adequada, pois a transição não fez os acertos de contas necessários com a ditadura recém acabada, o que contribuiu para que a democracia que a Constituição implantou vivesse crises e, na atualidade, uma crise que a ameaça efetivamente.

Os textos que compõem esse livro refletem sobre essas duas constituições. Eles foram escritos por professores de Direito Constitucional que participaram de dois congressos hispano-brasileiros de Direito Constitucional que discutiram as constituições dos dois países. Os congressos foram organizados por uma rede de professores de oito universidades, quatro espanholas e quatro brasileiras. O primeiro congresso fez um balanço dos trinta anos de vigência da Constituição do Brasil e dos quarenta anos da Constituição da Espanha. O segundo congresso colocou em questão perspectivas de reformas das duas constituições. Por isso, os textos aqui apresentados olham para a história constitucional recente dos dois

países e, ao mesmo tempo, apontam para possíveis alterações do texto ou da prática constitucional nos dois países.

Os capítulos deste livro captam as especificidades dos dois países e colocam em questão problemas que, em muitos aspectos, são comuns aos dois. Trata-se de um aprendizado mútuo. Há, nos textos, um claro compromisso com a natureza democrática do Estado, o que precisa ser destacado quando da interpretação da Constituição.

Dividimos o livro em três partes.

Uma primeira parte contém quatro textos que discutem de uma forma mais abrangente as experiências constitucionais dos dois países nessas décadas de vigência de suas constituições e as perspectivas de mudanças. Os textos de Roberto Viciano Pastor e Augusto Martín de la Vega discutem condições para o exercício na Espanha do poder constituinte e exercício do poder de reforma. Os textos de Argemiro Cardoso Moreira Martins e de Gustavo Ferreira Santos tratam das mais recentes crises vividas pelo Brasil e suas perspectivas de, pela via constitucional, superação.

Uma segunda parte do livro trata de diferentes aspectos dos direitos fundamentais. Laura Hernández Llinás discute o princípio da igualdade, em suas diferentes dimensões, apontando para o reconhecimento, em sua aplicação, do instituto das ações afirmativas. Leonardo Valles Bento discute a proteção de dados e a transparência na Administração, um desafio para as democracias. Mônica Teresa Costa Sousa discute direitos políticos, com ênfase na participação popular sob a Constituição brasileira. O texto de Lilian Balmant Emerique aborda diversos desafios para a concretização direitos sociais no Brasil, discutindo os caminhos que nos últimos trinta anos foram trilhados. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega dá foco na questão dos direitos das mulheres em possíveis alterações nas normas que tratam de direitos econômicos, sociais e culturais.

Por fim, uma terceira parte do livro traz textos sobre o Judiciário e o controle de constitucionalidade. O texto de João Paulo Allain analisa a trajetória do Poder Judiciário no Brasil, na prática da Constituição de 1988. Os textos de Alexandre Bahia e de Antonio de Cabo apontam possíveis reformas dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil e na Espanha, respectivamente.

Vamos à leitura.

Salamanca/Recife/Valencia, agosto de 2020.

Augusto Martín de la Vega
Gustavo Ferreira Santos
Roberto Viciano Pastor

**PRIMEIRA PARTE - CRISES CONSTITUCIONAIS,
PERMANÊNCIA E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO**

LA ACTIVACIÓN POLÍTICA DEL PODER CONSTITUYENTE EN ESPAÑA Y SUS CAUCES JURÍDICOS¹

Roberto Viciano Pastor²

Este trabajo aborda tres cuestiones independientes aunque estrechamente relacionadas. Tres cuestiones sobre las que, además, planean un buen número de equívocos: las condiciones para la activación del poder constituyente, las resistencias que encontraría, y los cauces jurídicos para desbordar esas resistencias.

Efectivamente, el primer malentendido que conviene despejar es qué se entiende por activación del poder constituyente. Y ello es debido a que la teoría conservadora y legalista del poder constituyente ha extendido la idea de que el poder constituyente sería una suerte de fuerza exterior que precisaría de algún detonante y, más precisamente, de un detonante jurídico. Es decir, el poder constituyente necesitaría de una iniciativa, como el proceso legislativo o un juicio civil para ponerse en marcha.

Esta noción carece, en realidad, de todo sentido. Si el poder constituyente es un poder (es decir, si tiene la capacidad de imponer conductas) es evidente que no precisará de nadie para activarse. Será la presencia física de sus integrantes en las asambleas, en las calles, en los medios de comunicación o donde fuere, la que mostrará la activación de dicho poder.

Cosa diferente es tratar de analizar cuáles serían las condiciones mínimas, favorables u óptimas para que (a juicio de quien realiza el análisis) llegue a activarse dicho poder; estudiar los rasgos de la realidad que hacen imposible, difícil o improbable dicha situación; o, por último, tratar de contribuir a un estado de cosas tal que favorezca dicha autoactivación. Este trabajo pretende ofrecer herra-

1 Una primera versión de este trabajo fue publicada en WILHELMI, Marco Aparicio. **Por una asamblea constituyente: una solución democrática a la crisis**. Madrid: Sequitur, 2012.

2 Roberto Viciano Pastor é Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Valencia. Na mesma Universidade é Titular da Cátedra Jean Monnet sobre instituições políticas da União Europeia. Foi Diretor do Departamento de Direito Constitucional e Secretário Geral na Universidade de Valencia. Dirigi o programa de doutorado em Direito da Universidade Andina Simón Bolívar (Equador) e o doutorado em Direito Constitucional na Universidade Maior de San Andrés de La Paz (Bolívia). Também é Diretor do Master em Direito Constitucional da Universidade de Valencia e codiretor dos Masters em Direito Eleitoral e em Direito Parlamentar e Técnica Legislativa da Universidade de Castilla-A Mancha. Dirigiu equipes de assessoramento às Assembleias Constituintes de Equador (1998 e 2008), Venezuela (1999) e e Bolívia (2009).

mientas discursivas para que esta activación sea imaginable, como requisito previo para su actuación en la realidad, pero no ignora las dificultades que existen en el momento actual para que se produzca. A estas dificultades se dedica el primer epígrafe de este capítulo.

Consecuentemente, si el poder constituyente (de manera autónoma, aunque como resultado de las acciones individuales y colectivas de todos nosotros) no se activa, el resto de las consideraciones carecen de interés. Si dichas condiciones llegan a darse, o si, aunque pensemos que es casi imposible o muy improbable, el poder constituyente llegara a activarse, chocaría sin duda con las resistencias y dificultades que se analizan en la segunda parte del estudio.

Ahora bien, debería quedar claro que, existiendo la voluntad política popular de transformar un sistema político, difícilmente podrá frenarse el proceso alegando legalismos procedimentalistas. Esto no quiere decir que no sea más sencillo, más ordenado, o más conducente a un buen resultado el emplear unos u otros cauces jurídicos. Precisamente por ello, al análisis de dichas opciones se dedica la parte final de este capítulo.

1. ¿QUÉ CONDICIONES ACTUALES FAVORECEN O DIFICULTAN LA ACTIVACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE?

Parece que este análisis puede girar, fundamentalmente, en torno a tres cuestiones: la presencia o ausencia en el imaginario colectivo de la opción constituyente; la incapacidad de acción colectiva emancipadora en la subjetividad popular; y la brecha que las rupturas política, social y económica provocadas por las sucesivas crisis podría provocar en la conciencia popular.

Hasta hace apenas unos años la idea de Constitución o de proceso constituyente actuaba como un elemento de parálisis y congelación de la acción popular colectiva. Efectivamente, la Constitución era concebida como un hecho fundante e intocable del pasado de cuya conservación dependía nuestra supervivencia en el presente. Decir Constitución era tanto como decir inacción política. Sin embargo, y de manera relativamente imprevista, las formas de reivindicación popular ligadas al 15-M y otras similares colocaron sobre la mesa la idea de la asamblea constituyente como mecanismo de acción política. Aunque no puede decirse que esta propuesta haya calado en las clases medias, ni en las clases populares de forma generalizada, el hecho cierto es que la propuesta constituyente comienza a aparecer en las asambleas y otras formas de organización de la sociedad civil. En este sentido, cabe decir que el mito de la intangibilidad constitucional

ha comenzado a debilitarse.

Más allá de que esta propuesta constituyente se haya instalado en el imaginario colectivo como una posibilidad, lo realmente necesario es que dicha idea se convierta en objeto de deseo y apropiación por parte de un colectivo lo suficientemente numeroso.

Tal posibilidad, resulta hoy, en principio, de difícil materialización. No parece existir una población que se autoconciba como ciudadanía politizada deseosa de tomar en sus manos el destino del país. Y ello porque fruto de la expansión productiva industrial de las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y fruto, al mismo tiempo, de la mayor redistribución del excedente que el Estado social implicó para la clase trabajadora, conformándola como un colectivo con capacidad de consumo más allá de la cobertura de sus necesidades básicas, se operó un cambio en la mentalidad empresarial consistente en percibir, ahora, la capacidad de consumo como el nuevo motor de la economía.

No obstante, si bien al inicio el incremento de la capacidad de consumo de los trabajadores tenía un sentido instrumental y se vinculaba a la mejora directa de sus condiciones materiales de existencia, rápidamente esta dimensión instrumental del consumo se vio superada por una dimensión simbólica o expresiva del mismo. El valor del producto de consumo (un coche de la marca Ferrari, una camisa Ralph Lauren, etc.) se vinculaba a la carga simbólica, al significado social, que el producto lleva asociado, no a su valor de uso. En consecuencia, el consumo pasó a configurarse como el campo de juego principal de la distribución de significantes sociales, y la mercancía a ser un producto de diferenciación, de distinción, de singularización simbólica de una persona respecto del resto.

Tal simbolización del consumo tiene consecuencias importantes en los procesos identitarios. El objetivo del individuo es ahora destacar su individualidad, su singularidad en el interior del grupo social. La diferenciación singularizadora, o la expresión simbólica de la propia singularidad, deviene el motor principal de construcción de sentido existencial de los individuos. La voluntad de singularización, de “autenticidad”, expresa el nuevo objetivo vital de las personas. Ello ha provocado una transformación en la individualización propia de la modernidad. La individualización ya no es activa e ideológica. Sino que es una individualización, autorreferencial, pasiva y desideologizada (el individuo busca su sentido, ya no en valores externos universales, sino dentro suyo). La nueva individualización ya no genera sino que deconstruye “ciudadanía”. La financiarización de la economía con el aumento ilimitado del crédito también hacia las

clases populares, las ha incorporado a un circuito de especulación, consumo, créditos y deudas que refuerza aún más el individualismo consumista anteriormente descrito.

Ahora bien; la acumulación de la crisis financiera de 2008 al 2013 y la actual crisis post-pandemia del COVID19, unida a la actual crisis institucional que afecta a la Jefatura del Estado y la forma monárquica, abre un nuevo escenario. Las consecuencias económicas de la crisis post-pandemia puede provocar que el volumen de recursos económicos en manos de los trabajadores se reduzca, de manera que la capacidad de consumo de una amplia mayoría se sujete, en muchos casos, a las meras condiciones materiales de existencia. Ello provoca una nueva forma de estructuración social basada en la diferenciación entre los que tienen capacidad de consumo y los que no, que puede convertirse en sustituto de la antigua “conciencia de clase”, generadora de organización-acción.

Una profundización de la actual crisis económica y política podría conducir a una triple fractura económica, social y política que contribuya a eliminar los elementos desmovilizadores de la sociedad individualista de crédito y consumo. Sectores cada vez mayores de la población pueden sentir que se ha roto el consenso básico del pacto social en el momento en que se produzcan hechos tales como la subida de los tipos de interés o mayores recortes salariales o de prestaciones sociales. Igualmente, la incapacidad del sistema de garantizar condiciones básicas de bienestar (por ejemplo, el desabastecimiento en farmacias u hospitales) podría marcar una línea de fractura social en el consenso básico de nuestra sociedad. Por último, una escenificación particularmente llamativa de la absoluta separación entre clases dirigentes y sociedad civil (como la que se escenificó en Grecia en la crisis de 2008 y, en parte, se sigue escenificando en Italia) podría ser percibida en términos de fractura del contrato político.

Estos acontecimientos, u otros análogos, podrían no darse, pero tampoco parecen imposibles en el actual horizonte de gestión de la crisis. Qué forma adoptará la respuesta colectiva a estas fracturas es uno de los interrogantes fundamentales del momento actual. ¿Se producirá una deriva irracionalista, de tipo neofascista o una toma de conciencia política? En la solución a estas preguntas se juega, probablemente, el futuro inmediato de nuestro sistema político.

2. LAS RESISTENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS A LA ACTIVACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

En todo caso, si se recuperara la conciencia colectiva y ésta asumiera la de-

manda de nuevo pacto constituyente, se produciría el choque con considerables resistencias políticas y jurídicas.

En primer lugar, como se ha examinado, la existencia de una regulación poco democrática de la reforma constitucional, que excluye que la ciudadanía pueda ejercer la iniciativa en el procedimiento de reforma, junto con la no previsión constitucional de la posibilidad de activación del poder constituyente. Y, vinculado a ello, la presencia de una clase política hostil a la realización de cualquier cambio constitucional y, con mayor motivo, a la activación de un proceso constituyente que pudiera suponer la pérdida de su hegemonía.

Frente a estas resistencias, tradicionalmente, las experiencias constituyentes que se han producido regidas por un procedimiento realmente democrático, se han generado mediante la toma del poder por los sectores sociales descontentos, a través de un proceso revolucionario, que ha desembocado en una ocupación de las instituciones mediante una vía de facto, normalmente vinculado a una acción violenta que ha roto y desconocido el anterior orden jurídico-político.

Sin embargo, las modernas experiencias constituyentes producidas en América Latina o en Islandia, han conseguido que el acceso al poder de los promotores del proceso constituyente en lugar de realizarse mediante una acción revolucionaria violenta, se lleve a cabo mediante procesos democrático-electorales, precedidos de movilizaciones pacíficas y generación de conciencia política en los sectores sociales medios y populares.

En todos esos casos, la ciudadanía ha votado a fuerzas políticas que han llevado como propuesta central de su programa electoral, la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Y aun así, la activación del proceso no ha sido fácil pues los ordenamientos constitucionales vigentes en esos países al momento de producirse ese triunfo electoral de los partidarios del cambio constitucional, eran ordenamientos diseñados, como el español, para obstaculizar si no impedir una modificación total del texto constitucional. Ahora bien; habiendo asumido los activadores del poder constituyente, democráticamente, los principales resortes del poder en el seno del Estado, pudieron superar los obstáculos y dificultades que estaban previstos en el ordenamiento constitucional que iba a ser derogado.

Así pues, en España, dado que no está previsto expresamente en la vigente Constitución la posibilidad de que la ciudadanía pueda, por sí misma, activar un proceso constituyente no queda sino hacer uso de mecanismos indirectos para conseguir ese objetivo político.

3. LOS CAUCES JURÍDICOS DE ACTUACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

En este sentido nos encontramos con dos posibles medios para lograr la convocatoria de una Asamblea Constituyente: el triunfo en un proceso electoral de una nueva o ya existente fuerza política o conjunto de fuerzas políticas que tengan como objetivo central la activación de un proceso constituyente o la articulación de un mecanismo de presión social que obligue a los actuales gestores del poder político del Estado a activar, muy a su disgusto, el proceso constituyente. O incluso, aunque difícil, un acuerdo entre una mayoría de las fuerzas políticas del arco parlamentario que concluyan que no se puede llevar una reforma parcial de la Constitución por la vía de la reforma y apuesten por generar una Asamblea Constituyente.

Por supuesto, el triunfo electoral de una fuerza política que plantee la activación del poder constituyente supone, además de la existencia de una mayoría social muy consciente de la necesidad del cambio constitucional, una mayoría, aunque no sea absoluta, en las Cortes Generales y, por tanto, la posibilidad de conquistar también la Presidencia del Gobierno de España. Es obvio, que con esa hegemonía política, las decisiones político-jurídicas que habría que adoptar serían mucho más fáciles de viabilizar. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que debería conseguirse, por fuerzas propias o mediante pactos con otras fuerzas políticas, una mayoría absoluta favorable a la activación del poder constituyente en el Congreso de los Diputados, por lo que más tarde se explicará.

En el supuesto de que no exista a la vista un proceso electoral que permita obtener la mayoría en las Cortes Generales, cabe la posibilidad de utilizar otros procesos electorales para producir un cambio constitucional. Este mecanismo, además, cuenta en nuestro país con el antecedente de la Segunda República que, como se recordará, se proclamó después del triunfo de las fuerzas republicanas en las elecciones municipales de 1931 y dio paso a la activación de un proceso constituyente democrático.

Pero también puede ser utilizado un proceso electoral simplemente para la manifestación de la voluntad constituyente sin la presencia de una fuerza política que se presente a las elecciones. Se trataría de solicitar a los ciudadanos que anulen su papeleta de voto colocando una misma frase que pida de manera concluyente la activación del poder constituyente. La virtud de este mecanismo sería la facilidad para su articulación y promoción pues no necesitaría del siempre complejo mecanismo de generación de candidaturas. Pero, a cambio, no

sería fácil saber cuantos de los votos nulos eran nulos de verdad y cuantos eran manifestación política pro-constituyente, pues los votos nulos no se desglosan según la causa de nulidad. Y, por otra parte, los ciudadanos pro-constituyente dejarían en manos de los partidos políticos adversos al proceso la representación que se estuviera dilucidando. Por lo que cabe concluir que, si se tienen la fuerza social suficiente, es mejor encauzarla hacia la presentación de una candidatura pro-constituyente que hacia el voto nulo.

Debe señalarse en este punto que la opción que algunas veces se ha planteado de intentar demostrar apoyo a una propuesta mediante el recurso a la abstención electoral, actualmente, es el menos adecuado de los mecanismos. En este momento histórico y social la alianza del sistema político y mediático permite fácilmente atribuir la abstención a muchos factores que no tienen nada que ver con la voluntad de defender una posición política. En España y en la actualidad, no se puede defender una posición desde la no acción sino mediante mecanismos que reflejen fehacientemente el apoyo social a la propuesta que se hace, en este caso a la propuesta constituyente.

En el segundo de los supuestos —la presión popular sobre los gestores políticos para que asuman la demanda constituyente de la ciudadanía—, sería conveniente combinar movilizaciones ciudadanas y movimientos de protesta con la presentación de un texto, respaldado por una masiva recogida de firmas, que describa el procedimiento de activación del poder constituyente. La formulación de una propuesta escrita y minuciosa, avalada por millones de personas, resultaría esencial por dos motivos: porque demostraría de manera contrastable y contable la fuerza de la petición social, al tiempo que permitiría proponer desde la ciudadanía, de manera explícita y detallada, el mecanismo para la activación del poder constituyente. Este elemento resulta imprescindible porque un medio efectivo y habitual para desactivar o alterar la voluntad constituyente social consiste en que el poder político asuma formalmente el compromiso constituyente pero, a través de la regulación que realice del mismo, lo vacíe de contenido o lo redirija hacia donde le convenga.

La vía que podría utilizarse en este caso sería la de una iniciativa legislativa popular que presentara un texto en el que se regularan los pasos para activar el proceso constituyente. El primer problema con que se toparía este procedimiento sería el artículo 87.3 de la Constitución que establece que no pueden ser objeto de iniciativa legislativa popular las materias propias de ley orgánica. Y, a su vez, el artículo 81 de la Constitución prescribe que son materias reservadas a ley or-

gánica, entre otras, la regulación del desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas y el régimen electoral general. Y aquí nos encontraríamos con un primer problema de interpretación constitucional ya que se podría entender que una proposición de ley que regule la convocatoria de una Asamblea Constituyente podría afectar, por ejemplo, al derecho de participación política o al régimen electoral general. En ambos casos se podría argumentar de manera opuesta a esta interpretación. Veamos cómo.

Con respecto al caso de posible afectación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, puede entenderse que con la activación del poder constituyente no se afectan a los derechos constitucionales pues se trata de un proceso que está fuera de la Constitución, aconstitucional, en tanto que se trata del mecanismo de alteración del propio texto constitucional. Y lo mismo cabría defender respecto a la afectación al régimen electoral general puesto que se trataría de un proceso electoral excepcional y especial, que además debería respetar el régimen electoral general en lo que no afectara a la fijación del número de escaños de la Asamblea Constituyente, la determinación de la o las circunscripciones electorales, la distribución de escaños por circunscripción y la selección del sistema de atribución de los escaños. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha definido que “el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las Entidades territoriales que se organizan a tenor del artículo 137 de la Constitución Española salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos” (Sentencia Tribunal Constitucional 38/1983, de 16 de mayo, fundamento jurídico 3). Y resulta obvio que una Asamblea Constituyente no es una institución del Estado ni de las entidades territoriales, sino el mecanismo generador de las instituciones y la representación del poder constituyente, previo al Estado y a las entidades territoriales. En todo caso, acabaría determinándose la interpretación válida por el Tribunal Constitucional pues, en el caso de que las Cortes Generales rechazaran la iniciativa legislativa popular alegando su inconstitucionalidad, es de suponer que los promotores de la misma acudirían en amparo ante el órgano de control de la constitucionalidad. Y a efectos de la decisión del garante constitucional será determinante no tanto las argumentaciones jurídicas sino la fuerza social que apoye la iniciativa.

Si se quiere evitar el posible conflicto constitucional bastaría con la presentación de la propuesta escrita y detallada del procedimiento constituyente, con el apoyo de millones de firmas, como ejercicio del derecho de petición colectiva reconocido en el artículo 29 de la vigente Constitución. Lo importante es

que la presencia de un texto escrito que detalle la propuesta fuerza al debate en las instituciones del Estado sobre una proposición articulada por los promotores del proceso constituyente y permite apreciar el grado de desviación que pueda producirse respecto de la propuesta ciudadana cuando la misma fuera aprobada por la mayoría parlamentaria refractaria al mismo, si se ve obligada a hacerlo por el fuerte apoyo social concitado por la propuesta.

Si la presión ciudadana se dirigiera a intentar conseguir que se convocara un referéndum que pudiera aprobar la activación y procedimiento de ejercicio del poder constituyente, dicha vía serviría para medir los partidarios de la activación del poder constituyente pero no permite condicionar ese proceso.

Hay que tener en cuenta que nuestra vigente Constitución permite convocar referéndum sobre una cuestión de relevancia política pero con dos condiciones que revelan las deficiencias democráticas del actual texto constitucional: dicha convocatoria solo puede ser activada por los poderes del Estado y no por la ciudadanía mediante firmas y, además, su resultado no es vinculante para los poderes públicos sino solamente consultivo, es decir, que los poderes públicos pueden adoptar una decisión contraria a lo votado mayoritariamente por los ciudadanos sin que devenga en inconstitucional. Por tanto, la instancia convocante (el Presidente del Gobierno, previa autorización del Congreso) tendrá en sus manos la capacidad de redactar los términos de dicha convocatoria y procedimiento pues no se contaría con una propuesta cerrada redactada por los impulsores sociales de la activación del poder constituyente.

Sea como sea, bien por la combinación de presión social e iniciativa legislativa popular o ejercicio del derecho de petición, bien por la utilización de un proceso electoral, al final lo que hay que tener es un plan detallado para activar el proceso constituyente. Y llegados a este punto, también nos encontramos con una doble vía para activar dicho proceso.

Por un lado, cabe la reforma de la Constitución para que regule el procedimiento de convocatoria de una Asamblea Constituyente. Y por otro, cabe que se convoque un referéndum que apruebe el mecanismo de activación del poder constituyente. Hay que señalar que este segundo procedimiento podría tener objeciones de constitucionalidad que finalmente tendrían que ser dirimidas por el Tribunal Constitucional que, dada la fuerte identificación de sus integrantes con los partidos políticos que los han designado, cabría suponer que dictaminaran en contra de la posible utilización de la vía referendaria para la activación del poder constituyente. Me explico.

El que el procedimiento de convocatoria, elección y funcionamiento de una Asamblea Constituyente fuera aprobado por el pueblo español en referéndum “consultivo” podría ser tachado de inconstitucional alegando que la Asamblea Constituyente tiene como objetivo la reforma total de la Constitución y que la Constitución de 1978 establece que el mecanismo para la reforma total de la Constitución es el establecido en el artículo 168 del texto constitucional, es decir, la reforma a través de las Cortes Generales mediante un doble debate que incluye la disolución de las Cortes entre uno y otro debate, lo que nos conduce a un camino difícil de recorrer.

Es cierto, que también cabría otra interpretación constitucional bastante más coherente con el principio democrático que fundamenta teóricamente nuestra actual Constitución. Podría razonablemente argumentarse que el mecanismo de reforma constitucional previsto en la Constitución es una vía diferente a la activación del poder constituyente puro, pues se trata de un mecanismo de funcionamiento de lo que la doctrina ha denominado poder constituyente-constituido. Nuestra Constitución, en ese sentido, no regularía el mecanismo de activación del poder constituyente, se trataría de un vacío constitucional. Que como tal, podría ser rellenado mediante una decisión adoptada por el poder constituyente directamente a través de su voto en un referéndum. Es decir, el principio articulador de nuestro sistema constitucional, el principio de soberanía popular daría cobertura constitucional para que se entendiera que ante un vacío constitucional es perfectamente posible que la soberanía popular, el poder constituyente, directamente tome una decisión que obviamente no puede ser tachada de inconstitucional pues no modifica la Constitución sino que la complementa en algo sobre lo que no estipula nada. Pero para que prosperara dicha interpretación constitucional, los integrantes del Tribunal Constitucional tendrían que despegarse de los intereses políticos de quienes les nombraron, que seguramente les pedirían que fueran ellos los que desactivaran el proceso constituyente desde un foro formalmente jurídico que permita a la clase política no tener que confrontar con el movimiento social pro-constituyente.

Por tanto, parece más seguro que la activación del poder constituyente se realice mediante el recurso a una reforma parcial de la actual Constitución mediante el procedimiento simplificado del artículo 167 de la Constitución, que tuviera como objeto precisamente añadir un nuevo artículo al texto constitucional o modificar los actuales artículos 168 o 169, para regular la convocatoria y funcionamiento básico de un proceso constituyente mediante Asamblea Constituyente y ratificación popular. Y ello sería posible dado que el procedimiento

agravado del artículo 168 de la Constitución solo está reservado para la reforma total del texto o para la reforma parcial del Título Preliminar, del Título I (De los derechos y deberes fundamentales) o del Título II (De la Corona) de la Constitución, mientras que la inclusión de un nuevo artículo 169 o la modificación de los actuales artículos 168 o 169 se realizaría en el marco del Título X (De la reforma constitucional) de la Constitución que no se encuentra especialmente protegido por el procedimiento agravado. Es decir, que podría ser aprobado, tal y como ha sucedido recientemente con el artículo 135 de la Constitución, simplemente por mayoría de tres quintos de las dos Cámaras de las Cortes Generales o con la mayoría absoluta del Senado y la mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados, aunque sería deseable que, al contrario de lo que ha ocurrido con el artículo 135, se sometiera para su aprobación final a referéndum popular.

Es cierto que algunos de los recalcitrantes constitucionalistas orgánicos podrían argumentar que con la inclusión de este nuevo artículo se afectaría al principio de democracia representativa establecido en el artículo 1.2, dentro del Título Preliminar. Y que por tanto, la inclusión de un mecanismo de activación del poder constituyente podría entenderse como contrario a dicho principio y, consiguientemente, a lo establecido en un artículo inserto en el Título Preliminar. Pero dicha argumentación, un poco traída por los pelos, olvidaría que la inclusión del nuevo mecanismo de cambio constitucional sería más coherente con el principio democrático y el de soberanía nacional, así como con el artículo 23 de la Constitución que establece que los ciudadanos españoles pueden participar políticamente de manera directa o a través de representantes. Todo ello, sin tener que recordar que la propia Asamblea Constituyente es un órgano representativo, si bien es cierto, que sus decisiones deben ser refrendadas directamente por los ciudadanos y ciudadanas mediante referéndum ratificatorio final, de carácter vinculante.

Sea cual sea la vía, bien la consulta directa a la ciudadanía sobre el procedimiento a seguir para elegir y regular básicamente una Asamblea Constituyente y la ratificación popular de sus resultados, bien la inclusión en el texto constitucional de dicho procedimiento, lo que está claro es que, para evitar que pueda ser dinamitada y mistificada la activación del procedimiento constituyente éste debería tener las siguientes características mínimas que permitan que mantenga su lógica política:

1. La activación del proceso constituyente debe realizarse a instancias del pueblo soberano o mediante su aprobación directa. Quiere decirse con ello que si se procede a incluir un nuevo artículo en la Constitución regulador de la activa-

ción del poder constituyente, debería prescribir que ésta deberá realizarse mediante referéndum vinculante, convocado bien por el Presidente del Gobierno, bien por un número representativo pero no elevado de miembros de las Cortes Generales (¿un 20%?) pero también por un número representativo, pero que no lo convierta en impracticable, de electores (¿un 15%?). Dicho referéndum debe tener el doble objetivo de aprobar la activación del poder constituyente y, en pregunta separada, validar la normativa que regirá básicamente el proceso y la elección de la Asamblea Constituyente. Por lo que, en todos los casos, los proponentes deberían presentar la propuesta de normativa reguladora del proceso. Es importante señalar que, dado que se trata de definir las reglas de juego del sistema político, económico y social del país, es imprescindible que estén representadas todas las sensibilidades sociales, por lo que debe consignarse constitucionalmente que el sistema electoral debe ser lo más proporcional posible y lo más garantista posible para la presencia de las minorías. En ese sentido parece aconsejable la utilización de un sistema de lista nacional o, al menos, por comunidad autónoma, en cuyo caso, deberá preverse que se distribuyan los escaños proporcionalmente a la población de cada comunidad autónoma.

2. Debería tomar previsiones para garantizar que la campaña electoral se realizará en plano de igualdad para todas las candidaturas concurrentes, haciéndose cargo el Estado de la financiación exclusiva y excluyente de los mecanismos de publicidad y difusión de las candidaturas y sus propuestas constituyentes, tanto en cuanto a propaganda de todo tipo o información a través de los medios públicos y privados de comunicación.
3. Debería incluir la declaración de que la Asamblea Constituyente representa al poder constituyente y, por tanto, no está vinculada por el Derecho preexistente, incluida la anterior Constitución que seguirá produciendo efectos en los demás órdenes del poder público pero no frente a la Asamblea Constituyente. Sería también conveniente que se estableciera que la Asamblea Constituyente no podrá tomar decisiones, salvo autorización expresa por la ciudadanía en el referéndum de activación del poder constituyente, que no sean referidas a la elaboración del texto constitucional o que tengan como finalidad garantizar sus trabajos y los resultados de las decisiones constituyentes que adopte. Todo ello con el objeto de evitar posibles abusos por parte de los constituyentes.
4. Debería regular los elementos básicos de los mecanismos de participación popular y de consultas a los movimientos sociales, que deberán ser respetados por los constituyentes para garantizar que, en la mayor medida posible, el debate trascienda los muros de la Asamblea Constituyente y permita la interacción de la ciudadanía y de los agentes de representación de los intereses sociales, pudiendo ser de gran utilidad en este caso el recurso a la actual experiencia constituyente islandesa.
5. Debería regular el procedimiento de adopción del texto constitucional por la Asamblea Constituyente, que debe ser el tradicional de mayoría absoluta, aunque siempre con la vista puesta en intentar conseguir el más amplio apoyo

de miembros de la Asamblea.

6. Y por último, debería regular el referéndum de aprobación del texto constitucional. En este caso, debería hacerse una regulación que vaya más allá de la solución tradicional basada en un referéndum de aprobación global del texto constitucional. Debe tenerse en cuenta, que actualmente sigue utilizándose el mecanismo de aprobación popular del texto constitucional que se utilizó en el primer proceso constituyente democrático del mundo, el que sirvió para aprobar el texto jacobino francés de 1793, es decir, la pregunta sobre la aceptación global del texto constitucional emanado de la Asamblea Constituyente. No parece razonable que más de doscientos años después la participación directa de los ciudadanos en la aprobación del texto que regula sus derechos y libertades y establece el marco de actuación de los poderes públicos y privados, se siga limitando ésta a una decisión global sobre un texto que regula una enorme diversidad de cuestiones todas ellas de gran importancia para la vida, la libertad y los intereses de los ciudadanos. Por tanto, sería conveniente abrir más el espacio de participación directa del poder constituyente, a través del fraccionamiento de la aprobación del texto constitucional por títulos o capítulos del proyecto de Constitución, de manera que los ciudadanos puedan modular su aprobación según el tema de que se trate. Así sería perfectamente posible que un ciudadano pueda manifestar su conformidad con la regulación, por ejemplo, de los derechos políticos pero su rechazo a la redacción dada a la parte de los derechos sociales o a la organización territorial del Estado. Para evitar distorsiones, podría hacerse una primera pregunta de aprobación general del texto constitucional. Si en la valoración global el texto fuera rechazado, no se pasaría a ver la aprobación por apartados del mismo. Igualmente, quienes hayan manifestado su rechazo global al texto constitucional no tendrían derecho a expresar su rechazo a partes concretas del mismo, opción ésta que quedaría reservada para quienes hubieran decidido aprobar con carácter general el texto constitucional sometido a la consideración del poder constituyente. En todo caso, podría pensarse en que los ciudadanos o un significativo número de constituyentes pudieran solicitar el voto individualizado sobre una concreta cuestión o artículo constitucional sobre el que exista una gran controversia social.

Estas son, pues, algunas ideas que, sin considerarse un catálogo cerrado, pueden animar el debate social sobre el mecanismo de activación del poder constituyente en la España actual.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL: DE LO ADMIRABLE A LO POSIBLE

Augusto Martín de la Vega³

1. INTRODUCCIÓN

1.1 ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

En España se habla mucho de reforma constitucional pero se reforma poco. La historia de la utilización de este mecanismo de adaptación del texto a la evolución de la sociedad, garantizando a su vez la supremacía normativa de la constitución es, en el fondo, la historia del permanente fracaso del constitucionalismo histórico español para integrar voluntades políticas a la vez que se garantizaba la continuidad del ordenamiento. La historia de la incapacidad para entender la dinámica entre poder constituyente y poderes constituidos, para convertir en definitiva a la institución de la reforma en un mecanismo de evolución fisiológica del orden constitucional y no en una manifestación patológica de ruptura. Y tiene mucho que ver, en último término, con la difícil reafirmación del principio democrático en nuestra historia pasada. Cuando tras la aprobación del Texto constitucional de 1978 aparecieron los primeros estudios sobre la misma, el panorama sin embargo había cambiado⁴. España se incorporaba a lo que, en el sentido de Judt,⁵ se podría denominar constitucionalismo de la posguerra, y

3 Augusto Martín de la Vega é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca. Doutor em Direito com Prémio Extraordinário pela Universidade de Salamanca. Diretor do Departamento de Direito Público Geral da Universidade de Salamanca.

4 Entre las más importantes DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985 o PÉREZ ROYO, *La reforma de la constitución*. Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Posteriormente, entre otras, ROURA GÓMEZ, S., *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española: rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, Madrid, Ed. CEC, 1998., ALAEZ CORRAL, B. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978.*, Ed. CEC, Madrid, 2000, GARCÍA ATANCE, V., *Reforma y permanencia constitucional*, Ed. CEC, Madrid, 2002, DE CABO MARTÍN, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Ed Trotta, Madrid, 2002, VERA SANTOS, J. M., *La reforma constitucional en España*. Ed La Ley, Madrid, 2007, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ P., *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, Ed. CEPC, 2007. PÉREZ ROYO J., *La reforma inviable*, Ed Catarata. Madrid 2015. GÓMEZ FERNANDEZ I. *Una constitución feminista ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Ed Marcial Pons Madrid 2017, RUPÉREZ ALAMILLO J., *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 PÉREZ TREMPES P., *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Valencia 2018 o TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018.

5 JUDT T., *Posguerra: una historia de Europa desde 1945*. Ed Taurus, 2016.

la reforma constitucional jugaba en estos contextos un nuevo papel. Más poder constituido que constituyente, dentro de su ambigua naturaleza, la reforma pasaba a concebirse ante todo como garantía del nuevo pacto constitucional, como mecanismo de estabilización frente al cambio. En definitiva, como instrumento de continuidad. No es extraño pues que en este contexto se produzca una devaluación de las connotaciones políticas de la reforma y que, como mantuviera algún autor, “la reforma, mas que estudiada en cuanto tal instituto de manera autónoma, es una suerte de apéndice, y no de los más problemáticos, por cierto, dentro de la investigación sobre la interpretación de la Constitución”⁶. En España además, a esta visión dogmática mitigada de la reforma, propia de la doctrina constitucional comparada de la época⁷, se le une una justa pero muy acentuada valoración del momento constituyente, de la Transición, lo que conduce a una actitud de profunda desconfianza ante la institución, a la que se concibe como mera adaptación al cambio, mientras que, al mismo tiempo y paradójicamente, se exigen para llevarla a cabo consensos políticos cuasiconstituyentes⁸.

La crisis económica y social de finales de los 2000 comienza a hacer perceptible una crisis de representatividad política que ha terminado acarreado notables consecuencias en el sistema de partidos y en la dinámica política del país. Comenzó a aparecer en ese momento una ingente literatura jurídica, y no sólo, sobre la reforma y, ante todo, sobre las reformas constitucionales por acometer. Una literatura que se insertaba bien dentro de un ambiente político y cultural en el que las demandas de mejora del ordenamiento constitucional se mezclaban con las muy distintas denuncias globales hacia un pretendido “régimen del 78”.

La crisis en Cataluña lo cambió todo o, en todo caso, pasó a dominarlo todo. La crisis territorial ha sido de tal entidad que resulta hoy imposible referirse a la reforma constitucional, a sus posibilidades y a sus contenidos, sin tener en cuenta esta realidad. La institución de la reforma adquiere ahora en todo caso un relieve y una trascendencia político-constitucional que antes no tenía. Los “lugares propicios” para la reforma, los tiempos, las iniciativas y los compromisos

6 PÉREZ ROYO J. “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ed Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996., p. 433

7 Una “dogmática del poder de reforma” a la que se referirá Rubio Llorente en RUBIO LLORENTE F., “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, ed TC-CÉPC, Madrid 2009, p. 25. Vid, también, HOFFMANN H., “Reformas de la Ley Fundamental. Experiencias de medio siglo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n29, 2012, pp. 330.

8 Una perspectiva crítica de estas exigencias en ALZAGA VILLAMIL, O. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Ed Trotta, Madrid 2008, pp. 56 y ss. Vid, también del mismo autor, “Contra la alergia a la reforma constitucional”, en *Reforma constitucional en la Unión Europea y en España*, MARTÍNEZ CUADRADO, M. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2019.

necesarios adquieren ahora otros significados. También los riesgos e, incluso, la mera posibilidad u oportunidad de la reforma.

En esta colaboración no se pretende obviamente responder a estos interrogantes. Tan sólo se intentarán explicar las posibles causas por las que la reforma constitucional ha sido tan escasísimamente llevada a la práctica en España en los últimos cuarenta años, y por qué, a nuestro juicio, los procedimientos de reforma establecidos en nuestra constitución pero casi nunca aplicados implican, de no mejorarse, el peligro de que las reformas necesarias encallen en una conflictividad jurídica previsible si aparecen en el horizonte un tipo de reformas que no gocen de una aceptación partidista prácticamente general, lo que a día de hoy no resulta inverosímil. Para finalizar se realizan unas breves consideraciones sobre una posible reforma constitucional y sus condicionantes.

Mantiene Sloterdijk que los nuevos tiempos se caracterizan por pasar “de la búsqueda de la solución a la búsqueda del alivio”, por la pelea entre lo admirable, “mirabile”, y lo probable, “verosímil”⁹. Es en este contexto en el que hay que entender, con Häberle, que las reformas no solo son reflejo, sino también proyecto, que no son únicamente intentos de adaptar la Constitución a las circunstancias sino, ante todo, intentos de “mantener la Constitución a la altura de los tiempos”¹⁰, que es cosa bien distinta, y que quizás debamos atender a la advertencia apuntada hace ya tiempo por el profesor de Vega de que en toda situación límite no cabe otro dilema que el de falsear la constitución o reformarla¹¹.

1.2 LOS MOTIVOS DE UNA “ASIGNATURA PENDIENTE”.

No deja de producirse en España una cierta “aporía de la reforma”, en virtud de la cual muchos autores mantienen que hay que reformar la Constitución y al mismo tiempo creen que ello es inoportuno, muy difícil o directamente imposible. En este sentido quizás no convenga olvidar que como ya apuntó agudamente Arias Maldonado, “si la reforma es hoy necesaria pero imposible, nada sería más deseable que poder decir algún día que se ha vuelto posible pero también innecesaria”¹². En todo caso, el debate sobre la ausencia de reformas corre el peligro de volverse circular y terminar constituyendo un “bucle melancólico”.

9 SLOTERDIJK P. ¿Qué sucedió en el siglo XX?, Ed Siruela, Madrid, 2018, pp. 87 y 217

10 HÄBERLE P., *Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2017, pp. 63 y 64.

11 DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985. p. 93

12 ARIAS MALDONADO M., “¿Necesaria pero imposible?. Apuntes sobre la reforma constitucional (y II)”, en *Revista de Libros*, noviembre 2018.

Esperamos “la reforma” como si fuera un nuevo Godot constitucional, y no “las reformas”, en un fenómeno con más explicación política que estrictamente jurídica. Pero cualquiera que sea la perspectiva que adoptemos, persiste la pregunta de por qué no se ha reformado la Constitución de 1978 o, más exactamente, de por qué se ha reformado tan poco, y la respuesta quizás pueda en parte servir para identificar los factores que continúan dificultando en la actualidad cualquier reforma. Probablemente sea posible discernir cuatro grandes motivos por los que la reforma sigue siendo, en palabras de Pérez Royo, “una asignatura pendiente” de nuestro sistema constitucional¹³.

En primer lugar, la idea de que para iniciar el proceso de reformas debería contarse previa y posteriormente con un nivel de consenso igual o mayor que el de la Constitución del 78¹⁴ es obvio que no ha facilitado, ni facilita, llevarlas efectivamente a cabo. Es innecesario por evidente remarcar la conveniencia de que las reformas constitucionales gocen del mayor consenso posible, una exigencia que se deriva del propio concepto de la Constitución como pacto que forma parte nuclear de la teoría de la constitución de la posguerra. Pero detrás de la maximización de esta exigencia en el caso español también se encuentra frecuentemente la idea de la reforma como adaptación obligada a las nuevas circunstancias y absolutamente consensual, y en este sentido fuera de la contienda política. La Constitución del 78 es al fin y al cabo un reflejo de la Transición y de los grandes pactos políticos conseguidos entonces, que contaron además en su momento con un altísimo consenso que resultó refrendado al aprobarse la norma. La fe en el derecho de aquel entonces, la fe en la Constitución, sólo puede entenderse desde la identificación que se produce en la opinión pública entre el respeto a la Constitución y la implantación definitiva de la democracia¹⁵. El pacto político estabilizaba fuertemente un sistema político que a su vez se pretendía estable de cara al futuro, y en donde el sistema electoral y el sistema de partidos, junto con su modelo de financiación y la concreta forma de gobierno parlamentaria se conjugaban al unísono para primar la gobernabilidad sobre la participación o el pluralismo. La permanencia del valor simbólico, casi taumatúrgico, de la Constitución compensaba el coste de no realizar un tipo de reformas que se entendían conceptualmente como reformas técnicas, como reformas de adaptación. Lo que

13 PÉREZ ROYO J. “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, septiembre-noviembre, 2003

14 Por significativos, vid HERRERO R. DE MIÑÓN M., “Espíritu de integración”, ROCA JUNYENT M., “Cuarenta años después” o GUERRA A. “La constitución del consenso”, todos en PENDAS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Ed. CEPC Madrid, 2018, p. 49, 73 y 98 respectivamente.

15 GARCÍA LÓPEZ E., “Encuesta” en *Teoría y Realidad Constitucional*, n29, 2012, pp 11 y ss, p. 18

no dejaba de traslucir un profundo pesimismo político vital sobre las posibilidades de las nuevas generaciones, como subrayó hace ya tiempo el profesor Rubio Llorente¹⁶. La legitimidad política de la Transición se transmitía al texto constitucional y de ahí que un historiador como Santos Juliá pueda mantener que la propia Transición es hoy ante todo un tema político y no histórico¹⁷. Así, desde el punto de vista de la teoría de la constitución se producía otra de las múltiples paradojas típicas de la reforma constitucional en España. La Constitución se ha mantenido “inalterada” más por lo que que representaba, por su valor simbólico, que por su valor como ordenación jurídica concreta. Un valor de integración que en nuestro caso quedaba conectado históricamente con la integración de las dos Españas, y también con una solución integradora para el problema territorial.

Actualmente, sin embargo, parece generalizarse la percepción de que ambos pactos, el histórico y el político se encuentran en crisis. El pacto histórico entre las dos Españas ha perdido relevancia en el siglo XXI, ante todo para las nuevas generaciones, gracias precisamente al éxito de convivencia democrática que ha supuesto estos cuarenta años de vigencia del Texto constitucional. El pacto político sobre el Estado del bienestar sustentado por una sociedad de clases medias surgida en parte antes de la Transición y que apostó por la norma, se enfrenta hoy a retos evidentes. El pacto territorial, por su parte, ha saltado por los aires a finales del 2017. Ante la crisis de este valor simbólico de la Constitución, que es una crisis profunda también de su valor integrador, se recurre a la retórica. Se pasa de Hesse a Hirschman y por doquier florecen esas retóricas de la intransigencia que denunciara el autor, y ante cualquier posible reforma inmediatamente se echa mano de la tesis de la futilidad, de la perversidad o del riesgo¹⁸. Detrás de todo ello se esconden no sólo razones de obvia prudencia política, sino también algo más profundo, el temor a replantearse algunos aspectos del pacto constitucional ante la posibilidad de no poder volver a “cerrarlo”¹⁹.

Existe un segundo motivo por el que la reforma ha sido, desde el punto de vista del derecho comparado, inusualmente infrecuente. Lo apunta Fernando Rey cuando denuncia que la clase política, los poderes políticos, se han acostumbrado a vivir en muchas ocasiones en la “paraconstitucionalidad” en cuanto

16 RUBIO LLORENTE F., “La necesidad de la reforma constitucional” en *La reforma constitucional*, XXVI Jornadas de Estudio, 27, 28 y 29 de octubre de 2004, Ed Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, p. 28.

17 JULIÁ S., *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*, Ed Galaxia Gutenberg, Barcelona 2017, pp. 12-16.

18 HIRSCHAM A. O., *Retóricas de la intransigencia*, Ed. FCE, México, 1994

19 Vid, por todos, PÉREZ TREMPES P., *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 9-17.

a comportamientos y valores²⁰. Parafraseando a John Lennon, el “tiempo constitucional” era eso que pasaba mientras los políticos estaban haciendo otra cosa. Sin comportamientos manifiestamente inconstitucionales, incompatibles con un estado de derecho, olvidémonos ahora del problema catalán, lo cierto es que la clase política se ha acostumbrado a actuar al margen de determinados cánones éticos y democráticos que van más allá del mero respeto formal a la norma jurídica fundamental. Más allá, o más acá, ahora también del fenómeno de la corrupción, todo ello ha contribuido en cierta medida a convertir en algunas ocasiones a nuestra constitución en una constitución “inattuata” en un sentido algo distinto al que pretendía Calamandrei²¹. Los partidos políticos han optado pues en ocasiones por “vadear” la constitución en vez de reformarla, por aprovechar los claroscuros de la norma y de su desarrollo legal para disminuir la fractura entre norma y realidad social en su propio beneficio. La ausencia de reformas, en este sentido, no sale gratis²². En términos políticos, es perfectamente perceptible un cierto “declive” del modelo constitucional inicial, traducible en una pérdida de eficacia jurídica de la Constitución para regular efectivamente la vida política, y una importante deslegitimación del Estado de partidos y de su articulación de la representación política²³

Existe un tercer motivo, importante y conocido, que explica la ausencia de reformas constitucionales. No se han llevado a cabo muchas reformas constitucionales porque en el fondo no era estrictamente necesario reformar el Texto. Nuestra constitución nace comparativamente tarde y por ello desde muy pronto se ve inmersa en las profundas transformaciones que sufren todas las constituciones de su entorno como consecuencia del fenómeno de integración europeo y de la progresiva articulación de un sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales²⁴. A ello hay que añadir un elemento estrictamente nacional, la consolidación de un modelo territorial, la conocida “constitución territorial” en expresión de Cruz Villalón, marcada por su carácter abierto y dinámico, desarrollada en base al principio dispositivo y articulada a través de grandes pactos políticos y de la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el “es-

20 REY MARTÍNEZ F., ¿Pero aún existe la Constitución?, El País, 5/12/2013.

21 CALAMANDREI P., *La Constitución inactuada*, Ed Tecnos, Madrid, 2013

22 GARCÍA ROCA J “Los riesgos de una constitución vieja y la necesidad de actuar con audacia: tiempos de reformas” en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I., Ed. CEPC Madrid, 2018, p 505-514.

23 En relación con la reforma, PÉREZ ROYO J., *La reforma inviable*, Ed Catarata. Madrid 2015, pp.33 ss.

24 En relación con la reforma, vid por todos, GARCIA ROCA J., “De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas” en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 40, 2017, pp 218 yss. o MUÑOZ MACHADO S. *Vieja y nueva Constitución*, Ed Crítica, Barcelona, 2016, pp 243 y ss. Por todos, FERRAJOLI L, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Ed Trotta, Madrid 2018.

tado jurisdiccional autonómico” del que hablara el profesor Aragón. Todo ello ha dado lugar a enormes mutaciones en el ordenamiento constitucional bien conocidas y estudiadas por la literatura iuspublicista española. Un verdadero “terremoto” normativo que va más allá del propio papel del Tribunal Constitucional, muy relevante, en la definición y evolución de nuestro modelo. Se ha producido por otra parte una progresiva pérdida de la centralidad de la Constitución dentro del conjunto de normas jurídicas y ordenamientos que afectan al ciudadano español, pero ante todo una pérdida progresiva de centralidad del propio texto que recuerda cada vez más a aquella concepción americana que entiende al derecho constitucional y a la propia constitución como un conjunto de prácticas y pronunciamientos tan sólo lejanamente asociados al texto originario. En definitiva, en el mundo jurídico-constitucional los vacíos también se ocupan y la interpretación y la mutación han cumplido un papel lógico dado el sistema y la concepción de la constitución vigente²⁵.

En todo caso, ni el hecho de que la reforma no fuera en principio tan necesaria porque gran parte del cambio y de la adecuación a las nuevas circunstancias ya se había realizado a través del Tribunal Constitucional o de nuestra integración en nuevos y más complejos ordenamientos, ni la fuerte idea consensual de la Transición y de la Constitución hubieran bloqueado de tal modo el ejercicio de la reforma si no fuera por un factor clave añadido, que en cierto modo se convierte, como señaló el profesor Rubio Llorente, en el “nudo gordiano” de esta materia²⁶: la indefinición constitucional sobre la cuestión de la homogeneidad o heterogeneidad en la división territorial del poder. De hecho, la causa de que no se hayan producido reformas trascendentes en el texto constitucional español se debe principalmente a la impotencia de muchos de nuestros representantes para, como diría el mismo autor, “ir más allá del compromiso dilatorio alcanzado en la Constitución de 1978”²⁷. Como es sabido, para este autor existe una relación central entre las características del desarrollo de nuestro proceso autonómico y la reforma constitucional, o entre rigidez y apertura de nuestra constitución en términos dogmáticos. Ya en los inicios de la década de los noventa, con los pactos políticos de esa época ya alcanzados pero aun sin iniciarse el proceso de reformas estatutarias, mantendrá que la Constitución había estado conclusa una decena de años, pero que se trataba de una conclusión provisional, de hecho, “el proceso

25 Como fenómeno general, ALBERT R. Y BERNAL C. *Cambio constitucional informal*. Ed Universidad del Externado, Bogotá, 2016.

26 RUBIO LLORENTE F., en “Defecto de forma” *REDC*, n° 1000, 2014, 163-165.

27 RUBIO LLORENTE F., en “Rigidez y rigor mortis” en *Claves de la Razón Práctica*, n° 241, Julio/Agosto 2015, Madrid, p. 14.

constituyente oculto durante algunos años ha vuelto aflorar como un Guadiana político, y así es porque así lo quisieron los autores de la Constitución”²⁸ y añadirá, “naturalmente no podemos dejarlo abierto, como se ha hecho en los últimos años, la tentación de la inactividad es tanto más fuerte cuanto que con ella no solo nos ahorramos decisiones más complejas y particularmente difíciles, sino que podemos concentrar nuestros fuerzo en tareas aparentemente más urgentes y menos graves.... Lo malo es que dada la estructura de nuestra constitución, esta solución, más precisamente el olvido del problema, es radicalmente inestable”²⁹. Por ello “la cuestión de concluir la constitución se ha de resolver en la gran cuestión pendiente desde el comienzo: la de si todas las Comunidades Autónomas han de gozar del mismo nivel de autonomía, o si por el contrario, han de perpetuarse la diferencias competenciales entre ellas. Ambas opciones son constitucionalmente posibles...”³⁰. En el 2008, y tras el fracaso del proyecto de reforma constitucional del 2006, reconocerá que había sido demasiado optimista. Para Rubio Llorente “ni el proceso constituyente había concluido ni la constitución puede darse por acabada hasta que, con la reforma del título VIII no se cierre la apertura que permite el cambio sin reforma”³¹. La causa de que la reforma sea una empresa difícil, cuyo logro sería “una hazaña memorable”³², “solo quien además de profesor fuera idiota podría pasar por alto la magnitud de esta dificultad” llegará a decir en otro artículo³³, es un obstáculo político y no jurisdiccional, “la firme voluntad de singularidad de unas Comunidades Autónoma y la no menos firme de otras de no tolerar singularidad alguna que no sean las que resultan de los “hechos diferenciales”³⁴. Por tanto, mantiene el autor, “el reto es de tal magnitud que los constituyentes han dejado a otros la tarea de superarlo”. Se trata pues “de un enfrentamiento que, al haber asumido ya las Comunidades Autónomas su máximo nivel competencial posible, se sitúa ya en un plano distinto, en donde sin duda el efecto disgregador puede acentuarse”³⁵. Solo se superaría la situación “prescindiendo del principio dispositivo, y optando por la simetría o la asimetría

28 RUBIO LLORENTE F., “Sobre la conveniencia de terminar la constitución antes de su reforma”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Ed. CEPC, Madrid, 2012, p. 819.

29 RUBIO LLORENTE F., “Sobre la conveniencia de terminar la constitución antes de su reforma”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Ed. CEPC, Madrid, 2012, p. 820.

30 RUBIO LLORENTE F., “Sobre la conveniencia de terminar la constitución antes de su reforma”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. II, Ed. CEPC, Madrid, 2012, p. 823.

31 RUBIO LLORENTE F., “Sobre la posibilidad de reformar la Constitución y la conveniencia de hacerlo”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. II Ed. CEPC, Madrid, 2012, p. 831.

32 Id.

33 RUBIO LLORENTE F., “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Ed TC-CEPC, Madrid 2009, pp 39.

34 Id.

35 RUBIO LLORENTE F., “Sobre la posibilidad de reformar la Constitución y la conveniencia de hacerlo”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. II, Ed. CEPC, Madrid, 2012, p. 832.

como principio básico”. Únicamente salvando este escollo sería nuestra constitución “efectivamente reformable”³⁶. En definitiva, para uno de nuestros más notorios constitucionalistas, testigo directo, cuando no protagonista, del desarrollo constitucional en muchas sus fases, en España reformar era en parte constituir. Y esa será la clave, o una de las claves, que han dificultado o directamente impedido la realización de la reforma, de las reformas. Por un lado, parecía dar la impresión de que a través de los pactos políticos podía de nuevo eludirse la explícita decisión sobre la homogeneidad o no del sistema, como en el 78, siendo entonces la reforma un instrumento no solo innecesario sino incluso contraproducente políticamente. Por otra parte, sin embargo, este mismo planteamiento impedía cualquier iniciativa de reforma constitucional, privando al sistema de un elemento básico de relegitimación.

La relación entre las indefiniciones básicas del modelo territorial del poder y el bloqueo de la reforma como institución constitucional se revela también en el hecho de que sólo en el momento en que este modelo va a ser parcialmente redefinido, aparecerá de nuevo la reforma en la agenda política española. El “antirevisionismo” y el “santo temor a la reforma” que denunciara Alzaga en el 96³⁷ van a ser abandonados en menos de una década, cuando la reforma de algunos aspectos de nuestra constitución se incorpore al programa presentado para su investidura por el presidente Zapatero, a la vez que se tramitaba la reforma estatutaria catalana en un paralelismo que no por sabido resulta menos paradójico. Se planteaba así una reforma constitucional sobre algunos aspectos no estrictamente centrales del sistema en el momento en que a su vez se realizaba una operación que afectaba de lleno al diseño de la constitución territorial del Estado, pero que eludía en esta materia de nuevo la reforma expresa del Texto.

Pero más allá de las dos reformas constitucionales llevadas a cabo y de su posible transcendencia³⁸, y más allá también del fracaso de la “non nata” reforma del 2006³⁹, lo cierto es que el “nudo gordiano” continuó sin desatarse, y la compleja relación entre indefinición del modelo territorial e institución de la reforma

36 Id.

37 ALZAGA O., “Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1978 y la conveniencia de pensar en ella”, en TUSELL J. Y OTROS (Ed), *Entre dos siglo. Reflexiones sobre la democracia en Española*, Ed. Alianza, 1996, pp. 79 y ss.

38 BIGLINO CAMPOS P., “Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011” en LÓPEZ GARRIDO D. (dir) y MARTÍNEZ ALARCÓN M. L. (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*. Ed CEPC, Madrid, 2013, pp65-81. PÉREZ TRÉMPES P., *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 45-87

39 Vid, BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. *La fallida reforma de la constitución española durante la VII Legislatura (2004-2008)*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2008

puede vislumbrarse también como parte del telón de fondo de la larga crisis constitucional catalana.⁴⁰ En todo caso, que no se haya producido en España, en términos comparados, un ejercicio normal del poder de reforma, dice tanto sobre las dificultades del mecanismo de reforma en España como sobre la parálisis en que se mantiene el sistema constitucional en su conjunto. Pero puede suponer un aviso también del peligro que existe de “italianizar”, aquí para mal, el tema de la reforma constitucional. Como acertadamente ha señalado el profesor Rómboli, existe una peligrosa y inextinguible relación dialéctica entre retórica reformista, ingeniería institucional e inmovilismo político⁴¹. Una relación mucho más peligrosa en nuestro caso, en donde más de cuarenta años después de aprobado el texto constitucional nos encontramos ante una de las mayores crisis constitucionales de nuestra historia reciente.

2. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 INTRODUCCIÓN

El procedimiento regulado en el Título X de la Constitución española ha sido objeto ya lógicamente de abundantes análisis doctrinales, y su valoración crítica depende en gran medida de cuales sean los aspectos analizados. En todo caso, probablemente sea bueno subrayar que este procedimiento adquiere un sentido distinto para quienes remarcan la condición de poder constituyente del poder de reforma, que para quienes insisten en su consideración de poder constituido constituyente⁴². La acentuación de una u otra visión, que parece responder a una mera especulación teórica, adquiere sin embargo relevancia a la hora de posicionarse ante problemas centrales del mismo que en ocasiones no se encuentran previstos en el ordenamiento positivo, y de ahí, por ejemplo, las distintas respuestas al tema de los límites de la reforma o a la de su control jurisdiccional. Otra mínima reflexión cabría realizar sobre el uso y abuso del procedimiento en las dos reformas constitucionales efectivamente realizadas hasta el momento. La utilización de la modalidad de la lectura única y la urgencia en el procedimiento de reforma, así como su paso en ambos casos sin ninguna modificación por el

40 CONSEJO DE ESTADO, *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, Febrero 2006, en RUBIO LLORENTE F. y ÁLVAREZ JUNCO J. (Edit.), ed. Consejo de Estado-CEPC, Madrid 2006.

41 PANIZZA S. Y ROMBOLI R., *Aspettando il referendum (con il fiatto sospeso). Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*. Ed G. Giappichelli Turin 2016.

42 Sobre ello vid, DE CABO MARTÍN, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Ed Trotta, Madrid, 2002, p. 29 -70. Vid también la síntesis del problema dogmático en DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985, pp 222-240.

Senado, son un fiel reflejo de una concepción meramente instrumental de la reforma, de una cierta degeneración “partitocrática” en el uso, bien escaso por lo demás, de la misma. Un rasgo que se acentúa en la última reforma, cuya constitucionalidad procedimental avaló implícitamente el Tribunal Constitucional, pero cuyo sacrificio de cualquier elemento de debate político o de la opinión pública en aras de la rapidez ha sido casi unánimemente criticado por la doctrina, dada además la importancia de la reforma⁴³. Y todo ello con un daño no menor, y en un momento política y socialmente crítico, a la propia categoría de la constitución como norma jurídica suprema indisponible por los partidos políticos. De ahí la paradoja de que por una parte se mantenga una concepción prácticamente taumátúrgica del pacto constitucional del 78, que ha contribuido a dificultar las posibilidades de la reforma, y que por otra, cuando se realiza la única reforma de trascendencia, se transmita la imagen de que esa misma constitución se encuentra a disposición casi exclusiva e inmediata de los líderes de los entonces dos partidos claramente mayoritarios.

Una tercera reflexión tendría inevitablemente que ver con las notables ambigüedades del procedimiento de reforma y de su posterior desarrollo en los reglamentos de las Cortes. Una ambigüedad que, como ha subrayado la mayoría de la doctrina, puede suponer claras disfunciones en los procesos de reforma que se realicen en el futuro. De hecho cabe pensar muy seriamente si la primera de las reformas constitucionales que deba realizarse no sea precisamente la del procedimiento de reforma constitucional⁴⁴. Y no solo por motivos de seguridad jurídica y de eficacia, sino también a la luz de una concepción más dinámica de la reforma que puede corresponderse con su posible práctica en el futuro. En definitiva, más allá de repensar algunos de los elementos olvidados en cierta medida por la literatura jurídica⁴⁵, parece indudable en todo caso que la clave para juzgar, y reformar, los procedimientos actuales probablemente se encuentre en la idea de que en el futuro no resultará extraña una reforma constitucional

43 Por todos, ARANDA ÁLVAREZ E., “La “sustancialidad” del procedimiento para la reforma constitucional”, en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 389 y ss.

44 Vid, por todos, TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018 p. 165 -169 o VERA SANTOS J. M., “La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España”, *Revista de Derecho Político*, nº 96, 2016 p. 13 y ss, CONTRERAS CASADO M., “¿Reformar la reforma. Un balance crítico de los procedimientos de reforma constitucional en la Constitución española,” en CANO BUESO, J. Y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: La reforma de la constitución en España*. Ed. Tirant, Valencia, 2017. P p 59-74.

45 Como, por ejemplo, los tiempos de la reforma, su plazo de tramitación en el Senado o la capacidad de la Mesa o de la Junta de Portavoces para marcar los plazos, o las posibilidades de bloqueo y fracaso de la reforma por el juego entre las mayorías requeridas y la intervención casi paritaria del Senado y del Congreso, o la utilización de técnicas de “filibusterismo” en torno a la facultad de enmiendas o a la capacidad de retirar la iniciativa según su tipo.

que goce de un apoyo muy importante, pero que genere una minoría política disconforme significativa, lo que implicará seguramente que el texto reformado sea sometido a referéndum y por tanto termine siendo objeto de un fuerte debate en la sociedad. Las consecuencias que, en un juego de mayorías y minorías como el supuesto, puede acarrear una regulación de la reforma como la que tenemos, ambigua hasta el extremo en algunos de sus puntos esenciales, parecen fácilmente previsibles. Existe el riesgo de que el procedimiento mismo acabe convirtiéndose en un laberinto jurídico que exaspere el enfrentamiento político y en donde terminen embarrancando las posibilidades de llevar a cabo cualquier reforma. Es desde este punto de vista desde el que se mantiene la necesidad de reformar y racionalizar el propio procedimiento de reforma antes de proceder a cualquier otro cambio constitucional sustantivo. Y puesto que para ello será necesario, aquí sí, un consenso político y jurídico amplísimo, cabe pensar que resultará más factible articularlo en torno a un tipo de reforma no excesivamente ambiciosa, que se centre en la mejora de las garantías jurídicas de las minorías, que establezca un procedimiento claro y sencillo y que colme las importantes lagunas jurídicas existentes aportando seguridad jurídica.

2.2 LA INICIATIVA DE LA REFORMA

Aun cuando el tema de la iniciativa de la reforma no resulta tan central como hace un siglo, es cierto, como afirma el profesor Requejo, que supone siempre un principio de cuestionamiento del orden constitucional⁴⁶. La realidad es que hoy los partidos políticos relevantes, a través de la mayoría que sustenta al gobierno o de la oposición parlamentaria, y lo mismo podría decirse en el nivel autonómico, dominan de facto esta facultad. No obstante, probablemente tenga razón el profesor Bilbao Ubillos⁴⁷ al mantener que la prohibición de la iniciativa de reforma popular en nuestro ordenamiento puede pecar hoy en día de exceso de cautela, si bien no conviene olvidar que detrás de bastantes de las iniciativas legislativas populares presentadas se encuentran los partidos políticos, por lo que previsiblemente no sería otra la realidad de la iniciativa popular de reforma. En todo caso se entendería mejor la exclusión de esta iniciativa si el artículo 167 previera un referéndum obligatorio al final del procedimiento, y es que la intervención directa del pueblo quizás tenga más sentido no el principio sino al final

46 REQUEJO PAGÉS J. L., “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 2754.

47 BILBAO UBILLOS, J. M., “La reforma constitucional en serio” en *40 años de Constitución: una mirada al futuro.*, ed tirant lño Blanch, Valencia, 2019, p. 71-72

del proceso.

Dentro de un nuevo sistema de partidos, la siempre relegada iniciativa parlamentaria de reforma puede adquirir un nuevo significado. En el marco de una reforma no totalmente consensuada, de una posible “reforma de mayoría”, la iniciativa de la reforma no resulta políticamente neutral, y de hecho hemos asistido en los últimos tiempos a un cierto juego sobre posibles reformas e iniciativas de reforma constitucional que ha terminado convirtiendo a la reforma en materia casi obligada de los programas electorales⁴⁸ Con el aumento del pluralismo político parlamentario podría incluso producirse una iniciativa de reforma constitucional de “oposición” ante gobiernos minoritarios. Semejante iniciativa cambiaría de facto el sentido de la reforma que adquiriría una dimensión de decisión-opción política más acusada y en parte desconocida hasta el momento. No parece sin embargo que cuando efectivamente existe la posibilidad de presentar una iniciativa de reforma al margen de los grandes partidos nacionales, como es el caso de la iniciativa conferida a las Comunidades Autónomas, esta haya jugado un brillante papel, destacando más bien por su clamorosa ausencia cuando lo que está en juego es un verdadero rediseño constitucional de la distribución territorial.

La atribución de la iniciativa al gobierno parece lógica desde el punto de vista del sistema parlamentario y su función de dirección política. Pero en todo caso quizás sea necesario distinguir entre el “proceso de reforma” entendido en un sentido político-constitucional amplio y el procedimiento de reforma en sentido estricto. En este sentido, y aunque corresponda al gobierno el ejercicio de esta iniciativa si lo considera conveniente parece más apropiado desde la lógica de la “correttezza” constitucional que antes del estricto inicio del procedimiento de reforma, con la presentación de la iniciativa, el gobierno busque los acuerdos políticos necesarios o al menos sondee las posibilidades de éxito de la reforma.⁴⁹

48 Como una más de las paradojas de la reforma cabe entender también, que las únicas iniciativas de reforma en tramitación efectiva desde la última reforma del 2011 fueran, no obstante, una iniciativa presentada por la Junta del Principado de Asturias para reformar entre otras cosas la propia iniciativa de reforma constitucional y una propuesta de reforma constitucional, presentada por el Grupo Mixto del Congreso y el Grupo de Unidos Podemos, para reformar el artículo 135 de la Constitución, esto es, para reformar lo reformado.

49 Por todos, RUBIO LLORENTE F., “La necesidad de la reforma constitucional” en *La reforma constitucional*, XXVI Jornadas de Estudio, 27, 28 y 29 de octubre de 2004, Ed Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 29-30. Resulta en todo caso paradójico que el mismo Gobierno que solicitó para una iniciativa de reforma un Informe al Consejo de Estado, reforma que nunca llegó ni siquiera al nivel de iniciativa parlamentaria por falta de consenso político, fuera también el que, en una reforma “expres” de un aspecto importante de la constitución económica, la del art 135 CE, llegase a un acuerdo político casi telefónico que le permite presentar la iniciativa como proposición de reforma de los grupos mayoritarios en el Congreso, con la intención de obviar el de otro modo preceptivo informe del Consejo de Estado y acelerar así el ya muy rápido procedimiento legislativo elegido para su tramitación. Vid, por todos, LÓPEZ GARRIDO D. (dir) y MARTÍNEZ ALARCÓN M. L. (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*. Ed CEPC, Madrid, 2013. Sobre una reforma exprés, LÓPEZ AGUILAR J., “De la Constitución

Por último, no cabe olvidar que es en la iniciativa de reforma, en el propio artículo 166 de la Constitución, en donde comienza a equipararse, quizás innecesaria y disfuncionalmente, la iniciativa de reforma, y la reforma misma, con la iniciativa y el procedimiento legislativo ordinario, lo que va a generar importantes ambigüedades y disfunciones en la regulación positiva de la reforma.

2.3 LOS DOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA Y SU DELIMITACIÓN MATERIAL.

La cuestión de cuales son las materias constitucionales que habrán de reformarse por cada uno de los dos procedimientos de reforma previstos ha sido siempre objeto de polémicas interpretativas. En todo caso, durante un cierto tiempo, el sistema político parecía contribuir a convertir esta delimitación en una más de las cuestiones teóricas a las que tan bien parecía prestarse el estudio de la reforma constitucional. El nuevo sistema de partidos aumenta sustancialmente la posibilidad de iniciativas de reforma que planteen serias dudas sobre por cual de los dos procedimientos deben tramitarse. En este campo cualquier indefinición puede provocar una enorme conflictividad política-constitucional, promovida por la minoría que pierda su “derecho de veto” sobre la reforma, lo que indudablemente contribuirá a deslegitimar el proceso. Junto a ello, el hecho mismo de que no se prevea expresamente en la Constitución ni en la LOTC el control por parte del Tribunal Constitucional de este aspecto de la reforma contribuye a que creamos conveniente tener mucho cuidado con interpretaciones extensivas, y no cercanas a lo textual, de la materia reservada al procedimiento agravado de reforma⁵⁰. De ahí que aunque entendamos correcta desde una interpretación sistemática y teleológica de la institución la postura doctrinal que mantiene que no nos encontramos ante una delimitación meramente topográfico-numérica de las materias objeto de protección vía art 168, y que con este procedimiento se están protegiendo en realidad principios estructurales y no preceptos concretos⁵¹, no puede menos que destacarse que este es el criterio que produce más inseguridad y más impugnabilidad en una hipotética y futura reforma políticamente conflictiva. Otra de las tesis más comunes en la doctrina es la de que no existe una reserva procedimental ex artículo 167 CE, en línea con lo señalado por el

irreformable a la reforma constitucional “expres”, en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 19, 2012, pp. 199 y ss.

50 vid, entre otras, la interpretación “originalista” del ámbito del art 168 que sostiene LAPORTA J. F. “Problemas de la reforma constitucional: una propuesta” en PENDAS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Ed. CEPC Madrid, 2018, p 491-497.

51 Vid, entre otros BILBAO UBILLOS, J. M., “La reforma constitucional en serio” en *40 años de Constitución: una mirada al futuro.*, ed tirant lño Blanch, Valencia, 2019, p. 76-78.

Consejo de Estado⁵². En el fondo la idea de que a una iniciativa única le corresponde un procedimiento único, sustentada también por parte de la doctrina, y que puede cumplir también la función de no aislar a la monarquía en un hipotético referéndum futuro, resulta discutible. Puede plantear muchos problemas prácticos, como el de la presentación de iniciativas artificialmente separadas, y, ante todo, cuando se trate de una iniciativa única pero materialmente compleja, puede suscitarse la duda, en una reforma no altamente consensuada, de por qué introducir una mayor rigidez para determinadas materias. Otro de los problemas planteados por la dualidad de procedimientos es el de la posibilidad en nuestro ordenamiento de las llamadas reformas de doble grado, una tesis que ya el profesor de Vega calificaba de “tan ingeniosa, como insostenible”⁵³. Es difícil no coincidir con la idea de que la utilización del 167 para reformar el artículo 168 constituye un fraude constitucional, pero no puede dejar de tomarse nota de que la ambigüedad del texto, la inexistencia de una práctica de reformas sólida, la falta de previsión expresa de un control de constitucionalidad de la reforma, y la consecuente ausencia de un pronunciamiento directo sobre el tema, junto con la conciencia del muy alto grado de rigidez del sistema, ha llevado a una parte de la doctrina a mantener la postura contraria⁵⁴. En todo caso, como señala el profesor Requejo, lo cierto es que, desgraciadamente, se puede defender la imposibilidad de utilizar esta vía “desde la lógica o la inconveniencia política, pero nada cabe decir desde la dimensión positiva”⁵⁵. Una de las paradojas de nuestra reforma consiste en el hecho de que, aun careciendo de cláusulas de intangibilidad, el art. 168 y su delimitación material, dada su dificultad procedimental, da lugar a problemas no muy distintos de los que se producirían de existir este tipo de cláusulas. La segunda paradoja en este campo tampoco es menor. La sentida necesidad de reformar el Título X de nuestra constitución antes de adentrarnos en un proceso de reformas constitucionales encuentra sus primeros obstáculos en la división de opiniones en la doctrina más autorizada sobre el procedimiento a seguir para proceder a tal reforma y en la inexistencia de un control expresamente

52 vid CONSEJO DE ESTADO, *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, Febrero 2006, en RUBIO LLORENTE F. y ÁLVAREZ JUNCO J. (Edit.), ed. Consejo de Estado-CEPC, Madrid 2006, pp. 242. Anteriormente, la misma idea en referencia a la reforma de algún elemento sustancial del Estado autonómico, RUBIO LLORENTE F., “La necesidad de la reforma constitucional” en *La reforma constitucional*, XXVI Jornadas de Estudio, 27, 28 y 29 de octubre de 2004, Ed Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 37

53 DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Técnos, Madrid, 1985. p. 265

54 vid, PÉREZ TREMPES P., Las reformas de la Constitución hechas y no hechas. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p 41 o LAPORTA F.J. “Rigor mortis” *El País*, 19 de mayo 2004.

55 REQUEJO PAGÉS J. L., “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 2769

previsto en la Constitución sobre la corrección del procedimiento elegido.

La mayoría de la doctrina ha valorado positivamente el procedimiento previsto por el artículo 167 CE⁵⁶. Una vía que tiene vocación de convertirse en el procedimiento “ordinario” de la reforma constitucional. No deja sin embargo de producir cierta perplejidad la utilización práctica del artículo constitucional en las reformas de 1992 y del 2011. Cabe destacar por otra parte la casi total equiparación del Senado en el procedimiento de reforma constitucional con Congreso. Un acercamiento a un bicameralismo perfecto en este tema que dada la distinta formación de las dos Cámaras puede producir efectos de bloqueo, con fuertes problemas para la legitimidad de una Cámara como el Senado, ya de por sí sometida a crítica por parte de la doctrina y de la opinión pública. Por otra parte se debe ser consciente también de que cualquier reforma en la composición del Senado debería tener en cuenta su papel en la reforma constitucional si no se quieren alterar los equilibrios del sistema.

Ante la perspectiva de reformas no altamente consensuadas, o de un proceso de reformas continuado en el tiempo, es evidente que la posibilidad de referéndum prevista en el artículo 167 cobran una nueva significación. La alteración del sistema de partidos hará difícil la aparición de reformas que no sean sometidas a referéndum. Lo cual en cierta manera puede cambiar la lógica mismo de este referéndum que, en la visión inicial de Pedro de Vega, “no actúa como elemento legitimador, su única función es de garantía. Con él se intenta proteger a las minorías frente a posibles hipotéticos abusos de las mayorías”⁵⁷. En un nuevo ámbito político, el referéndum puede jugar sin duda alguna otro papel⁵⁸. Podrán existir referenda “de oposición”, pedidos incluso por las fuerzas que apoyen eventualmente al gobierno, como instrumento de oposición o resistencia a la reforma, quizás frente a mayorías no gubernamentales, episódicas u ocasionales, y podrán existir también referenda confirmatorios pedidos por la propia mayoría que propone la reforma, para legitimar su opción u obtener determinados réditos políticos⁵⁹. En este contexto, la aparición de una práctica del referéndum “a la italiana”, puede en cierto modo resultar positiva, pese a las vicisitudes conocidas por el uso del

56 Por todos, DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985 p 145.

57 DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985, pp 112 y ss.

58 CASTELLA ANDREU, J M. “Representación y participación en la reforma constitucional: una visión de conjunto.” en CASTELLA ANDREU, J M. (ed), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y como participa?*. Ed tirant lo Blanch, 2018.

59 Vid sobre los dos tipos de referéndum, críticos con su uso, PANIZZA S. Y ROMBOLI R., *Aspettando il referéndum (con il fiatto sospeso). Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*. Ed G. Giapichelli Turin 2016, p. 9 y ss

mecanismo en este país⁶⁰. Se adecúa bien a la intensificación de la función relegitimadora de la reforma en el sistema⁶¹ y resulta en todo caso imprescindible para la función de ratificación de los pactos políticos básicos que puedan alcanzarse en el ámbito de la organización territorial, especialmente ante el problema catalán. Estamos pues en un marco distinto al del eterno problema del referéndum y la Corona que parece haber condicionado hasta el momento toda la literatura jurídica sobre este mecanismo. En este nuevo marco cobra sentido reflexionar sobre la necesidad de regular de nuevo, desde una perspectiva distinta, algunos aspectos del referéndum de reforma constitucional: el número de electores necesarios para considerar validos los resultados, la presentación conjunta o no de las preguntas de una iniciativa de reforma materialmente compleja, la necesaria claridad en la formulación de las preguntas, la regulación específica de la “campana” anterior a la celebración del referendun, las ayudas públicas a los partidos políticos que participen en estas campañas etc. En todo caso no cabe obviar que esta “italianización” del mecanismo de reforma tiene también sus riesgos⁶². Resulta evidente el peligro de un proceso continuado en el tiempo de referenda sucesivos, o de una utilización “espuria” del referéndum constitucional para conseguir objetivos no previstos por el procedimiento del art. 167⁶³. También lo es la difícil lectura de determinados pronunciamientos del electorado sobre modificaciones de la organización territorial del poder⁶⁴. En todo caso, probablemente este sea uno de los temas centrales a los que van a tener que enfrentarse las reformas constitucionales venideras, lo que es tanto como decir uno de los temas centrales de nuestro horizonte político-constitucional. El juego entre las élites de los partidos políticos, que deben pactar con generosidad y flexibilidad los acuerdos “posibles”, y una opinión pública cada vez más volátil y menos orientada por esos mismos partidos y por los medios de comunicación tradicionales, pero decisiva a la hora del referéndum, resultará determinante para el éxito del proceso de reformas.

El artículo 168 ha concitado siempre las mayores críticas de la doctrina. Y

60 OLIVETTI M. “El eterno retorno de las reformas constitucionales en Italia y de su fracaso ¿Una Constitución irreformable?”, en CASTELLA ANDREU, J. M. (ed), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y como participa?*. Ed tirant lo Blanch, 2018.

61 Vid sobre ello los Informes de la COMISIN VENEZIA *Report on Constitutional Amendment*, cdl-ad (2010)001, n 112 y 245, p 35-38, aun avisando de los posibles peligros, ante todo en las nuevas democracias, vid la consideración 191 o la 189.

62 Vid, por todos, BRUNELLI G. Y CAZZETTA G. (ed) *Dalla costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”?. Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Ed Giuffrè, Milán, 2013.

63 DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985., con una muy acusada percepción de los riesgos de la mecánica del referéndum en la reforma constitucional, pp 120 yss. Por otro lado se concibe al referendun como un instrumento de control frente a la clase política en el referéndum, p. 137.

64 ARAGÓN REYES M. “La reforma constitucional”, en *Revista General de derecho Constitucional*, n24, 2017.

lo ha sido tanto por quienes entienden que la gran dificultad del procedimiento que contempla en realidad supone una especie de cláusula de intangibilidad encubierta destinada ante todo a mantener alejada del procedimiento de reforma la fórmula monárquica de Jefatura del Estado⁶⁵, como por quienes por el contrario creen que, siendo el poder de reforma un poder constituido y por lo tanto limitado, la fórmula del art 168, y especialmente su reconocimiento de la posibilidad de la revisión total de la Constitución, no solo incumple la finalidad política que parece pretender sino que contribuye a la confusión doctrinal dejando falsamente abierto el texto constitucional⁶⁶. De todas formas, parece haber prevalecido la visión de Pérez Royo cuando mantenía que “en el fondo el problema al que se pretendía hacer frente no es el de la reforma total sino el de los límites a la reforma”⁶⁷. En todo caso, esta lectura del artículo 168 como una cláusula de intangibilidad encubierta, o imperfecta, depende de la postura que se mantenga, no deja de suscitar algunos problemas⁶⁸. Es cierto que la génesis del artículo parece conciliar todos los fantasmas de la Transición, desde el intento de blindar la monarquía, la unidad de España, o los derechos fundamentales por parte de los diversos grupos políticos, hasta la imposibilidad de establecer cláusulas de intangibilidad, que suscitaban un cierto rubor tras la operación realizada con las Leyes Fundamentales franquistas a través, precisamente, de una Ley para Reforma Política y que en todo caso resultaban políticamente inaceptables para determinados grupos que pretendían mantener al menos alguna divergencia entre su ideario doctrinal y el necesario pragmatismo político, como podría ser el caso del PSOE con la Corona⁶⁹. Por otro lado, el art. 168 no deja de ser en parte una muestra más de esa histórica “hipocresía” con la que la institución de la reforma se ha entendido o practicado siempre en España, de modo que el establecimiento de un

65 PÉREZ ROYO J. “Artículo 168”, en *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Tomo II, PÉREZ TREMPES P., SAIZ ARNAIZ A. (dir), tirant lo blanch, Valencia 2018, p 2302-2305.

66 Por todos, TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018, 112 y ss.

67 PÉREZ ROYO J. “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ed Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996., p. 487.

68 Como “cláusula de intangibilidad” lo considera REQUEJO PAGÉS J. L., “Artículo 166” en CASAS BAA-MONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 2765-2766, de cláusula de cierre, habla PÉREZ ROYO J. “Artículo 168”, en *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Tomo II, PÉREZ TREMPES P., SAIZ ARNAIZ A. (dir), tirant lo blanch, Valencia 2018, p 2302. , de “cláusula de intangibilidad encubierta”, TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018, p112.

69 PÉREZ ROYO J. “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ed Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996., p 505.

procedimiento especialmente rígido desde la perspectiva del derecho comparado puede así combinarse con la renuncia a las cláusulas de intangibilidad y con la consagración constitucional de la revisión total del Texto, fiándolo todo, al fin y al cabo, a la pretendida solidez del sistema de partidos existente en ese momento, reforzada en último término por un sistema electoral también en parte recogido en la norma constitucional. Lo cierto es que esta lectura general sobre la “inviabilidad” del artículo 168 ha servido durante mucho tiempo para no preocuparse en exceso de los graves defectos y de las incoherencias de su regulación.

Así y todo no deja de resultar paradójico equiparar de facto el procedimiento reforzado a una cláusula de intangibilidad, y ello en una constitución que no sólo no contempla expresamente este tipo de cláusulas sino que, además, prevé la posibilidad de una revisión total de sus disposiciones. ¿Qué puede entenderse entonces por revisión total de la Constitución?. En nuestra opinión la reforma total tal vez pueda entenderse como la posibilidad de cambio a través de un verdadero proceso constituyente pero administrado y ordenado constitucionalmente. El cambio de constitución a través de la Constitución. O quizás, más concretamente, la afectación a los elementos decisivos del Título Preliminar, del Título II, y de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I. Una afectación decisiva por su intensidad, al tratarse de algún artículo clave, o por acumulación en la afectación de distintos artículos de este ámbito⁷⁰. En todo caso el problema es quién decide que nos encontramos ante un supuesto de revisión total, y no parcial de la Constitución. Obviamente en primer lugar quien presente una iniciativa en este sentido, pero también quien controle si el procedimiento es incorrecto si se presenta por la vía del art. 167. De hecho, si no se intenta ir por esta vía, el Tribunal Constitucional puede no tener que pronunciarse expresamente sobre el tema. De todas formas, la calificación como revisión total de la Constitución o como una mera afectación a una materia propia del artículo 168 obviamente resultará jurídicamente irrelevante, dado que en ambos casos supone la utilización de la misma vía procedimental, pero no lo será políticamente, en cuanto implica una valoración política, con efectos importantes en cuanto a la postura de los partidos, la opinión pública y en último término el electorado en el referéndum obligatorio. En definitiva, como afirma Requejo, esta previsión serviría para exteriorizar “las pretensiones de ruptura” de la iniciativa⁷¹. Sería de

70 Otra interpretación, la afectación “in toto” a capítulos o Títulos dentro de los cuales se encuentren principios constitucionales básicos, en REQUEJO PAGÉS J. L., “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 2766

71 REQUEJO PAGÉS J. L., “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters

nuevo la utilización de la vía de la reforma para la ruptura, si bien en principio no con el régimen democrático en cuanto tal.

El procedimiento concreto previsto en el artículo 168 CE no ha gozado tampoco del favor de la doctrina⁷². El problema básico es el de determinar si las primeras Cámaras, que aprueban el principio de reforma, están aprobando un principio general, o, como parece dar a entender cierta lectura de los reglamentos parlamentarios, una proposición o un proyecto de ley articulado. Optar por una u otra concepción, y la doctrina no es unánime en este tema, implica entender de manera muy distinta todo el procedimiento. En el fondo podemos estar de acuerdo con la postura de Bilbao Ubillas o de Pérez Royo cuando entienden que el primer pronunciamiento de las Cortes sería una decisión sobre el inicio de la reforma, una declaración política donde se indicarían los artículos esenciales y el sentido de la reforma y que las segundas Cortes, las elegidas ya como Cortes reformistas como indica el profesor Pérez Royo, y con las indicaciones de los electores, “hacen la reforma”⁷³. De ahí que Rubio Llorente mantuviera que tenían sentido unas primeras elecciones donde el pueblo elige estas Cortes que harán la reforma y un segundo momento, el del referéndum, en el que el pueblo controla su labor⁷⁴. El problema en todo caso es que esta interpretación no queda clara en el ordenamiento positivo porque los Reglamentos parlamentarios parecen indicar otra cosa, lo que vuelve difícil cualquier otra interpretación, aun cuando el Consejo de Estado mantuviera que la interpretación del art. 168 habría de partir exclusivamente del propio texto constitucional. Pero el Consejo de Estado no es obviamente el Tribunal Constitucional, quien como es sabido no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema explícitamente. Estas dos visiones del procedimiento del art. 168 condicionarán también lo que se entienda por ratificación de las segundas Cámaras del principio de reforma, o la capacidad

Kluwer, Madrid, 2009, p. 2754

- 72 DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985 pp147 y ss , REQUEJO PAGÉS J. L. , “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p 2758 o TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018 pp 112 y ss, que llega a hablar de que el art 168 es una norma “incompatible con la lógica del estado constitucional”, p. 139.
- 73 PÉREZ ROYO J. “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ed Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996., p 497, BILBAO UBILLOS, J. M., “La reforma constitucional en serio” en *40 años de Constitución: una mirada al futuro.*, ed tirant lño Blanch, Valencia, 2019, p. 76-78.
- 74 RUBIO LLORENTE F., “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Ed TC-CEPC, Madrid 2009, pp. 34-35. Una postura crítica con esta exigencia de referéndum, ya en DE OTTO I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ed Ariel, Barcelona 1987, p 58, o DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed Tecnos, Madrid, 1985, p 148-149

mayor o menor que tengan estas mismas Cámaras para ir más allá de las primeras. En todo caso, aunque se mantenga que la libertad de las segundas Cámaras no es absoluta, y que por tanto que existe una vinculación material entre los dos momentos, de modo que la reforma no podrá afectar a otras cuestiones distintas a las que fueron objeto de la iniciativa, lo cierto es que tampoco aquí existe acuerdo doctrinal y que depende de si se entiende que se está elaborando un primer texto articulado en las segundas Cámaras o entendemos que se está enmendando un texto articulado aprobado en las primeras⁷⁵. Surge además el problema de determinar quién puede controlar esta hipotética vinculación. Parece evidente que le correspondería al Tribunal Constitucional. Pero, más allá del hecho de que todavía no se haya recogido expresamente en la propia constitución o en la LOTC este control, no es posible olvidar que las segundas Cámaras gozarán de una posición políticamente muy reforzada, no sólo por la proximidad de su elección, sino porque normalmente lo habrán sido tras un debate importante sobre alguna de las materias reservadas al art. 168, y donde la tentación de considerarse “poder constituyente” resulta muy fuerte, lo que suscita dudas sobre un hipotético enfrentamiento entre un Tribunal Constitucional, que se apoyaría en una interpretación posible de lo que signifique el principio de reforma y unas Cortes legitimadas por unas elecciones celebradas probablemente en torno al sentido y el alcance de la propia reforma.

Otro de los temas que no resulta menor en este procedimiento es el de la ausencia de previsiones en la Constitución, y en los Reglamentos parlamentarios, sobre una hipotética Comisión Mixta que, en paralelo a lo establecido por el art. 167, resolviera las posibles divergencias entre el Congreso y el Senado. Parte de la doctrina se muestra partidaria de recurrir por analogía a dicha Comisión⁷⁶. La solución en todo caso resulta problemática. Es difícil pensar que en un tema tan trascendental esta ausencia se deba a un mero descuido técnico del constituyente. Más verosímil resulta que se trate de una opción constituyente implícita, que otorga un importantísimo poder de veto al Senado en unos temas políticamente

75 PÉREZ ROYO J. “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ed Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996., que entiende que “desde el punto de vista del contenido concreto del nuevo texto constitucional estas últimas no están vinculadas a las primeras.”, p.497.

76 BILBAO UBILLOS, J. M., “La reforma constitucional en serio” en *40 años de Constitución: una mirada al futuro.*, ed tirant Iño Blanch, Valencia, 2019, p. 76-78, PÉREZ ROYO J. “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ed Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996, p 499, REQUEJO PAGES J. L., “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 2769-2770.

vitales como los afectados por la reforma vía artículo 168⁷⁷. De hecho, una lectura literal de la Constitución implica que, salvo en el supuesto de que el Senado apruebe en los mismos términos la reforma presentada por el Congreso, en cualquier otro caso se impide el éxito de la reforma. Puede pues que nos encontremos ante la última cláusula de salvaguarda frente a la modificación de determinadas materias constitucionales. Una cláusula que en contextos de reformas no absolutamente consensuadas, aun cuando se haya logrado el alto nivel de acuerdo que exige el procedimiento del 168, podría plantear varios problemas y una reforma constitucional de problemas y una a nuestro sistema de reforma. El grado en el Congreso ante el hecho de equiparar de facto a las de esas perplejidades que suscita a menudo el análisis de nuestro sistema de reforma constitucional. Entre ellas, la difícil justificación de la hipotética creación de una Comisión Mixta sin apoyo jurídico positivo y que sería impugnada inmediatamente por la minoría que se oponga a la reforma y que haya conseguido modificar el texto en el Senado, al entender que supondría una burla a sus derechos constitucionales. Por el contrario, la falta de aceptación del texto por el Senado, en ausencia de mecanismos de conciliación, podría dar lugar a un enfrentamiento de legitimidades entre un Congreso de los Diputados y un Senado que, elegido con un sistema electoral diferente, puede vetar una transformación profunda del ordenamiento constitucional respaldada por una mayoría muy importante en el Congreso, lo que no parece, como mínimo, una situación deseable para el sistema constitucional.

Pese a que ha sido siempre uno de los temas recurrentes en una literatura jurídica como la española, muy escasa de experiencias concretas en este tema, el problema de los límites de la reforma constitucional no tiene en la actualidad, en el derecho comparado, la importancia histórica y la trascendencia para la teoría de la reforma y de la constitución de la que gozó en algún momento⁷⁸. Históricamente los límites de la reforma fueron siempre la mejor expresión y la defensa de la Constitución frente al principio monárquico, incluso cuando no se establecían expresamente. En un paradójico paralelismo inverso, la regulación constitucional de la reforma en nuestra constitución de 1812 convierte al procedimiento, extremadamente complejo, en el verdadero límite último de la reforma⁷⁹. Por otra parte los límites expresos a la reforma que aparecerán en las cláusulas de intangibilidad del periodo de entreguerras, serán expresión del miedo a los nuevos

77 De bicameralismo perfecto habla TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018, p 135.

78 PÉREZ ROYO, *La reforma de la constitución*. Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987

79 MARTÍN DE LA VEGA, A. "Poder constituyente y poder de reforma en la constitución de 1812" en *Revista de las Cortes Generales*, nº 87, 2012.

enemigos de la democracia, y, en palabras de Rubio Llorente, “solo resistirán si ese miedo era infundado”⁸⁰. Tras la II Guerra Mundial las cláusulas de intangibilidad identificarán básicamente la forma del Estado y los elementos esenciales del Estado democrático constitucional en un clima de tensión y de Guerra Fría. Pero lo cierto es que, como es sabido, nuestra constitución no consagra cláusulas de intangibilidad, es más, prevé como vimos la revisión total de la Constitución. Todos sus elementos pueden pues ser modificados respetando los procedimientos de reforma establecidos, como en múltiples ocasiones ha remarcado nuestro Tribunal Constitucional. La equiparación por tanto de la dificultad de la reforma vía artículo 168 con una cláusula de intangibilidad no deja de ser cuanto menos inexacta, aún cuando hay quien pudiera pensar que con este procedimiento se consiguieron dos objetivos en el fondo complementarios: alejar del ámbito de la reforma determinadas decisiones constitucionales y a la vez mantener que en la constitución se rechaza toda limitación al principio democrático de cambio, distanciándose de cualquier forma de democracia militante o de “petrificación” del pacto constitucional.

Subsiste en todo caso la cuestión teórica de la posible existencia de unos límites implícitos a la reforma constitucional. En mi opinión en el estado constitucional democrático actual estos límites deben derivarse estrictamente, y de manera restrictiva, de la concepción racional normativa de la Constitución⁸¹. Soberanía popular, división de poderes y derechos fundamentales siguen constituyendo elementos esenciales del concepto de constitución que manejamos. Cualquier alteración sustancial de los elementos fundamentales de los mismos no supondría una reforma de la Constitución sino su destrucción fraudulenta y la voladura del estado constitucional. Un supuesto pues extremadamente excepcional. Pero para quien mantiene la existencia de unos mínimos límites implícitos derivados del concepto mismo de constitución, queda entonces la obligación de

80 RUBIO LLORENTE F., “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Ed TC-CEPC, Madrid 2009, pp 29.

81 Parece mantener una postura en igual sentido RUBIO LLORENTE F., en “La necesidad de la reforma constitucional” en *La reforma constitucional*, XXVI Jornadas de Estudio, 27, 28 y 29 de octubre de 2004, Ed Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, p. 27. aun cuando en su “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. I, Ed. CEPC, Madrid, 2012, p.134 parezca mantener lo contrario, vid sobre ello, ARAGÓN REYES M. “Constitución y reforma constitucional en la obra de Francisco Rubio Llorente,” en *Reflexiones sobre la forma del poder; Estudios sobre la obra de Francisco Rubio Llorente*, Ed. Fundación coloquio jurídico europeo-CEPC, Madrid, 2018, pp. 123. Sobre el tema, resulta imprescindible, aun cuando con un enfoque metodológico no mayoritario en nuestra doctrina, la monografía de ALAEZ CORRAL, B. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978.*, Ed. CEC, Madrid, 2000. Pionero en la materia, el estudio de JIMÉNEZ CAMPO J. “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, DDP, nº 7,1980. Recientemente, aunque con una concepción más amplia que la que aquí se mantiene de los mismos, TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018, pp. 136-156.

compaginar esta postura con la expresa previsión constitucional de la revisión total de la constitución que contempla el artículo 168. Así, si los límites implícitos se identifican con los elementos más básicos del Estado constitucional democrático, la revisión total de la constitución se identificaría, como sostuvimos anteriormente, con la alteración sustancial de las materias previstas en el 168. Estaríamos en este último supuesto ante el cambio de constitución desde la constitución. Y es muy distinto cambiar de constitución, que es lo que establece como posible el artículo 168 CE, que dejar de tener constitución.

Otro de los posibles problemas en este tema puede girar en torno a la ausencia de previsiones normativas sobre el control jurisdiccional de la reforma. Si la regulación constitucional de la reforma y el desarrollo de sus procedimientos en los reglamentos parlamentarios están ya de por sí plagados de ambigüedades y de dificultades conceptuales y normativas, a ello se le une la omisión de una expresa facultad del Tribunal para enjuiciar la reforma constitucional. Ante esto surge la tentación de entender, como señala el profesor Requejo, que no es que no existan límites a la reforma, sino que los que existen hoy no son jurídicamente exigibles⁸². Una laguna normativa pues, que resulta especialmente importante porque debilita el más que probable control que pueda ejercer el Tribunal Constitucional, como se apunta, entre otras cosas, en el ATC 9/2012 y ello en un ámbito en el que la actuación de la jurisdicción constitucional, incluso reducida al control formal de la reforma, no deja de plantear obvias dificultades⁸³. Y resulta una laguna de la mayor importancia cuando nos encontramos además ante una constitución que establece dos vías procedimentales con una delimitación material en absoluto clara. El defecto se acentúa en unos momentos en que aumenta la posibilidad teórica de reformas constitucionales que no sean producto de un amplísimo consenso previo, una situación en donde la necesidad de un intérprete jurídico supremo resulta aun más evidente. Es este uno de los aspectos que probablemente vuelva ineludible iniciar el proceso de reformas con la modificación del Título X de la Constitución. Debería ser en la propia Constitución, por razones de rigidez normativa, que aquí juegan como garantía del propio procedimiento de reforma, y también por razones sistemáticas y de importancia material, en donde se estableciese un control previo de constitucionalidad de la

82 REQUEJO PAGÉS J. L., "Artículo 166" en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Ed Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p 2758 o TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Ed. Marcial Pons, 2018 pp. 2761.

83 Vid por todos, VILLAVERDE MENÉNDEZ I., "El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012" en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, pp483 y ss.

reforma, junto con la paralela modificación, obviamente, de la LOTC.

3. LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

No parece que existan muchas dudas en la literatura jurídica española sobre la necesidad de proceder a ciertas reformas del Texto del 78. Parece también más o menos claro el posible abanico de temas susceptibles de reforma, aun cuando, lógicamente, no lo sea el del sentido ni el del número de las mismas⁸⁴. Sería imposible apuntar siquiera aquí los principales rasgos de esta discusión doctrinal. Me gustaría en todo caso subrayar tan solo algunas cuestiones básicas sobre el sentido del debate. En primer lugar el hecho de que, como ha recordado entre otros Pérez Royo, es necesario revitalizar el principio de legitimidad democrática de nuestro sistema constitucional a través de la reforma⁸⁵. El objetivo primordial pues debe ser más la relegitimación del sistema que la garantía de la supremacía de la Constitución⁸⁶. En segundo término es necesario subrayar que no se trata tanto de conseguir llevar a cabo una reforma que cumpla la función de adaptar el texto a las nuevas circunstancias, sino que se trata de una reforma en donde decidamos sobre dos cuestiones centrales: el de la organización territorial del Estado y el de la calidad de nuestro sistema democrático⁸⁷. Ambas responden a la doble crisis en que se encuentra en gran parte sumido nuestro ordenamiento constitucional. Y hay más de un motivo para pensar que ambas cuestiones pueden ir juntas, pero que la primera es la trascendental, lo que no quiere decir que deba, o que pueda, afrontarse en primer lugar. De hecho quizás el problema de fondo en este tema sea el de que hay que hacer tres cosas distintas pero sustancialmente relacionadas, y que para ello se necesitan, políticamente hablando, consensos distintos. Se trata por un parte de tomar una decisión casi constituyente sobre si

84 Solo en los últimos tiempos, RUIZ RICO G., PORRAS NADALES A. REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Ed Tirant, Valencia 20017, CANO BUESO, J. Y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: La reforma de la constitución en España*. Ed. Tirant, Valencia, 2017, ALVAREZ CONDE E. Y ALVAREZ TORRES, M. (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la constitución en española*, Ed Comares, Granada 2017. o FRÉIXES SANJUÁN T., y GAVARA DE CARA J.C. (coord.), *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica.*, Ed BOE-CEPC, Madrid, Parte primera Madrid 2016 y Parte segunda, 2018. Vid también con un programa explícito de propuestas, GARCÍA ROCA J., (editor), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate.*, Ed Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2014, o MUÑOZ MACHADO M, y otros, *Ideas para una reforma constitucional*, 20 noviembre 2017. BILBAO UBILLOS, J. M., “La reforma constitucional en serio” en *40 años de Constitución: una mirada al futuro.*, ed tirant lo Blanch, Valencia, 2019 o *Reforma constitucional en la Unión Europea y en España*, MARTÍNEZ CUADRADO, M. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2019.

85 Vid, PÉREZ ROYO J., “El riesgo de la no reforma” en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Ed. CEPC Madrid, 2018, p. 526-527.

86 En este mismo sentido el punto 10 del documento *Ideas para una reforma constitucional*, presentado por MUÑOZ MACHADO et allí.

87 Por todos DE CARRERAS F. “*En tiempos de reformas*” El País, 6 de diciembre 2017.

equiparar o no a nuestras Comunidades Autónomas en el ámbito competencial y político, dando además una respuesta que resulte aceptable a la mayoría de la sociedad catalana. Tenemos en segundo lugar que realizar una reforma que articule jurídicamente esta decisión dentro del sistema general de distribución territorial del poder y que contemple algunas decisiones sobre nuestro sistema democrático, y en tercer lugar deberíamos de realizar una puesta el día, un “aggiornamenti”, una “manutenzione” cómo diría la doctrina italiana⁸⁸, de aspectos concretos del Texto constitucional. Todo ello implica ser conscientes de las nuevas funciones que puede cumplir la reforma, de su nuevo significado en una situación político-constitucional como la que vivimos, muy distinta de la realidad existente cuando comenzamos a fijar la imagen jurídica de la misma. Implica optar por un entendimiento de la reforma como instrumento de política constitucional más que como adaptación del ordenamiento a las nuevas situaciones, con el problema evidente de acentuar sus elementos constituyentes frente a los constituidos. Le lo ación político-s de que a dsariamente deberten en imposible, sino en inutil ytambi de la constitucitucional catalarias. incorporar un mínimo incorpora un cierto acuerdSe trata de decidir también si la reforma debe de entenderse como proceso que genere una dinámica de innovación y apertura, una cierta práctica constitucional, que permita después afrontar mejor el problema catalán⁸⁹, o si la reforma no tiene sentido si no se aborda desde un primer momento este problema, a pesar de la evidencia de que a día de hoy resulta casi imposible encontrar una solución a nivel constitucional si la gran mayoría de los partidos y de los votantes nacionalistas continúan en posiciones independentistas⁹⁰. No parece que en esta situación pueda subordinarse cualquier reforma a una solución previa satisfactoria de la crisis catalana⁹¹. Pero también es cierto que no se puede olvidar que hoy el problema no está tanto en los elementos insatisfactorios de nuestro sistema autonómico, en su “fracasado éxito”⁹², sino en la situación político-constitucional en Cataluña, que lo condiciona todo. Y la reforma sólo tendrá éxito si es aceptada en Cataluña. En un momento políticamente muy difícil, la reforma de la Constitución implica el intento de establecer un nuevo pacto territorial.

88 PANIZZA S. Y ROMBOLI R., *Aspettando il referendum (con il fiatto sospeso). Limiti e contenuti della riforma costituzionale* Renzi-Boschi. Ed G. Giappichelli Turin 2016. p 10.

89 En parte esta es la idea que se trasluce en GARCÍA ROCA J., (editor), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate.*, Ed Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2014, pp21-261°

90 Por todos, ÁLVAREZ JUNCO, J. “El último problema heredado”, en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Ed. CEPC Madrid, 2018, p 505-514 p. 541.

91 En sentido de comenzar con la organización territorial vid,por ejemplo, DE CARRERAS, F, “En tiempo de reformas” EL PAÍS, 6 de diciembre 2017.

92 TUDELA ARANDA J. *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*. Ed Marcial Pons, Madrid, 2016.

No estamos en el 2006, han pasado muchas cosas. Las reformas estudiadas por el Consejo de Estado son hoy tan necesarias como ayer pero no son la clave para solucionar el problema en Cataluña. Y lo particular del problema de la reforma respecto a Cataluña, su paradoja, es que se trata en parte de realizar la reforma de una “no decisión constitucional” y que por ello, la reforma tiene que ser una decisión⁹³. Y en este tipo de reforma el consenso debe encontrarse previamente al referéndum. Es un consenso que debe ser forzosamente muy amplio, que no puede por tanto excluir a una parte del espectro político del país, y que implica también necesariamente un pacto político⁹⁴, que por otra parte no obtendrá ningún resultado si no se cumple lealmente. Frente a las posibles reformas se trata pues de buscar la reforma “posible”. Será además una reforma que aun así no tendrá seguramente el mismo consenso que la Constitución y que probablemente sea además una reforma parcial, que deberá acompañarse de múltiples medidas normativas y políticas. En definitiva, en la mejor de las hipótesis, nos encontraremos inmersos en un proceso político-constitucional, más allá de la concreta reforma constitucional, que será ante todo, como nos enseñó Friedrich, dinámico y naturalmente inestable.

En el tema de la reforma probablemente quede por apuntar una última paradoja. La de la enorme literatura jurídica generada sin la existencia actual de una iniciativa formal de reforma. No está claro cuando va a coincidir el momento de los expertos con el momento político de las reformas, pero siempre se entendió que iniciar la reforma es una decisión política que la doctrina puede preparar u orientar, ya lo ha hecho en gran parte, pero no suplir⁹⁵. Falta aun el impulso político que permita posteriormente el análisis concreto sobre un texto. Al fin y al cabo, habría que ser no solo profesor sino idiota, parafraseando al profesor Rubio Llorente, para no saber que la imaginación política es infinitamente más fecunda en este campo que la imaginación académica. Y mientras este impulso ni siquiera se haya materializado sólo cabe pensar que en España, en temas de reforma, la mejor postura es la del título de un libro de poemas de Ángel González, “sin esperanza, con convencimiento”, porque, en último término, y como ha recordado Miguel Roca, el problema central de la reforma escapa al derecho, depende en el fondo de la capacidad de una mayoría parlamentaria muy amplia de acordar y erigir un proyecto constitucional.

93 PÉREZ ROYO J. “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, septiembre-noviembre, 2003, pp. 225-234.

94 HERRERO DE MIÑÓN M., *Cádiz a contrapelo. 1812, 1978, Dos constituciones en entredicho*. Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2013, pp. 234-5. Vid también *Tres conferencias sobre la reforma constitucional*, Ed tirant lo Blanch, Valencia, 2016, donde se sugiere utilizar la técnica de lo que el autor denomina “mutación convencional” para abordar el problema catalán, p. 99 y ss.

95 Id. p. 217.

UN BREVE BALANCE SOBRE LA DEMOCRACIA BRASILEÑA BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1988, ESPECIALMENTE EN LOS ÚLTIMOS AÑOS TORMENTOSOS.

Argemiro Cardoso Moreira Martins⁹⁶

1. INTRODUCCIÓN

Este texto tiene el objetivo de trazar un cuadro general sobre el Brasil de la Constitución de 1988 en sus 30 años, en especial sobre la crisis que hoy asola a este país. La actual crisis brasileña es un fenómeno complejo que envuelve aspectos políticos, jurídicos, económicos y sociales. Sin embargo, nos ocuparemos aquí de los problemas exclusivamente constitucionales. Tales problemas surgen en 2016 con el proceso de *impeachment* de la en aquel entonces Presidenta Dilma Rousseff, cuya elección marcó la cuarta victoria consecutiva del Partido de los Trabajadores en las elecciones presidenciales brasileñas. Y aún prosigue, con la prisión ilegal e inconstitucional del expresidente Luis Inácio Lula da Silva. Aunque se trate de un brevísimo análisis, buscamos apuntar los principales problemas que hoy atraviesan el constitucionalismo brasileño. En nuestra opinión, existen dos problemas que se expresan como los principales aspectos de la crisis política y constitucional actual.

En primer lugar, el enorme desplazamiento entre el poder legislativo y el pueblo. Se trata de la vieja cuestión constitucional de la crisis de la representación política. La idea que aquí lanzamos apunta para el riesgo de la “tiranía del legislativo”. En el caso de Brasil, el parlamento se autonomizó y pasó a interferir en la política por medio de la quiebra de las reglas constitucionales en pro de intereses políticos inmediatos, como en el caso del *impeachment* de la expresidente Dilma Rousseff. Este riesgo se refiere al papel estabilizador de las normas constitucionales sobre la acción política. En el momento en que la constitución pasa a ser disponible, la política se impone sobre el derecho y, con eso, se pierde la propia estabilidad que la democracia constitucional puede ofrecer.

⁹⁶ Argemiro Cardoso Moreira Martins é professor de direito público na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Foi Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

En segundo lugar, la politización del poder judicial brasileño, demostrada en el caso del juicio del expresidente Lula da Silva. Aquí el riesgo de politización del derecho se agrava por la influencia de los medios de comunicación de masa que condenaron al expresidente antes de su juicio. Con eso, la quiebra de las reglas constitucionales se vuelve usual y aumenta el riesgo de un estado de excepción.

Antes de desarrollar esos argumentos, comenzaremos por una breve explicación del significado de la Constitución de 1988 para la historia política de Brasil.

2. ALGUNAS PALABRAS SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988.

Brasil vivió entre 1964 y 1985 bajo la dictadura de los militares, la experiencia autoritaria más larga y traumática en su historia. Durante este período, los militares tomaron el poder mediante un golpe de Estado y lo mantuvieron por medio de la represión política, la tortura y el asesinato de oponentes. La Constitución de 1988, marcada por el trauma de la experiencia autoritaria, establece un amplio catálogo de derechos fundamentales, empezando a reconocer a las minorías importantes como las mujeres, los indios y los “quilombolas”.⁹⁷ Además, la Constitución refuerza el poder judicial con mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, así como incrementa el control judicial de constitucionalidad de las leyes.

La transición democrática en Brasil osciló entre dos extremos, la continuidad y la ruptura. Por el lado de la continuidad, los militares trazaron una estrategia política de transición, llamada por el general Ernesto Geisel (dictador militar entre 1974 y 1979) de “processo da lenta, gradativa e segura distensão”.⁹⁸ Por lo tanto, los militares planearon una transición a la democracia sin rupturas bruscas, a diferencia de lo que ocurrió en Argentina. En este país, los militares desgastados por la derrota en la Guerra de las Malvinas no lograron evitar la condenación de muchos generales por sus crímenes. En Brasil, muchas cuestiones de política im-

97 En Brasil, se llamó “quilombolas” a los esclavos rebeldes y fugitivos de la esclavitud que perduró hasta fines del siglo XIX. En la América hispánica eran conocidos como “cimarrones”. Ellos vivían en rincones apartados de las ciudades y de los latifundios, en locales llamados de “quilombos”. Hasta hoy, hay descendientes de los antiguos “quilombolas” que viven en sus locales tradicionales. Se estima que hay en Brasil cerca de tres mil pueblos “quilombolas”, de acuerdo con cifras del gobierno brasileño. INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Política quilombola*. Disponible en: <<http://www.incra.gov.br/estrutura-fundiaria/quilombolas>> Acceso en marzo 2018.

98 GEISEL, Ernesto. *Discurso que se le hizo a los dirigentes de la ARENA en el Palacio de la Alvorada el 29 de agosto de 1974*. Disponible en: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/17.pdf>> Acceso en marzo 2018.

portantes quedaron fuera del proceso de transición democrática, especialmente la investigación y sanción de los crímenes contra la humanidad cometidos por los agentes represivos del Estado. Mientras que en Argentina una Comisión de la verdad se estableció en 1983 y presentó su informe un año después,⁹⁹ en Brasil, el gobierno creó una Comisión similar solo en 2011, cuyo informe fue presentado en 2014, es decir, casi 30 años después del final de la dictadura militar brasileña. Además, es emblemático que el dictador argentino Jorge Rafael Videla murió en la prisión, al paso que todos los dictadores militares brasileños murieron en sus casas, sin nunca haber pisado en un tribunal.

En Brasil, por el lado de la ruptura, con la aparición de nuevos actores y movimientos sociales se comenzó a desafiar a la dictadura militar a fines de los 70. Los sindicatos de los trabajadores metalúrgicos, bajo el liderazgo de Lula da Silva, promovieron muchas huelgas en defensa de los derechos de los trabajadores y contra la dictadura. Además de estos nuevos actores, viejas organizaciones que anteriormente apoyaron el golpe militar en 1964 comenzaron a desafiar al régimen, tales como la Iglesia Católica y la Orden de los Abogados de Brasil. El éxito de los militares en la transición democrática no significó, sin embargo, la anulación de los actores de la sociedad civil que también obtuvieron logros importantes, especialmente en el contexto de la Asamblea Nacional Constituyente en 1987 y 1988.

Como ha señalado Stéphane Monclaire, el proceso constituyente brasileño fue “o mais complexo e o mais rico do ponto de vista científico e da arqueologia constitucional”, esto fue así por la amplia demora para elaborar la constituyente (desde el 01 de febrero de 1987 hasta el 5 de octubre de 1988), movilizó a la sociedad brasileña a larga escala y conllevó a un texto constitucional prolixo y contradictorio.¹⁰⁰ Cabe señalar que la Asamblea Constituyente también osciló entre los extremos de la continuidad y la ruptura. Principalmente porque no fue una Asamblea Constituyente exclusiva, o sea en 1986 hubo elección de representantes parlamentarios para el Congreso Nacional que tenían poderes para elaborar una nueva constitución. No había una convención constitucional distinta del legislativo, no existía una clara distinción entre el poder constituyente y el poder constituido. La Enmienda Constitucional n.º 26 de 1985 convocó a una

99 CONADEP. *Nunca Mas – Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas en Argentina*. Buenos Aires: EUDEBA, 1984.

100 MONCLAIRE, Stéphane. *Um processo de longo prazo*, in *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização*. Volume 1, Brasília: Senado Federal, p. 01. Disponible en: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/um-processo-de-longo-prazo>> Acceso en marzo 2018.

Asamblea constituyente en el marco de la Constitución dictatorial de 1969.¹⁰¹ El hecho de que ella fue creada por una reforma constitucional ocasionó un intenso debate. Por un lado, los partidarios de la dictadura defendieron una constituyente con poderes limitados y que marcaría una transición lenta, gradual y segura y, por otro lado, los críticos de la dictadura defendieron una constituyente con plenos poderes para marcar una verdadera ruptura con la constitución autoritaria. A pesar de las dificultades y los obstáculos creados por los grupos políticos conservadores en la Asamblea Constituyente, sucedió que las organizaciones de la sociedad civil lograron proponer una agenda de temas políticos olvidados por la dictadura militar. Como ha señalado Leonardo Barbosa, los que buscaban una ruptura con la dictadura tradujeron los “problemas experimentados concretamente por setores excluídos da sociedade em *demandas por direitos*”.¹⁰²

La actual Constitución brasileña fue el resultado de un proceso sin precedentes en la historia del país, pues por primera vez las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos populares acudieron a las distintas comisiones parlamentarias de la Asamblea Constituyente. A pesar de sus contradicciones y omisiones, la Constitución de 1988 escribió una nueva página en la larga historia de marginalización y olvido del pueblo brasileño.

3. EL IMPEACHMENT DE LA PRESIDENTA DILMA ROUSSEFF Y LA QUIEBRA DE LA CONSTITUCIÓN

El simple hecho de que el proceso de *impeachment* sea una decisión tomada por la mayoría de los representantes del pueblo no la hace por sí sola una decisión democrática. Thomas Jefferson en su clásico escrito “*Notes on the State of Virginia*” llama la atención sobre lo que él denominó “*elective despotism*”. Argumentaba Jefferson que la concentración de poderes políticos en las mismas manos es la propia definición del despotismo, sin importar el hecho de que son “escogidas por nosotros mismos” o si el poder es ejercido por “una sola” o por una “pluralidad de manos”.¹⁰³ Es eso lo que se vio en el Congreso brasileño. En el caso de Rousseff, no había ningún indicio de crimen, ella fue derribada sólo porque el

101 Los dictadores militares en Brasil hicieron dos nuevas constituciones en 1967 y 1969. En principio los militares mantuvieron formalmente la Constitución democrática de 1946 y agregaron leyes supraconstitucionales. En 1967 surgió la primera constitución de la dictadura para señalar la consolidación del régimen autoritario. En 1968 hubo grandes manifestaciones de estudiantes contra la dictadura en las principales ciudades del país. Los militares reaccionaron con más represión y con el cambio constitucional. La Enmienda n.º 1 de 1969 fue formalmente una reforma de la constitución de 1967, pero en realidad ha sido más una nueva constitución que señaló el recrudescimiento de la dictadura.

102 BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: cambio constitucional, autoritarismo y democracia en Brasil pos-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 241.

103 JEFFERSON, Thomas. *Writings*, 18ª ed. New York: The Library of America, 1984, p. 245.

Congreso Nacional entendió que ella debería ser alejada por conveniencia política, o sea, estamos ante el despotismo del Poder Legislativo.

El crimen de responsabilidad de la presidenta se basa en una decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión que introdujo en nuestro vocabulario político los llamados “pedaleos fiscales”. Esto es sólo el repaso en atraso de fondos por el Ejecutivo federal a los bancos públicos para el costeo de programas sociales del gobierno. La innovación presentada por el Tribunal de Cuentas equipara esa operación financiera - la práctica habitual en los gobiernos anteriores - a la operación de crédito entre la Unión y la Institución financiera que ella controla, lo que sería vedado por la Ley de Responsabilidad Fiscal. Es decir, el Tribunal de Cuentas asimiló el pago de intereses de demora a un contrato de préstamo, dos figuras completamente distintas en el derecho financiero.

Es simplemente absurda la idea de que esto pueda configurar una especie de crimen, tal como es la corrupción o incluso el lavado de dinero. Crímenes por los cuales fue condenado el propio ex-presidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Cunha, que juzgó el propio el proceso de *impeachment* de Rousseff. Las razones para el *impeachment* fueron pautadas por decisiones del Tribunal de Cuentas que cambiaron su propio entendimiento anterior. Las decisiones discrecionales de un Tribunal - que en Brasil es órgano del propio Legislativo - no pueden constituir una especie de crimen que exige ley formal y anterior a los hechos que ella tipifica.

La votación en la Cámara de Diputados demostró la fragilidad de la tesis de los crímenes de los “pedaleos fiscales”, pues los diputados y diputadas se sintieron libres para condenar a la presidenta por cualquier razón, sea por Dios, por sus familias, por la lucha contra la corrupción, por el fin de la crisis económica o cualquier otra motivación ridícula. En el Senado, no fue diferente, los pronunciamientos de los parlamentarios favorables al *impeachment* mencionaban el “conjunto de la obra” del gobierno Dilma, la crisis económica, el desempleo y hasta las relaciones diplomáticas con los países “bolivarianos” - Bolivia, Ecuador y Venezuela. En síntesis, no había y no hay un crimen claramente tipificado que pueda guiar las justificaciones de votos favorables a la destitución de Dilma Rousseff.

En Brasil, el despotismo del Legislativo se caracteriza por un abismo entre los representantes y sus representados. Los parlamentarios fueron fieles a sus financiadores de campaña electoral, no a sus electores. Tal situación el constitucionalista argentino Roberto Gargarella la denomina de “alienación legal”, es decir,

la “situación donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad, sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestros propósitos o control, pero que afecta a los intereses más básicos de la mayoría de la población, frente al cual ella está sometida”.¹⁰⁴ El verdadero “crimen” de Dilma Rousseff fue el de permitir el escrutinio de los grandes esquemas de corrupción que garantizaban la continuidad de verdaderas castas políticas en el Legislativo brasileño. La intrepidez de la Presidenta en dejar castigar incluso a los miembros del propio Partido de los Trabajadores llevó a los políticos de su base parlamentaria, sobre todo a los de centro-derecha, a temer por sus destinos. Es lo que realmente importa, no el engaño de los “pedaleos fiscales”.

El controvertido constitucionalista alemán Carl Schmitt - que no nutría simpatías por la democracia constitucional - trató del tema de la “quiebra de la Constitución” en su famosa obra “Teoría de la Constitución”. Se trata de un concepto distinto del Estado de excepción, aquí el orden constitucional se suspende y se deja de lado a favor de medidas excepcionales. En la quiebra de la Constitución, las prescripciones constitucionales se dejan de lado en apenas uno o pocos casos, en los que permanecen inalteradas para los demás.¹⁰⁵

Este concepto parece explicar bien lo que ocurrió en Brasil en el caso del *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff. Estamos ante una clara quiebra de la Constitución brasileña de 1988. La presidenta fue destituida a pesar de no haber cometido un crimen de responsabilidad. Los argumentos jurídicos no valen en este debate, donde las mayorías parlamentarias decidieron por razones de disputa política.

El ejercicio del mandato por el Presidente, en un sistema presidencialista de gobierno como el brasileño, sirve para garantizar el resultado formal de las elecciones, a pesar de las variaciones políticas parlamentarias y de la opinión pública que casi siempre ocurren durante el ejercicio del mandato. La función presidencial exige la necesaria estabilidad para tomar las decisiones públicas necesarias, ya sean impopulares, inadecuadas o insuficientes. El único juez de esas decisiones es el pueblo, políticamente movilizado en las elecciones. Un juicio parlamentario no puede sustituir una elección. El *impeachment* sin crimen de responsabilidad legalmente tipificado es una quiebra de la Constitución, pues el principio de la “soberanía popular” fue relegado a favor de un juicio parlamentario sobre la

104 GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 205.

105 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2009, p. 115-116.

adecuación de la política de gobierno de la presidenta elegida democráticamente.

El derecho constitucional debe ser un factor de estabilidad de la política, un tipo de argumento que se sobreponga a los argumentos políticos coyunturales y momentáneos. En el instante en que la Constitución se convierte en un instrumento de la política, termina la diferenciación entre el sistema político y el sistema jurídico. También termina la estabilidad política, ya que la propia “seguridad jurídica” deja de ser un argumento externo e ingresa en el campo político de los embates partidarios, convirtiendo un argumento en simulacro. Pero este no es el único problema que la ruptura de la Constitución trae consigo.

El gran riesgo para la democracia brasileña es el hecho de la quiebra de la Constitución constituir un grave precedente de inestabilidad jurídica. Puede ser que un gobierno impopular y con respaldo inestable en el Parlamento perdure, como ya ocurrió en Brasil y en otros países, recurriendo a la corrupción, la propaganda y la represión política. Pero este tipo de ejercicio del poder político es muy distinto del ejercicio del mandato con respaldo y estabilidad constitucionales. Además, en Carl Schmitt la quiebra de la Constitución es un concepto próximo de la propia suspensión de la Constitución, es decir, del propio Estado de excepción. Lo que los diferencia es sólo la intensidad, pues en la “quiebra” se deja de lado la Constitución en algunos casos, mientras que en el Estado de excepción se suspende ella misma. No se trata solamente de un detalle jurídico. Lo que está en juego es el futuro de la democracia brasileña. El futuro es siempre incierto y arriesgado, pero ahora lo agrava el abandono de la Constitución como instancia legitimadora de nuestra política.

4. EL PODER JUDICIAL BRASILEÑO, LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LA CONDENA DE LULA DA SILVA: HACIA EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

En el escenario democrático de Brasil, las decisiones judiciales se han convertido en el centro de la dinámica de la política, porque se coloca una gran credibilidad en el potencial transformador del derecho, mediado por los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, en varias ocasiones, el poder judicial ha sido capaz de reorientar las discusiones y las acciones del Estado en el lugar de la representación parlamentaria y legislativa tradicional.

La justicia brasileña es una institución que se caracteriza por la cultura legalista y positivista que se refleja claramente en el decisionismo judicial. Es difícil caracterizar una institución compleja como el poder judicial, pero se puede comprobar una actitud institucional predominantemente conservadora hacia el reco-

nocimiento de nuevos derechos, aun cuando los reconoce, lo hace con tardanza como fue en los casos del aborto de los fetos con anencefalia y del matrimonio entre personas del mismo sexo. El poder judicial brasileño es una verdadera élite burocrática de cerca de 17 mil jueces en su mayoría hombres de raza blanca,¹⁰⁶ en contraste con la población brasileña de más de 200 millones de personas, cuya mayoría es de raza negra y mujeres. Por otra parte, como señaló Roberto Gargarella acerca de la función conservadora del poder judicial en la aplicación de los derechos sociales en Argentina, el sistema judicial recibe con hostilidad las novedades legislativas sobre derechos porque los jueces no son elegidos por el pueblo y tampoco están bajo el control de la opinión pública.¹⁰⁷

Por supuesto, el argumento contra-mayoritario justifica la independencia del poder judicial, sin embargo, al menos en el caso de Brasil, es necesario examinar con más cuidado tal premisa. La justicia brasileña en la transición democrática tiene un papel político clave en la determinación de los derechos constitucionales, de modo que queda lejos de la noción clásica de un poder de “quelque façon nulle” como ha mencionado Montesquieu.¹⁰⁸ Esto se nota en el papel político desempeñado por el Supremo Tribunal de Brasil que interfiere en casi todas las principales decisiones de política del legislativo y del ejecutivo. Curiosamente, como demuestran Juliano Zaiden Benvindo y Alexandre Araújo Costa, el papel de la Corte Suprema en el control de la constitucionalidad de las leyes esta más centrado en cuestiones corporativas que en los derechos fundamentales.¹⁰⁹ Esta

106 De acuerdo con datos del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), la agencia responsable de la evaluación y supervisión de la justicia brasileña, esta se compone del 64,1 % de jueces hombres, los cuales constituyen el 81,6 % de los jueces de los tribunales superiores. Jueces blancos son el 84,2 % del total, y constituyen 91,1 % de los jueces de los tribunales superiores. Los deficientes son el 0,9 % del total, y constituyen el 2,5% de los jueces de los tribunales superiores. Los indígenas representan el 0,1 % de todos los jueces brasileños, no hay indios en los tribunales superiores. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Censo do Poder judiciário brasileiro*. Brasília: 2014, p. 38, 42, 44. Disponible en: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario>> Acceso en mayo 2018.

107 GARGARELLA, Roberto. *Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional*. In: _____ . (Coordinador) *Teoría y crítica del derecho constitucional – Democracia*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 527-528.

108 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *De L'Esprit des Loix*, Tome I. Londres, 1757, p. 320. Disponible en: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k62435918/f9.image.r=de%20l'esprit%20des%20lois%20livre%20XI>> Acceso en marzo 2016.

109 Los autores mencionados analizaron 4.727 fallos del Supremo Tribunal, juzgados entre octubre de 1988 y diciembre de 2012, y constataron que solamente 72 fallos tenían decisiones favorables a los derechos fundamentales. Así, ellos concluyen que las decisiones del Supremo Tribunal conducen a un modelo de control de la constitucionalidad de las leyes que: “privilegia a garantía dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. [...] Com isso, não realizam o objetivo final do controle de constitucionalidade que seria o de servir como uma via concentrada e rápida para a solução de questões constitucionais mais amplas, especialmente para a defesa dos direitos fundamentais.” COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. In: Social Science Research Network (SSRN), p. 77 - 78, Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541> Acceso en mayo 2016.

es una institución poco sensible a las demandas democráticas, pero es donde la población busca el reconocimiento de sus derechos.

Como ha señalado Keith S. Rosenn: “A cultura jurídica brasileira é altamente legalista, ou seja, na tradição do positivismo jurídico, valoriza-se excessivamente a norma escrita e formal como crivo da experiência humana. [...] Acha-se que novas instituições ou práticas não devem ser adotadas, sem prévia autorização legal.”¹¹⁰ Tal cultura legalista tiene otros dos rasgos característicos del positivismo jurídico: el escepticismo moral y el decisionismo judicial.

Como dijo Eugenio Bulygin, el escepticismo axiológico está en el corazón de la teoría positivista del derecho:

Podría decirse que en la base de mi concepción de la filosofía del Derecho y de mi adhesión al positivismo jurídico se encuentra mi escepticismo axiológico, basado en la idea de que los juicios morales, políticos y estéticos dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos y por lo tanto no están sujetos al control racional. En la medida en que tales juicios dependen de factores emocionales no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Esto de ninguna manera implica que no sean importantes; hay personas que sacrifican su vida por sus ideales políticos, morales o religiosos, pero una cosa es su importancia y otra muy distinta la verdad.¹¹¹

Eso invariablemente conduce a un decisionismo judicial respecto a los valores. Para Hans Kelsen - un autor todavía ampliamente citado en las decisiones judiciales brasileñas - la compatibilidad de una norma inferior a otra de superior jerarquía o la conformidad de una decisión judicial con el contenido de la constitución es una cuestión de competencia legal, es decir, es una prerrogativa de aquellos que tienen autoridad legal para decidir. El problema de lo propuesto por Kelsen es que la decisión judicial acerca de un derecho cualquiera es legítima porque es una decisión tomada por un órgano legalmente competente, sin importar la corrección de la decisión o la opinión de los ciudadanos: “the question whether a lower norm corresponds to a higher norm can be decided only by an organ in a certain procedure (both determined by the legal order). The opinion of any other individual is legally irrelevant.”¹¹² Con esto, toda la discusión acerca de la significación y alcance de los derechos constitucionales se reduce a un argumento de autoridad, es decir, a un decisionismo judicial. Tal idea subyace en una significativa parte de las decisiones judiciales brasileñas sobre los derechos

110 ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 53-54.

111 BULYGIN, Eugenio. *Mi visión de la Filosofía del Derecho*. In: Revista DOXA – Cuadernos de Filosofía del derecho», nº 32, 2009, Alicante, p. 89 - 90. Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/mi-vision-de-la-filosofia-del-derecho/>> Acceso en marzo 2018.

112 KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Traducción de Anders Wedberg. Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press, 1949, p. 154.

constitucionales.

Estos rasgos están presentes, por ejemplo, en la interpretación judicial de los derechos de las minorías étnicas, en particular, cuando ella se fundamenta en estereotipos y en argumentos de orden moral. Estos son recursos disponibles y bien recibidos por los tribunales brasileños como legítimos en sus fallos.

El científico político Giovanni Sartori hace una dura crítica a lo que denominó “video-política”, es decir, al modo como la televisión produce impacto en la política y la transforma radicalmente en las democracias contemporáneas. Él parte de la constatación de que el pueblo “soberano” decide en función de los temas y versiones divulgados por los medios que, por diversos modos, induce a la opinión pública. Así, el poder de la “imagen” está en el “*centro de todos los procesos de la política contemporánea*”. El problema está en el hecho de que la televisión cambia el criterio de selección de las noticias: “*La información que cuenta es la que se puede filmar mejor; y si no hay filmación no hay ni siquiera noticia, y, así pues, la noticia no se ofrece, pues no es «video-digno».*”¹¹³

Además, la noticia se presenta casi siempre de forma distorsionada, porque parte de que los datos son parciales - cuando no falsos - y de informes selectivos, buscando el sensacionalismo y la repercusión en la opinión pública. Como consecuencia, tenemos lo que Sartori llama “homo videns”, una especie del “homo sapiens” con menor capacidad de abstracción y menor poder de cognición.¹¹⁴ Aunque Sartori habla sólo del mundo de la política, tales constataciones se pueden aplicar a la actuación del sistema judicial brasileño en estos tiempos de grave crisis.

La relación entre los medios de comunicación y la judicatura ha proporcionado más noticias y versiones estereotipadas en los medios que buenas decisiones. O sea, fallos basados en pruebas y argumentos jurídicos consistentes. Esto es así porque el lenguaje de los telediarios es en todo diferente e incluso antagónico al lenguaje que debe pautar el derecho y, sobre todo, los juicios en la esfera penal. La condena en los telediarios se hace en términos de hechos distorsionados y de versiones parciales, cuyos efectos son inmediatos e impactantes. La divulgación de audios e imágenes es sintomática de ese verdadero proceso de condena mediática, porque las pruebas documentales que exigen análisis más sofisticados y razonamientos jurídicos aburridos no producen buenos titulares de periódicos.

113 SARTORI, Giovanni. *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Traducción de Ana Díaz Soler. Madrid: Santillana, 2005, p. 79; 98.

114 *Ibidem*, p. 56.

Esto contradice los principios fundamentales que orientan el derecho. En los procesos judiciales, lo contradictorio impone el análisis cuidadoso y parsimonioso de los argumentos, la producción meticulosa de pruebas con la necesaria participación de las partes, todo regido por el lento tiempo del derecho, no por el inmediatez del tiempo de la televisión. Además, la imparcialidad obliga al juez, por ejemplo, a manifestarse en los autos del proceso y no por los medios de comunicación, como ocurre con frecuencia en Brasil.

La judicialización de la política implica la politización del poder judicial, de eso nos han alertado prácticamente todos los juristas modernos. El problema reside en el hecho de que los órganos de justicia no pueden ingresar en el mundo de la política. Cuando los magistrados y fiscales ingresan en la política mediática, parten de un cargo público estable y bien remunerado, y no tienen ninguna forma de control popular o externo. El resultado de esa politización del sistema de justicia brasileño fue la formación de una verdadera élite, capaz de influir en los rumbos de la política nacional. Los órganos de justicia poseen un poder de destrucción extraordinario, aún más cuando se asocian al poder de los medios, sin embargo, son incapaces de promover cualquier proyecto político nacional porque están inmersos en intereses corporativos.

La condena del expresidente Lula da Silva fue el último episodio de la politización del poder judicial en Brasil. Varios problemas se señalan en su sentencia de condenación: la incompetencia del juez para juzgarlo; la imparcialidad del magistrado; la violación del secreto telefónico de la propia defensa del ex presidente; la condena por lavado de dinero, sin la comprobación de existencia de alguna operación financiera y, por fin, la propiedad de un apartamento que nunca fue legalmente propiedad del ex presidente. El hecho de que la condena se produjo antes de la elección en la que el ex presidente era franco favorito para vencerlas, atestigua el carácter político de su condena. Más aún, si consideramos que el propio juez Sérgio Moro que condenó a Lula da Silva se volvió Ministro de la Justicia del gobierno vencedor de las últimas elecciones.

El poder judicial brasileño cuya autonomía fue garantizada en la Constitución de 1988 para la tutela de los derechos constitucionales está en el centro de la grave crisis que asola al país. En definitiva, el Poder Judicial traicionó las esperanzas en ellos depositadas por los constituyentes de 1988, se olvidaron de la misión constitucional de defensa de los derechos y se sumergieron en la política de la forma más destructiva y sensacionalista, incorporando los vicios de los medios y dejando de lado el propio derecho.

5. CONCLUSIONES.

El actual escenario brasileño de crisis política y constitucional podrá marcar la radical transformación o incluso el propio fin de la Constitución de 1988. Es difícil, o más bien imposible, hacer un análisis conclusivo en el momento de los eventos. Sin embargo, es cierto que el aniversario de 30 años de la Constitución brasileña transcurrió más con inquietud que con vibrantes conmemoraciones.

Considerando el aspecto propiamente constitucional del problema, apuntamos dos factores que son centrales en el proceso de la crisis brasileña: la “tiranía” del legislativo y el activismo judicial. Tales fenómenos no son exclusivos de Brasil, pero poseen en este país un carácter extremo y arriesgado, eso es, el abandono de los parámetros constitucionales de solución de los problemas políticos nacionales. Los casos del *impeachment* de Dilma Rousseff y de la prisión de Lula da Silva son ejemplos notables del extremo grado de politización de la propia constitución, pues en ambos casos no se encontró ninguna especie de crimen jurídicamente válido que justificase un proceso de *impeachment* o incluso la prisión del candidato favorito en la víspera de las elecciones presidenciales.

Con eso, la relativa estabilidad que las normas constitucionales pueden ofrecer al conjunto de los enfrentamientos políticos pierde su principal función, pues las razones políticas se sobrepone a los argumentos jurídicos, volviéndolos incapaces de cualquier estabilización de las propias expectativas de los agentes políticos. Está claro que el *impeachment* es un proceso distinto del juicio judicial, más politizado por así decirlo. Sin embargo, las reglas constitucionales también deberían ser aplicadas al legislativo brasileño, lo que no ocurrió en el caso del *impeachment* de Dilma Rousseff. En el caso del juicio de Lula da Silva la politización del sistema judicial es más injustificable y escandalosa, porque se trata de una institución contra mayoritaria, cuyo comportamiento y decisiones se deberían pautar apenas por normas jurídicas. Se puede cuestionar si en el Brasil de hoy realmente existe una diferencia entre los poderes legislativo y judicial, dado el grado de politización en ambos.

Otro factor importante en la crisis brasileña fue el papel de los medios de comunicación, o sea, aquello que Giovanni Sartori denominó de “video-política”. El impacto de los medios de comunicación en la política brasileña fue decisivo en el proceso de impedimento de Dilma Rousseff, así como en la condenación de Lula da Silva. La “video-política” ingresó en las decisiones de los tribunales brasileños, incluida su Corte suprema. La rapidez con la que se juzgó el proceso de

Lula da Silva antes de las elecciones contrasta con la lentitud de su trámite tras las mismas. Se trata más de una maniobra política que de un genuino procedimiento jurídico. Es sintomático que en la sentencia de condenación del expresidente se apuntan dos reportajes periodísticos como pruebas para la condenación del expresidente, ambos de un periódico de gran circulación en el país.¹¹⁵ Nada puede ser más ilustrativo de la nefasta influencia mediática en el derecho brasileño.

Los casos aquí tratados apuntan para una clara ruptura de las reglas y principios constitucionales, resta saber si Brasil está a las puertas de un Estado de excepción. Según las declaraciones y actitudes del actual presidente brasileño de extrema derecha, no existen motivos para el optimismo. En el aniversario de 30 años de la Constitución brasileña de 1988, no hay mucho que conmemorar ante el grave riesgo del autoritarismo. Cualquier manifestación de alegría sonaría como ironía o sarcasmo. La conmemoración hoy asume un nuevo y profundo significado, el de lucha. La lucha del pueblo brasileño por los derechos constitucionales y por la soberanía popular, en una palabra, la lucha por la propia democracia constitucional.

115 DANTAS, Dimitrius; DANTAS, Tiago. *Moro cita reportaje de 2010 en sentencia que condena a Lula*. O Globo, Río de Janeiro, 12 de julio de 2017. Disponible en: <<https://oglobo.globo.com/brasil/moro-cita-reportagem-do-globo-de-2010-em-sentenca-que-condenou-lula-21583995>> Acceso en marzo 2018.

BRASIL: UM (DURO) TESTE PARA A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL¹¹⁶

Gustavo Ferreira Santos¹¹⁷

“O mundo ainda não acabou de ser feito e vive desabando.”

(Carlos Drummond de Andrade, O avesso das coisas)

I

Nos últimos anos, o debate político tem sido marcado pelo crescimento da influência da extrema-direita nas mais diversas democracias, em todo o mundo. No Brasil, esse processo teve um forte impulso com o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, mas ficou mais evidente com a eleição de Jair Bolsonaro para a presidência. Pautas morais agressivas, contra direitos de minorias, e ataques às instituições que caracterizam o Estado constitucional tornaram-se mais visíveis. É a própria Constituição de 1988 que está sob ameaça.

Não podemos dizer que a obra da Constituição de 1988 está terminada. Nunca estará, é verdade. Mas, especialmente em matéria de direitos fundamentais, estamos ainda longe de verificar na realidade algo minimamente parecido com o projeto de Estado constitucional que o constituinte quis estabelecer. Não me parece que exista necessidade, em relação a direitos civis, de termos reformas constitucionais no Brasil. O texto constitucional originário traz um vasto volume de garantias, que representam bem a herança do constitucionalismo clássico, consagrando várias liberdades e direitos individuais. No entanto, os desdobramentos práticos foram aquém do esperado e, pior, vivemos, uma nova crise de eficácia do texto constitucional.

A eleição de Bolsonaro, em 2018, parece ter aberto a caixa de pandora de

116 Trabalho decorrente do Projeto de Pesquisa CNPq 311020/2015-Produtividade em Pesquisa.

117 Gustavo Ferreira Santos é Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Fez Estágio Pós-Doutoral na Universidade de Valência e foi Visiting Scholar no Boston College. Foi Coordenador Adjunto, Coordenador Adjunto para Mestrados Profissionais e Coordenador da Área de Direito na CAPES. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

nossa democracia constitucional. Em 2018, no I Congresso Hispano-Brasileiro de Direito Constitucional, em Valência, fazíamos um balanço sobre os trinta anos de prática constitucional e identificávamos vários problemas de eficácia do texto constitucional. Mas, coincidentemente, estávamos apenas há alguns dias da eleição e sentíamos a tristeza de ver vitorioso um discurso tão distante do ideal de sociedade retratado pelo constituinte no texto. No entanto, não tínhamos uma noção clara do quanto seria desafiada a Constituição.

Hoje, é possível ver claramente que Bolsonaro quer entregar o que prometeu durante toda a sua vida política, em diversos momentos nos quais expressou uma visão violenta e autoritária. E o cumprimento de suas promessas tem um alto custo para direitos fundamentais. No seu primeiro ano de mandato, o país já viveu vários conflitos em torno de liberdades clássicas. Talvez mais do que nos trinta anos anteriores de vigência do texto.

Não que tenhamos saído de uma situação ideal para uma crise dos direitos civis. Como afirmamos no início deste texto, são muitos os déficits de eficácia da nossa Constituição. Precisamos conectar a reflexão sobre os desafios que a nova conjuntura coloca para os constitucionalistas com essa consciência sobre a herança de déficit de eficácia que carregamos.

II

Um dia, vi em alguma postagem, em alguma rede social, alguém que dizia que “ditadura” é quando o governo faz com a classe média o que normalmente faz com os pobres. Óbvio que essa frase não serve como uma definição universalmente válida da diferença entre ditadura e democracia. Mas fala muito sobre o momento que vive o Brasil.

Recentemente, nós juristas denunciámos ao mundo o processo judicial contaminado politicamente que levou à prisão do ex-presidente Lula. Já é evidente a quase todo mundo que Lula não teve direito a um julgamento justo. O calendário do processo judicial foi todo adaptado a permitir que ele fosse retirado da corrida eleitoral, as provas que sustentaram a condenação são frágeis, o juiz que o condenou virou ministro do governo que ajudou a eleger e, agora, com a divulgação de conversas secretas entre procuradores, ficou escancarado o quanto ele já estava condenado antes mesmo do julgamento. O juiz orientava a acusação, indicando provas. Tudo no processo é gravíssimo.

Mas não parece ser uma novidade no país a não observância de um direito a um julgamento justo. A novidade é transformar de forma tão escancarada o

processo penal em instrumento de política partidária na macropolítica, na definição dos rumos do país. Os relatos de estudiosos do direito penal e de pessoas que estão na prática da advocacia criminal já mostram, há algum tempo, que há no país os réus que entram nos processos já condenados. São pobres e, via de regra, negros.

Infelizmente, uma significativa parte da magistratura não se vê como garantidora de direitos fundamentais, mas como simples peças em uma engrenagem repressiva maior do Estado. Estão preocupados com a eficácia das “políticas de segurança”, com o “combate à criminalidade”, esquecendo direitos clássicos dos acusados. Não querem ser apresentados como obstáculos para a solução desse problema crônico de segurança que o país vive.

Um exemplo interessante, que pode ser visto em alguns locais do país, é o chamado “mandado de busca e apreensão coletivo”¹¹⁸. A Constituição garante a inviolabilidade do domicílio. Diz que a casa é o asilo inviolável do indivíduo e só se pode entrar nela com autorização do dono ou no caso de flagrante delito, no caso de acidente, para prestar socorro, ou, ainda, com ordem judicial. Em operações policiais em bairros pobres em grandes cidades, como o Rio de Janeiro, juízes concederam ao Estado ordem de busca e apreensão contra toda a comunidade. Ou seja: todos os moradores são suspeitos de cometimento de crime e suas casas podem, sem motivação individualizada, ser invadidas por agentes do Estado. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça considerou essa prática ilegal¹¹⁹, mas, ainda assim, a sua concessão dá uma pista sobre a postura de alguns juízes.

Apesar de o bom senso ter prevalecido, é assustador que juízes tenham permitido essa prática. Há, aí, alguma herança da ditadura. Aliás, das ditaduras que vivemos. Temos muito mais tempo de história sob governos autocráticos do que sob governos democráticos. E a nossa democracia recente, sob a Constituição de 1988, não fez o dever de casa.

Não houve uma vasta investigação dos crimes da ditadura e a punição de seus agentes. A opção da maioria do espectro político foi pelo esquecimento, por não falar muito sobre tais crimes. A anistia abrangeu os agentes públicos, respon-

118 MANDARINO, Renan Posella et al. A “TERCEIRA MARGEM” DOS DIREITOS HUMANOS: PARA ALÉM DO PODER PUNITIVO VIA MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 10, n. 1, p. 126-148, 2015.

119 STJ julga ilegal mandados de busca e apreensão coletivos em comunidades do Rio. <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/11/05/stj-julga-ilegal-mandados-de-busca-e-apreensao-coletivos-em-comunidades-do-rio.ghtml>

sáveis por crimes bárbaros¹²⁰. Isso ajudou a perpetuar práticas como a tortura.

Agora, com a construção de um novo “Estado policial-militar”, vemos a dificuldade de alertar a sociedade sobre os riscos dessa opção. Há uma normalização da barbárie, do autoritarismo¹²¹. Um dos problemas em relação ao acerto de contas com o nosso passado não decorre do texto constitucional, mas da interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz dele. O Supremo decidiu que a anistia impediu que fossem punidos os agentes da ditadura.

A oposição entre esse entendimento e o entendimento que já era consolidado na Corte Interamericana de Direitos Humanos é evidente¹²². O Brasil foi condenado no sistema regional¹²³ e a matéria deve voltar ao Supremo, mas não parece haver clima para a revisão do posicionamento.

III

Dentre as liberdades clássicas, as que mais estão sendo atingidas por atos do novo governo estão em torno da liberdade de expressão, como, por exemplo, a liberdade de cátedra e a liberdade de imprensa. Resta-nos uma postura de defesa da Constituição, onde há todas as garantias a essas liberdades.

No caso da liberdade de cátedra, desde antes da eleição de Bolsonaro os professores têm sido atacados pela extrema-direita, que apresentou em vários Estados e municípios projetos de lei baseados em uma proposta com o simpático nome de “escola sem partido”¹²⁴. Ora, quem quer que a escola seja de um partido? A repulsa à partidarização da instituição escolar é unanimidade. Porém, o que está por trás dessa proposta que adota esse nome que tenta ser isento é a tentativa de impedir qualquer autonomia por parte dos professores.

São muitos os episódios de exposição de professores por alunos ou por pais de alunos na internet, por terem expressado posições políticas ou simplesmente por falarem sobre temas que estão na fronteira da política. São muitos os relatos

120 RODEGHERO, Carla Simone. A anistia entre a memória e o esquecimento. **História Unisinos**, v. 13, n. 2, p. 131-139, 2009.

121 AHNEN, Ronald E.; DA FONSECA, Danilo Ferreira; IANNUZZI, Ricardo. As políticas da violência policial no Brasil democrático. **Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História**, v. 38, 2009.

122 BERNARDI, Bruno Boti. Justiça de transição e as leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Virgínia Prado. (Coordenadoras). **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 411-444, 2016.

123 BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 1, p. 125-142, 2012.

124 MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero”-Escola Sem Partido e as leis da mordada no parlamento brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 15, p. 590-621, 2016.

de demissões em instituições privadas, por pressão de alunos e pais incomodados com as opiniões dos professores. Muitas vezes, nem se trata de opinião emitida em sala-de-aula, mas nas redes sociais.

Os grupos mais conservadores entraram com força no debate sobre o ensino. Em especial, cuidam para que sejam afastados da sala de aula temas que conflitam com suas visões religiosas de mundo. É esse o caso dos debates sobre “gênero”, que grupos religiosos querem impedir que sejam feitos na escola¹²⁵.

As universidades públicas estão sob o maior ataque desde a redemocratização. A orientação é claramente contrária ao programa constitucional que trata da educação¹²⁶. A autonomia das universidades foi fortemente solapada com o maior controle pelo Governo sobre a escolha de dirigentes¹²⁷. Aparentemente, o objetivo é destruí-las, estigmatizando-as frente à opinião pública e sufocando-as financeiramente¹²⁸.

A mídia tradicional está, também, sob ataque¹²⁹. No plano federal, o governo tem manipulado verbas de comunicação para punir órgãos que lhe desagradam¹³⁰. A posse presidencial já deu uma mostra do que seria o tratamento com os jornalistas, que foram confinados em espaços sem a mínima estrutura, sem o menor respeito à dignidade¹³¹. Os partidários mais radicais do presidente atacam a mídia tradicional cotidianamente, nas redes sociais. Curiosamente, a Rede Globo, que historicamente teve sempre posicionamento contra a esquerda e que tem uma pauta econômica alinhada à do Governo, virou uma espécie de saco de pancada da militância bolsonarista.

Não são poucos os relatos de censura ou de tentativa de censura a publicações e outros eventos culturais. Em 2019, no Rio de Janeiro, o Prefeito tentou

125 DE MOURA, Fernanda Pereira. Conservadorismo cristão e Perseguição aos estudos de gênero: a quarta versão da BNCC. **REVISTA COMMUNITAS**, v. 2, n. Esp, p. 47-63, 2018.

126 MEYER, Emilio; DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; JÚNIOR, Onofre Alves Batista. Autonomia universitária, democracia e federalismo. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 6, n. 13, 2019.

127 Bolsonaro impõe novas regras para escolha de reitores de universidades federais... - Veja mais em <https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2019/12/25/bolsonaro-impoe-novas-regras-para-escolha-de-reitores-de-universidades-federais.htm?cmpid=copiaecola>

128 CISLAGHI, Juliana Fiuza et al. Não é uma crise, é um projeto: a política de educação do governo Bolsonaro. In: **Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais 2019**. 2019.

129 Ataques contra jornalistas crescem 54% em 2019; maioria vem de Bolsonaro. Poder 360, Brasília, 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/midia/ataques-contra-jornalistas-crescem-54-em-2019-maioria-vem-de-bolsonaro/>>

130 Fabio Fabrini. Globo perde participação em verba oficial de publicidade sob Bolsonaro. Folha de S. Paulo, São Paulo, 12 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/globo-perde-participacao-em-verba-oficial-de-publicidade-sob-bolsonaro.shtml>>

131 RIBEIRO, Janaina. Sem banheiro ou água, jornalistas relatam restrições em posse de Bolsonaro. Exame, 1º de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/jornalistas-relatam-serie-de-restricoes-em-posse-de-bolsonaro/>>

impedir a venda na Bienal do Livro de publicações com conteúdo LGBT+. A censura foi obstada por uma ordem judicial¹³². Em Porto Alegre, a Câmara Municipal suspendeu uma exposição de charges de conteúdo político porque eram muito críticas ao presidente¹³³.

O direito de reunião e associação também sofre ataques sérios. Os sindicatos foram destruídos pela reforma trabalhista¹³⁴, feita em 2017, que lhes retirou boa parte do financiamento. Bolsonaro ainda tentou aprofundar a crise dos sindicatos, proibindo que os trabalhadores colocassem a contribuição na folha de pagamento, o que levaria a ser necessário pagar em bancos mensalmente boletos bancários para contribuir com o sindicato. A Medida Provisória que instituiu esse sistema não foi transformada em lei até o final de seu prazo de vigência¹³⁵. No momento, a capacidade de reação das categorias organizadas é baixíssima.

Um dos focos mais ativos de reação ao governo, no seu início, está no meio estudantil. A União Nacional dos Estudantes – maior e mais antiga entidade de estudantes do país – tem na emissão da carteira de estudante a sua mais importante fonte de renda. O presidente anunciou uma nova carteira de estudante, emitida pelo governo e gratuita, para secar a fonte de recursos da UNE¹³⁶.

O ataque a instituições parece ser um ataque a qualquer coisa que possa conter autonomia e, portanto, crítica e resistência.

IV

Vicenciamos uma crise da democracia e a saída pra essa crise passará por repensar o alcance da participação política. Os espaços de participação direta da sociedade civil têm sido fragilizados, em um ataque que já se iniciou no Governo Temer.

Nossa Constituição traz regras que a caracterizam como uma democracia

132 JUCÁ, Beatriz. Justiça veta censura homofóbica de Crivella na Bienal do Livro do Rio. El país, 7 de Setembro de 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/06/politica/1567794692_253126.html>

133 SPERB, Paula. Câmara dos Vereadores censura exposição de charges críticas a Bolsonaro em Porto Alegre. Folha de S. Paulo, 4 de Setembro de 2019. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/camara-censura-exposicao-de-charges-criticas-a-bolsonaro-em-porto-alegre.shtml>>

134 PINHO, Márcio. Contribuição sindical cai 95% dois anos após reforma trabalhista. R7, 20 de julho de 2017. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/brasil/contribuicao-sindical-cai-95-dois-anos-apos-reforma-trabalhista-24072019>>

135 Agência Senado. MP que impede desconto de contribuição sindical em folha perde validade, 28 de junho de 2019. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/28/mp-que-impede-desconto-de-contribuicao-sindical-em-folha-perde-validade>>

136 MENEZES, Dyelle; PERA, Guilherme. Governo federal lança carteira estudantil digital e gratuita. MEC, 6 de Setembro de 2019. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/component/content/article/12-noticias/acoes-programas-e-projetos-637152388/79971-governo-federal-lanca-carteira-estudantil-digital-e-gratuita?Itemid=164>>

semi-direta¹³⁷. Detalha as instituições representativas, mas traz formas de participação direta em institutos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular. Infelizmente, tais institutos de democracia direta são pouco utilizados. Na prática, é uma democracia representativa com hostilidade à participação popular. Delegamos a cada quatro anos a nossa cidadania a representantes.

A hostilidade frente à democracia participativa ficou evidente quando o Congresso suspendeu, ainda sob o Governo Dilma, um Decreto sobre participação social que obrigava a Administração a ouvir a sociedade na formulação de políticas públicas¹³⁸. A alegação do Congresso foi de que os conselhos de participação popular usurpavam poderes do parlamento. Com o novo Governo, essa hostilidade frente à participação popular ficou mais evidente, quando houve a extinção de quase todos os conselhos existentes na Administração¹³⁹.

O presidente e seus seguidores fazem continuamente ataques às organizações não-governamentais, associando-as, normalmente, a interesses estrangeiros¹⁴⁰. Na política ambiental – espaço no qual as organizações não-governamentais estão bastante presentes, o governo exclui tais instituições da participação em políticas públicas. Ao estigmatizar as organizações não governamentais, o governo estigmatiza toda a participação.

A extinção dos conselhos é passada para a sociedade como uma medida de economia e de eficiência, mas, na verdade, aumenta o déficit democrático do Estado brasileiro, mas traz prejuízos à democracia de diferentes ordens. Por um lado, tira espaços nos quais a sociedade organizada fala, o que pode trazer subsídios fundamentais para os formuladores de políticas, sendo perdida uma oportunidade de tornar as políticas públicas mais eficientes. Por outro lado, há uma perda de transparência, pois tira olhos que estavam vigiando de perto o Estado.

Como eu disse, parece haver um ataque orquestrado contra tudo que parece se dirigir a autonomia. Talvez aqui esteja algo que, no texto constitucional, possa passar por uma mudança de reforço da democracia: a institucionalização de conselhos. O que, evidentemente, só será possível em uma nova situação de

137 SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. **Revista do Advogado**, v. 23, n. 73, p. 94-108, 2003.

138 CALGARO, Fernanda. Câmara dos Deputados derruba decreto sobre conselhos populares. G1, 28 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/camara-derruba-decreto-sobre-conselhos-populares.html>>

139 CONJUR. Presidente Jair Bolsonaro extingue centenas de conselhos federais. Consultor Jurídico, 14 de Abril de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-abr-14/presidente-jair-bolsonaro-extingue-centenas-conselhos-federais>>

140 BARBOSA, Marina. Bolsonaro pede fim de doações financeiras para ONGs da Amazônia. Congresso em Foco, 28 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://congressoemfoco.uol.com.br/meio-ambiente/bolsonaro-pede-fim-de-doacoes-financeiras-para-ongs-da-amazonia/>>

retorno a uma tendência democratizante, o que ainda não está em nosso radar.

V

Apesar dos problemas que indicamos na atuação do Judiciário na garantia de direitos fundamentais, no último ano podemos notar uma certa resistência no Judiciário à pauta autoritária. Em especial, o Supremo Tribunal Federal tomou algumas decisões importantes como a que proibiu o prefeito do Rio de fazer censura na Bienal.

O governo brasileiro ainda não fez no Judiciário o que gostaria e não estamos vivendo a situação de Hungria, Polônia e Turquia onde os líderes autoritários já construíram judiciários que lhes são simpáticos. Mas, ele terá oportunidade de nomear membros para tribunais superiores. Ao todo, em razão das aposentadorias de magistrados, ele terá oportunidade de nomear, no mínimo, dois ministros no STF (Supremo Tribunal Federal), dois ministros no STJ (Superior Tribunal de Justiça), três ministros no TST (Tribunal Superior do Trabalho), quatro ministros no TSE (Tribunal Superior Eleitoral) e quatro no STM (Superior Tribunal Militar)¹⁴¹.

O problema é que no Judiciário brasileiro há muita gente disposta a entregar já aos autoritários o que eles esperam. O Presidente do Supremo tratou diretamente com Bolsonaro de um “pacto” entre poderes e fez diversas declarações favoráveis a reformas que o governo está tentando aprovar no parlamento, algo incompatível com a função de juiz constitucional¹⁴². Um pacto estabelecendo uma sinergia entre poderes funcionaria como uma cooperação que fortalece o Executivo e tira a independência necessária para o Judiciário garantir a Constituição.

No caso da censura a livros de conteúdo LGBT na Bienal, antes da decisão do Supremo, houve uma decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que era um verdadeiro libelo homofóbico, dizendo que, para ser vendido, o livro precisaria trazer um “aviso de que exhibe um relacionamento entre dois homens”¹⁴³.

141 AMORIM, Felipe. Em 4 anos, Bolsonaro nomeará 15 ministros na cúpula do Judiciário. **Folha de S. Paulo**, 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/01/15/bolsonaro-devera-nomear-15-ministros-na-cupula-do-judiciario-ate-2022.htm>>

142 FRAZÃO, Felipe. Porta-voz: Bolsonaro fez pacto com Toffoli, Maia e Alcolumbre. *Terra*, 28 de Maio de 2019. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/porta-voz-bolsonaro-combinou-pacto-pelo-brasil-com-toffoli-maia-e-alcolumbre,e2d5af4af212ca84119411fccdb7e3c1hzoqf9xw.html>>

143 MARTINES, Fernando. Presidente do TJ-RJ autoriza Prefeitura do Rio a recolher livros da Bienal. *Consultor Jurídico*, 7 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-07/presidente-tj-rj-autoriza-prefeitura-rio-recolher-livros>>.

Talvez por esperar a adaptação do Judiciário o governo ainda não demonstrou disposição para um ataque mais forte no sentido de mudar esse poder. Não temos qualquer garantia sobre até onde o Judiciário vai dizer não ao governo e qual a reação do governo caso não seja desautorizado em questões maiores.

Um indicativo de que há uma busca, por parte do novo governo, de uma domesticação do Judiciário foi a sua postura no processo de escolha do comando do Ministério Público Federal. Nos últimos governos, criou-se um costume de o Presidente escolher o Procurador Geral da República a partir de uma lista de pessoas votadas pelos membros do Ministério Público da União. Não se trata de um procedimento formalizado no texto constitucional, mas de uma iniciativa da própria instituição, que teve aceitação nos mandatos de Lula e Dilma, que, mesmo diante de nomes a eles hostis, escolheram os mais votados. Bolsonaro escolheu um nome que nem estava na lista tríplice feita pela instituição, claramente demonstrando que quer alinhamento e não independência¹⁴⁴.

144 BARBOSA, Bernardo; PREITE SOBRINHO, Wanderley. Bolsonaro escolhe Aras novo PGR: 'Casamento de produtor rural e ambiente'. Folha de S. Paulo, 5 de Setembro de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/05/bolsonaro-descarta-lista-e-indica-ex-aliano-do-pt-augusto-aras-a-pgr.htm>

**SEGUNDA PARTE - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS
EXPERIÊNCIAS E AS EXPECTATIVAS**

DEBATES CONSTITUCIONALES EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DE LAS ACCIONES POSITIVAS Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

Laura Hernández Llinás¹⁴⁵

1. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS

Uno de los grandes temas en la Filosofía política y, por supuesto, en el Derecho Constitucional, es el rol que ha de jugar el principio de igualdad en la configuración de nuestros sistemas de organización social. La idea de igualdad ha estado presente, con distinto contenido y alcance, en toda forma de organización política a lo largo de la Historia¹⁴⁶. Para el Estado social que comienza a fraguarse en las constituciones de Querétaro y Weimar a principios del siglo XX, y se consolida en la Ley fundamental de Bonn alemana de 1949, la igualdad es un pilar fundamental y tiene un significado propio y distinto al que tuvo en el periodo anterior. Si el Estado de Derecho decimonónico se conformaba con proclamar y garantizar la igualdad ante la ley, con la convicción de que una ley general y abstracta, producto de la voluntad general, trataría a todos por igual y daría cumplimiento al ideal igualitario, en el Estado social la lectura de la igualdad constitucionalmente exigida va a ser muy diferente¹⁴⁷. En esta nueva etapa, se parte de la toma de conciencia de la igualdad como punto de llegada y no como punto de partida; de la constatación de que la sociedad presenta una serie de desigualdades que niegan la verdadera libertad de los individuos, y de la reivindicación de su corrección como una tarea que debe ser asumida por el Estado. Para el Estado social, preocupado por el bienestar de los individuos y por sus posibilidades de disfrute de los derechos de los que son titulares, la igualdad, entendida como algo más que una igualdad meramente formal, es sin duda un valor de capital importancia: un cierto nivel de igualdad en las condiciones materiales es el presupuesto ineludible para ejercer las libertades que con tantas esperanzas se proclamaron en

145 Laura Hernández Llinás é Pesquisadora em Formação (FPU) da Área de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca

146 Sobre la evolución del principio de igualdad a lo largo de la Historia: M.A. MARTÍN VIDA. (2004) *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*. Editorial Universidad de Granada.

147 Sobre el cambio de significado del principio de igualdad con la superación del Estado de Derecho decimonónico: F. RUBIO LLORENTE (1991). La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, 1991, vol. 11, no 31, págs. 9-36.

el periodo anterior¹⁴⁸.

Desde la promulgación de las primeras constituciones europeas de posguerra hasta hoy, el principio de igualdad ha continuado su evolución hasta hacer que las concepciones formal y material de la igualdad se conciban como vertientes inescindibles de un mismo principio. Dimensiones de la igualdad que pudieron presentarse como contradictorias, hoy se entienden como necesariamente complementarias. Sin embargo, a pesar del relativo equilibrio alcanzado entre ellas en la formulación de la igualdad compleja propia de nuestros Estados constitucionales actuales, ciertas tensiones entre igualdad formal y material continúan planteando retos a la doctrina. Es el caso del conflicto – al menos aparente – que suscitan las *medidas de acción positiva*: formas de tratamiento legal formalmente desigual, orientadas a la consecución de mayores cotas de igualdad material. Estas medidas, a las que en ocasiones se alude con el término *medidas de discriminación positiva* o *inversa*, plantean un interrogante de difícil respuesta, ¿hasta dónde puede la ley diferenciar, en aras de la igualdad?

Esta y otras cuestiones, como la tensión entre igualdad entre individuos e igualdad entre colectivos, o el difícil equilibrio entre los valores de igualdad y diversidad, han sido largamente discutidas por la doctrina estadounidense. La intensidad de la controversia generada por estas acciones en Estados Unidos es muy superior a la que han despertado entre nosotros, pero también en Europa son una figura polémica que consigue colocar a la academia frente a problemas teóricos de difícil respuesta. El trasfondo de estos debates enfrenta distintas concepciones de la igualdad, y ello convierte estas medidas en un objeto de estudio de indudable interés para los constitucionalistas. Al fin y al cabo, la toma de postura que se adopte en relación con su legitimidad dependerá de la lectura que se haga de los principios de igualdad y prohibición de la discriminación positivizados en nuestros textos constitucionales, y de la virtualidad de los mismos como límite a la actuación del poder público y los particulares.

Nuestro objetivo en las siguientes líneas, asumiendo que en un trabajo de estas características sería imposible abordar toda la problemática constitucional que plantean las acciones positivas, será bastante más modesto: arrojar algo más de luz sobre esta categoría, repasando algunas de las claves de su origen y evolu-

148 Sobre la conexión entre Estado Social e igualdad: A. GARRORENA MORALES (1987). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos. De esta misma idea se hace eco J. SUAY RINCÓN en J. SUAY RINCÓN (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. p 22: “(el principio de igualdad formulado en el art. 14 CE) es una de las garantías fundamentales para que el Estado Español pueda llegar a ser un Estado social y democrático de Derecho (...)”.

ción en Estados Unidos, así como las principales diferencias que ha presentado su implantación en la Unión Europea, y comentar las razones que llevaron a Francia e Italia a reformar sus constituciones para dar cabida en su ordenamiento a ciertas formas de acción positiva en el ámbito de la representación política. Haremos alusión también a la respuesta que dio el Tribunal Constitucional español a esta última problemática, sustancialmente distinta a la que dieron años antes sus homólogos francés e italiano, y que hizo innecesaria una reforma constitucional en España para permitir la evolución del principio de igualdad.

2. CONCEPTO Y TIPOS DE ACCIÓN POSITIVA

El término *acción positiva* es una traducción del término inglés *positive action* que, a su vez, es la traslación a la doctrina británica del término original americano *affirmative action*. Para una definición clásica de este fenómeno, podemos tomar la de KENNEDY:

“affirmative action” se refiere a las medidas que estipula preferencias basadas explícitamente en la pertenencia a un determinado grupo, y pueden presentar diversas formas, desde formas suaves, como especiales esfuerzos por reclutar miembros de estos colectivos, hasta formas duras, como la reserva de un número específico de plazas para los miembros del grupo favorecido por la preferencia¹⁴⁹.

Es interesante completar su definición con las consideraciones de ROSENFELD¹⁵⁰, para quien:

*la categoría de affirmative action comprende algunos tipos de trato preferencial. Específicamente, contratos, ascensos o despidos preferenciales para minorías o mujeres, admisión preferencial de minorías o mujeres en las universidades, selección preferencial de negocios propiedad de minorías o mujeres en la contratación con el sector público, que persigan el objetivo de compensar la discriminación sufrida en el pasado o incrementar la proporción de minorías o mujeres presentes en el mercado laboral, la clase empresarial o la población estudiantil universitaria.*¹⁵¹

Esta última definición contiene los elementos claves para diferenciar las acciones positivas: tratamientos preferenciales – en este trabajo se preferirá hablar de *tratamientos diferenciados* – otorgados a minorías o mujeres – es decir, a grupos que han sufrido históricamente, y sufren aún hoy, una situación de subordinación en la sociedad más o menos intensa – para compensar la discriminación

149 Traducción propia. Texto original: *Affirmative action refers to policies that provide preferences based explicitly on membership in a designated group. Affirmative action policies vary widely, ranging from “soft” forms that might include special recruitment efforts to “hard” forms that might include reserving a specific number of openings exclusively for members of the preferred group.* KENNEDY, R. (1986). *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate.* *Harvard Law Review.* 99, 6. págs. 1327-1346.

150 Sus principales tesis sobre esta materia se recogen en un volumen monográfico: M. ROSENFELD. (1991) *Affirmative action & Justice. A philosophical and constitutional inquiry.* Yale University Press.

151 *Ibid.* 47.

sufrida en el pasado o corregir su infrarrepresentación en determinados sectores.

ROSENFELD hace hincapié, además, en algunas cuestiones importantes. En primer lugar, desaconseja el recurso a los términos *reverse discrimination* y *positive discrimination* para referirse a estas medidas, por sus connotaciones negativas. Este rechazo a los términos discriminación inversa o positiva es compartido por el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD)¹⁵², y se ha hecho eco de él también M. BOSSUYT, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que señaló además el carácter contradictorio de esta terminología: “*si un trato es discriminatorio, no puede ser positivo; y si es positivo, no puede verse como discriminación*”¹⁵³. En la doctrina española, sin embargo, es bastante frecuente encontrar referencias a la categoría de “discriminación positiva”. Con distintos matices, autores como AÑÓN GARCÍA¹⁵⁴, REY MARTÍNEZ¹⁵⁵, GIMÉNEZ GLUCK¹⁵⁶ y MARTÍN VIDA¹⁵⁷ se han referido a la discriminación positiva como un tipo específico de acción positiva, partiendo de que las acciones positivas son un conjunto heterogéneo de medidas, susceptibles de ser ordenadas de forma gradual en función del mayor o menor daño que provocan en el colectivo no beneficiado por ellas¹⁵⁸. Siguiendo esta lógica, las acciones de discriminación positiva, habitualmente identificadas con las cuotas – reservas de un determinado porcentaje de los bienes disponibles para los miembros de grupos discriminados –, serían aquellas que presentan mayores problemas de justificación desde un punto de vista constitucional¹⁵⁹. Estas cla-

152 Comité para la Eliminación de la discriminación racial. *Recomendación general N° 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8464.pdf> (consultado el 4/11/2019).

153 BOSSUYT, Marc. “The concept and practice of affirmative action. Final report in Accordance with United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights Resolution 1998/5.” 2002. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/467997?ln=es> (consultado el 4/11/2019).

154 GARCÍA AÑÓN, J. (1999). El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. 2, 17.

155 REY MARTÍNEZ, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de género*. McGraw-Hill Interamericana de España.

156 GIMÉNEZ GLUCK, D. (1999) *Una manifestación polémica del principio de igualdad*. Tirant lo Blanch. Valencia.

157 MARTÍN VIDA, M.A. (2003). *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas. Madrid.

158 En la doctrina española, la posición de M. BOSSUYT – carácter contradictorio del término discriminación positiva – ha sido defendida por BARRÈRE UNZUETA en BARRÈRE UNZUETA, M. Á. (1997) *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Civitas. Madrid. pág. 86.

159 Así por ejemplo, GARCÍA AÑÓN y MARTÍN VIDA distinguen dos grandes tipos de acción positiva: las medidas de concienciación y las medidas de promoción. Las primeras serían medidas de formación o carácter publicitario, destinadas a sensibilizar a la opinión pública sobre la necesidad de superar la situación de discriminación de un determinado colectivo. Por su parte, las medidas de promoción tendrían por objetivo corregir los defectos de los sistemas de selección tradicionales basados en el mérito, aparentemente neutros, pero en la práctica perjudiciales para el colectivo discriminado. Dentro de estas últimas se distinguirían, a su vez, las medidas de incentivación – las menos incisivas dentro de las medidas de promoción –, y las medidas de discriminación inversa.

sificaciones, a pesar de emplear una terminología rechazada por ROSENFELD, se construyen sobre la base de una idea compartida por el autor estadounidense: la acción positiva es una categoría amplia, que da cobertura a muchas medidas diferentes entre sí. Ello implica que no debe identificarse el todo con la parte, de tal forma que las cuotas, especialmente denostadas entre la opinión pública, lejos de ser la única forma de acción afirmativa posible son tan solo uno de los muchos instrumentos que un plan de acción positiva puede utilizar para conseguir su propósito. ROSENFELD añade, además, algo aún más importante: las cuotas no son intrínsecamente buenas, ni malas. Su oportunidad y justicia dependerán del diseño concreto que se haga de ellas¹⁶⁰, de su mayor o menor flexibilidad, y del sector en el que pretendan implementarse¹⁶¹.

Recapitulando las ideas expuestas, las medidas de acción positiva son medidas de reacción contra la discriminación, que dan un trato formalmente diferente a los miembros de un colectivo discriminado – generalmente formas de asignación, reserva, o facilitación del acceso a determinados bienes o recursos –, con el objetivo de neutralizar el efecto de las desigualdades materiales sufridas injustamente por los miembros del colectivo, eliminar la discriminación y promover la igualdad en nuestras sociedades. La heterogeneidad de formas que puede adoptar el diseño de estas medidas aconseja su valoración individualizada, a la hora de estudiar su compatibilidad o incompatibilidad con el principio de igualdad reconocido en nuestras Constituciones.

3. EL ORIGEN DE LAS ACCIONES POSITIVAS: LA LUCHA DEL GOBIERNO ESTADOUNIDENSE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LOS AÑOS 60

El país donde mayor desarrollo han conocido las acciones afirmativas, y donde más polémica han generado, es Estados Unidos. Su historia está directamente ligada a la lucha por la superación de la discriminación padecida allí durante siglos por las personas de raza negra, una empresa cuya fuerza transformadora abrió un nuevo camino para la sociedad americana tras la Guerra Civil,

160 El desarrollo de esta idea se puede encontrar en ROSENFELD, op. cit. págs. 46 y ss. La misma idea la ha defendido entre nosotros MARTÍN VIDA, op. cit., que ha hecho hincapié, además, en la necesidad de prestar atención a la proporcionalidad de la cuota.

161 Así, es posible fijar una cuota rígida, que exija, por ejemplo, la reserva de un 20% de las plazas de una Facultad a alumnos pertenecientes a minorías raciales, sin atender a ninguna otra consideración, pero también es posible imaginar una cuota flexible que no reserve ese 20% de plazas de manera absoluta, sino bajo la condición de que los alumnos pertenecientes a minorías raciales que quieran optar a dichas plazas acrediten una nota media mínima, o cualquier otro requisito. En ese caso, la cuota se podría respetar aún admitiendo tan solo a un 10% de estudiantes de minorías raciales y atribuyendo las plazas restantes a otros estudiantes, en caso de que no se presentaran suficientes candidatos de estas minorías con una nota media lo suficientemente alta. Así, la cuota pasaría a ser una reserva prioritaria condicionada de un determinado número de plazas, no una reserva absoluta, y sería más fácil defender su legitimidad.

con las enmiendas 13^a, 14^a y 15^a a la Constitución en la llamada “Era de la Reconstrucción”. A pesar del prometedor tenor literal de estas enmiendas, que abolieron la esclavitud y establecieron que la raza no podría ser un motivo para privar a una persona de la igual protección de las leyes, ni para negarle a un ciudadano estadounidense su derecho al voto, la realidad continuó estando marcada por profundas desigualdades raciales. La declaración de inconstitucionalidad de las obligaciones de no discriminación impuestas a los particulares en relación con la gestión de negocios abiertos al público previstas en la Civil Rights Act de 1875 en los Civil Rights Cases de 1883, la conocida como *legislación Jim Crow* que siguió a aquella sentencia del Tribunal Supremo, y la consolidación de la doctrina “separados pero iguales” con la que éste avaló la segregación racial en las escuelas en el Caso Plessy c. Ferguson en 1896, evidenciaron que la igualdad real era una meta aún muy lejana.

A lo largo de los más de cien años que separan aquel momento histórico del presente, una de las etapas de mayor avance en la lucha por la conquista de una sociedad libre de discriminación, sin duda, es la década de los años sesenta. Es precisamente en este momento cuando se implantan los primeros programas de acción positiva, que buscaban la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Aunque hay quien ha desenterrado algunos antecedentes de estas medidas en los años treinta y cuarenta, el punto común de referencia a la hora de señalar cuál fue el primer texto normativo que aludió a la expresión *positive action* es la Executive Order 10925, firmada por el Presidente Jhon F. Kennedy el 6 de marzo de 1961. En ella se requería a las empresas que contrataran con el gobierno que emprendieran *acciones positivas* para asegurar que en su selección de personal y en el tratamiento de sus empleados no se atendería a la raza, etnia color u origen nacional de los candidatos al empleo. Además, se creó el Comité de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, dirigido por el entonces vicepresidente Lyndon Jhonson.

Dos años después de la firma de esta Executive Order, las calles de Washington D.C se llenaban de pancartas a favor de la superación de la discriminación racial en la célebre marcha sobre Washington del 28 de agosto de 1963, y Martin Luther King pronunciaba su famoso discurso en el monumento a Lincoln, encendiendo en muchos corazones americanos la esperanza de realizar el sueño de este activista. El lema bajo el que se organizó la manifestación era “empleo, justicia, y paz”, y el empleo, Kennedy lo sabía, era indispensable para alcanzar unas condiciones de vida dignas. Precisamente por eso, la lucha contra la discriminación en el ámbito laboral era prioritaria. Con este objetivo en mente, un

mes antes de aquella manifestación, el Presidente había iniciado la tramitación de una Civil Rights Bill que llegaría a convertirse en la renombrada Civil Rights Act de 1964. Durante la tramitación de esta ley en el Congreso y el Senado, un proceso que no resultó sencillo, hicieron su aparición varios de los argumentos típicamente presentes en los debates sobre la acción positiva. Senadores como James O' Eastland, de Misisipi, defendieron que el tenor literal de la propuesta podía conducir a situaciones de *reverse discrimination*, y procuraron introducir en ella reformas orientadas a limitar sus efectos¹⁶².

El asesinato del Presidente Kennedy en noviembre de ese mismo año conmocionó al país estadounidense. Su sucesor en el cargo, Lyndon Jhonson, convirtió la lucha por los derechos civiles en la insignia de su mandato. Como muestra de ello, el 27 de noviembre, en su primer discurso sobre el Estado de la Nación, declaró que ningún memorial o panegírico podría honrar más la memoria del Presidente Kennedy que la tramitación de la Civil Rights Bill por la que éste tanto había luchado. Con el apoyo de su partido, logró finalmente la aprobación de la Civil Rights Act en 1964 y, un año después, aún inmerso en el discurso del compromiso con la promoción de la igualdad real desde el Estado, firmó la Executive Order 11246, que prohibía la discriminación racial en la contratación a los contratistas públicos federales, y exigía a aquellos con una facturación en contratos con el gobierno superior a los 10.000 dólares anuales emprender “acciones positivas para asegurar que los candidatos a un empleo en la empresa fueran contratados o no sin discriminación por motivos de raza, y fueran tratados durante su empleo de la misma manera”. La puesta en marcha de este tipo de medidas, según lo dispuesto en la orden, sería fiscalizada por el Comité para la igualdad de oportunidades en el empleo. Es a partir de entonces cuando comienzan a proliferar programas de acción positiva, con diferentes diseños, en las grandes empresas norteamericanas¹⁶³. En ocasiones, su adopción era la consecuencia de una decisión voluntariamente tomada por las empresas interesadas en celebrar contratos con el sector público, mientras que en otras resultaba el producto de una imposición judicial. En caso de detección de patrones discriminatorios en las conductas de selección y promoción del personal de una empresa, bajo ciertas circunstancias, los jueces tenían capacidad para imponer el cumplimiento de una serie de medidas destinadas a corregir dichos patrones¹⁶⁴. Estas medidas, en

162 MC WHIRTER, D.A. (1996) *The end of affirmative action. Where do we go from here?* Birch Lane Press. pág. 33

163 La historia de las acciones positivas en América ha sido reseñada por múltiples autores estadounidenses. Una de las obras de referencia en la materia es la de Terry H. Anderson: ANDERSON, T.H. (2004). *The pursuit of fairness: A history of affirmative action*. Oxford University Press.

164 Sobre las particularidades de las medidas de acción positiva impuestas a través de pronunciamientos judi-

ocasiones, constituían auténticas acciones positivas diseñadas en sede judicial. Paralelamente, se generó una tendencia a la aprobación de planes de acción positiva en acuerdos extrajudiciales, en la medida en que las empresas demandadas por conductas discriminatorias buscaban acordar este tipo de actuaciones con los sindicatos y las organizaciones demandantes para evitar la imposición judicial de consecuencias más gravosas para ellas.

El otro gran sector donde las medidas de acción positiva han sido protagonistas y han generado una enorme polémica ha sido la educación. Tras la sentencia del caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), en la que la Corte Warren declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de la educación segregada, acabando con la doctrina *separados pero iguales*, comenzó un largo y complejo proceso de des-segregación de las escuelas¹⁶⁵. La convivencia interracial y la integración de las escuelas resultaban una amenaza para los postulados más básicos de la filosofía moral y política supremacista de los tradicionales defensores de la segregación, y despertaron una oposición firme y decidida en algunos Estados sureños¹⁶⁶. Sin embargo, al contrario de lo que podría haberse pronosticado con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Supremo, su implementación en aquellos Estados del norte cuya legislación no exigía la separación racial en las aulas también provocó el surgimiento de posiciones encontradas entre sectores políticos y sociales. A pesar de no existir una obligación legal de dividir a los alumnos en función de su raza, la mayoría de las escuelas del norte del país se encontraban tan segregadas como las del sur, principalmente debido a que las personas de raza negra se concentraban en determinadas zonas residenciales, y los colegios escogían a sus alumnos de entre aquellos que vivían en sus proximidades. La valoración de esta segregación *de facto* a la luz del pronunciamiento del Tribunal en el caso *Brown* hizo surgir nuevas preguntas sobre el alcance de su nueva doctrina, algunas de las cuales tienen mucha proximidad con los debates que suscitan las acciones positivas: ¿puede responsabilizarse al Estado por una se-

ciales y la evolución de la doctrina del Tribunal supremo estadounidense al respecto, ver: D'ALOIA, A. (2002). *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Cedam. págs. 177-179.

165 Para una evolución detallada de los avances y retrocesos en el proceso de des-segregación entre los años cincuenta y setenta, ver J. HARVIE WILKINSON III. *From Brown to Bakke. The Supreme Court and school integration: 1954 – 1978*.

166 La resistencia sureña a la integración, cuyo paradigma es el caso del Estado de Virginia, no solo se tradujo en declaraciones abiertamente contrarias a la educación mixta de los representantes políticos de estos territorios, sino que se llevó a la práctica con medidas como el cierre de escuelas públicas que practicaran activamente la integración, la retirada de fondos públicos para estas escuelas, y otras medidas más sutiles como la implantación de los “pupil placement statutes”, normas que aseguraban tener como objetivo la integración, pero en la práctica establecían obstáculos prácticamente insalvables para las familias de raza negra que intentaban matricular a sus hijos en colegios tradicionalmente ocupados por alumnos blancos. Sobre ello, *ibidem*. págs. 61 – 130

gregación no *de iure*? ¿se puede exigir del Estado un comportamiento activo para combatir una desigualdad que no es producto de una discriminación normativa directa?

Para algunos sectores políticos, así como para algunos jueces, la única manera de acelerar la integración de las escuelas y avanzar así hacia la consecución de una sociedad más igualitaria era impulsar este cambio desde las instituciones. Así comenzaron a expandirse los programas de *busing*, que utilizaban el transporte escolar gratuito para trasladar alumnos desde sus distritos de residencia hasta colegios pertenecientes a otros distritos, con el objetivo de acabar con las escuelas monocolor. Cuando el objetivo de la integración llegó a la educación superior, Universidades como las de Washington, California o Michigan comenzaron a utilizar medidas de acción positiva en sus sistemas de admisión de alumnos, para reclutar alumnos de raza negra y pertenecientes a otras minorías. Desde entonces hasta ahora, las medidas de acción positiva han continuado formando parte de muchas de las instituciones de enseñanza superior americanas, si bien su diseño ha ido cambiando, adaptándose a las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶⁷.

4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ACCIÓN POSITIVA Y SU PROYECCIÓN CONSTITUCIONAL

El epicentro de la discusión entre los defensores y los detractores de las medidas de acción positiva, independientemente del sector en el que éstas pretendan implementarse, es que éstos últimos consideran injustificado o desproporcionado el perjuicio que provocan en el colectivo dominante no beneficiado por ellas – las personas de raza blanca, en el caso de las medidas que dan preferencia a la población negra, o los hombres, en el caso de las medidas que dan preferencia a las mujeres –. Para los detractores de estas medidas, el perjuicio generado es una forma de discriminar hoy al colectivo dominante en el pasado, una forma de corregir los defectos del presente incurriendo en los mismos errores del pasado. Frente a este tipo de argumentación, los defensores de la acción positiva no niegan el perjuicio a los miembros del colectivo dominante, que se ven perjudicados en sus expectativas y desplazados en favor de los destinatarios de estas medidas, pero destacan que ello no puede equipararse a formas antiguas de discriminación, porque no existe menosprecio a su dignidad: no son desplazados porque sean considerados

167 Detenemos en esta evolución desbordaría el objeto del presente trabajo. Para conocer algunas claves de esta jurisprudencia, ver MARTÍN VIDA, M. A. (2003). Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos: nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 23, (68), págs. 151-194.

como inferiores, como históricamente lo fueron las personas de raza negra o las mujeres, sino para ofrecer un espacio a colectivos tradicionalmente preteridos. Además, presentan distintas líneas de argumentación para fundamentar la legitimidad de estas medidas. En primer lugar, argumentos de tipo retrospectivo, centrados en la deuda histórica de la sociedad norteamericana con la población negra, y en la necesidad de compensar en el presente los abusos del pasado. En segundo lugar, argumentos de tipo prospectivo, que insisten en que estas acciones son el único remedio eficaz para luchar contra la discriminación, en la medida en que sin ellas el proceso de evolución hacia una sociedad verdaderamente libre de discriminación se dilataría excesivamente en el tiempo. Por último, es también recurrente el argumento de las discriminaciones presentes, que plantea que las medidas de acción positiva no solo son útiles para conquistar un futuro igualitario, sino que son necesarias para reequilibrar las condiciones de competición en el momento presente. Esta última línea de argumentación, probablemente la más sólida de cuantas se han expuesto desde un punto de vista constitucional, viene a plantear que la superación de la discriminación requiere algo más que un comportamiento negativo de abstención de aplicar prácticas discriminatorias: exige igualar las condiciones de partida¹⁶⁸.

Contra todos esos argumentos se han dirigido críticas muy diversas. Una de las más frecuentes es la presentación de las medidas de acción positiva como contrarias al principio de mérito y capacidad. Frente a esta crítica, sus defensores explican que los criterios tradicionales de evaluación del mérito, así como las personas encargadas de aplicarlos, están viciados por una estructura desigualitaria que condiciona sus resultados. Otra de las críticas frecuentes es que las personas beneficiadas por los planes de acción afirmativa, generalmente, no son las que más necesitan de un apoyo legislativo para superar situaciones de discriminación. El mejor ejemplo, probablemente, son los planes de admisiones especiales en las universidades, de los cuales tiende a beneficiarse una élite dentro del colectivo discriminado, o al menos un sector de la clase media, pero no los sectores más desfavorecidos dentro de la población negra, a pesar de que ellos son, generalmente, quienes con dureza sufren las consecuencias de la discriminación presente en la sociedad norteamericana. La tercera de las críticas frecuentes es atacar la

168 Este argumento se ha popularizado a través de la metáfora que en su día utilizó Lyndon B. Johnson: si tenemos ante nosotros varios corredores en una competición de atletismo, y durante años uno de ellos tuvo las piernas encadenadas, no podemos conformarnos con cortar sus cadenas – abstenemos de discriminar –, para que este pueda competir en condiciones de igualdad. Ha pasado tantos años encadenado, que sus músculos estarán atrofiados y necesitará una ayuda *extra* para recuperarse. Esa ayuda no funcionará como una ventaja sobre sus compañeros, sino que igualará sus condiciones para competir, evitando así que sus compañeros continúen prevaliéndose de la ventaja sobre él que se les dio en un pasado.

indefinición de los sujetos destinatarios de estas medidas: al igual que las mujeres y la población negra o perteneciente a minorías raciales, otros muchos colectivos podrían alegar sentirse discriminados y ello convertiría la acción positiva en un instrumento de expansión ilimitada e ilimitable¹⁶⁹.

Desde la sociología y la psicología, hay quien argumenta que las medidas de acción positiva pueden provocar el efecto contrario al que buscan, fomentando el odio a los colectivos beneficiados por ellas. La sensación de agravio del colectivo dominante no beneficiado por las medidas puede generar desprecio y, además, crear la imagen de que las minorías están siendo favorecidas sin merecerlo, sin tener cualificación suficiente y por tanto reforzar estereotipos negativos sobre ellos. Frente a esto, hay quien ha argumentado todo lo contrario: que la repercusión de estas medidas normalizará la presencia de los colectivos en sectores en los que hasta ahora no se les creía capaces de desempeñar una buena labor, demostrando que prejuicios sobre ellos eran erróneos, y al mismo tiempo ofreciendo a los propios miembros del colectivo un estímulo y un incentivo que reforzará su autoestima, por el funcionamiento de la imitación de roles¹⁷⁰.

Todas estas discusiones han tenido su traducción en el plano constitucional, a raíz de la impugnación en sede judicial de la constitucionalidad de estas medidas. No obstante, ante la justicia constitucional no se trata de defender la concepción de la igualdad que se considere más justa, ni las medidas más adecuadas para el progreso de la sociedad americana, sino de demostrar si una determinada medida se ajusta o no a su Constitución, y más concretamente, si las medidas de acción positiva son compatibles o no con la cláusula de igual protección de las leyes contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución americana (*equal protection clause*). Actualmente, hay dos corrientes enfrentadas a la hora de dar respuesta a este interrogante:

los defensores de una lectura *color-blind* de la Constitución, para quienes la *equal protection clause* exige un tratamiento neutral y prohíbe toda distinción entre individuos por razón de su raza, lo que implica una prohibición de cualquier clasificación racial, y

quienes entienden que la *equal protection clause* se pensó para prohibir la subordinación de unos individuos a otros, en función de su pertenencia a distintos grupos raciales. De acuerdo con esta postura, la cláusula es un instrumento asimétrico de protección que no prohíbe cualquier clasificación en función de la raza, sino solamente aquellas que tengan como objetivo o resultado dar un tratamiento peyo-

169 Para una defensa de esta línea crítica, dentro de la doctrina española, consultar: PÉREZ LUÑO, A.E. (2007). Dimensiones de la igualdad. Dykinson. Páginas 115 a 118.

170 Para un acercamiento a las acciones positivas desde la psicología: CROSBY, F. J. (2004). *Affirmative action is dead: Long live affirmative action*. Yale University Press.

rativo al colectivo discriminado.

Los autores que defienden la primera postura, más cercana a los planteamientos que han inspirado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las últimas décadas, plantean que su interpretación del texto constitucional encaja mejor con la filosofía individualista de la Constitución americana, la cual no tiene por objetivo la protección de determinados individuos en función de su pertenencia a *grupos* tradicionalmente discriminados, sino la protección de todos los *individuos* ante la utilización de la raza como criterio diferenciador.

Una consecuencia importante de la lectura *color-blind* de la Constitución es que el examen de constitucionalidad de estas medidas exigiría hacerlas pasar por el *strict scrutiny test* (test de escrutinio estricto). Para los defensores de la segunda postura expuesta, que no interpretan la *equal protection clause* como un principio contrario a las *clasificaciones*, sino a la *subordinación* entre grupos, emplear el test de escrutinio estricto sería innecesario e incoherente¹⁷¹.

5. TRASLACIÓN DE LAS ACCIONES POSITIVAS A EUROPA Y REFORMAS CONSTITUCIONALES EN FRANCIA E ITALIA

La importación de las medidas de acción positiva a los países europeos se produce a partir de la segunda mitad de la década de los setenta en el pasado siglo. En aquel momento, las instituciones de las Comunidades Europeas vieron en ellas un instrumento útil para la lucha contra la discriminación por razón de sexo. Ello condujo a la introducción de una referencia a las acciones positivas en el artículo 2.4 de la ya derogada Directiva de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE)¹⁷². Desde entonces, los textos normativos de la Unión han continuado reflejando esta apuesta por las acciones positivas. Para su respaldo llegó a introducirse incluso un artículo específico en los Tratados constitutivos de la Unión (antiguo art. 141.1 del Tratado de Ámsterdam, cuyo contenido se recoge desde la reforma de Lisboa en el art. 157.4 TFUE¹⁷³). A ellas

171 En la práctica, ambas posturas han sido defendidas por los jueces del Tribunal Supremo estadounidense. Las divergencias entre los miembros de esta Corte son tales que, hasta el momento, en ninguna de las ocasiones en que ha debido examinarse la constitucionalidad o la adecuación al Título VII de la Civil Right Act de una medida de acción positiva ha logrado alcanzarse una decisión unánime. Para un recorrido por las sentencias más relevantes en esta materia, D'ALOIA (2002), op.cit. 109-215.

172 Artículo 2.4 Directiva 76/207/CEE: *La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.*

173 Artículo 157.4 TFUE: *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar*

se refiere también la Carta de derechos fundamentales de la Unión en su artículo 23¹⁷⁴, así como varias normas europeas de Derecho derivado¹⁷⁵.

En los países miembros de la Unión Europea, las acciones positivas más habituales son la exigencia de respeto al principio de composición equilibrada en las listas electorales y en la composición de determinados organismos públicos, y la implementación de reglas de desempate a favor del candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado en las contrataciones y promociones de personal al servicio de la función pública¹⁷⁶. Los países escandinavos, y en especial Noruega, son conocidos por la implementación de medidas obligatorias de reserva de plazas para mujeres en los puestos de dirección de las empresas privadas. El principio de composición equilibrada antes citado, de cuyo uso podemos encontrar ejemplos en todos los ámbitos en los que se han implementado este tipo de medidas, es un criterio desconocido en las primeras etapas de expansión de la acción positiva en el continente americano. Actúa como una regla de selección en la composición de órganos colegiados, y exige que ninguno de los dos sexos esté representado por debajo del 40%, ni por encima del 60%. Es un instrumento bilateral, y en virtud de su aplicación tan incorrecta resultaría la contratación de un número excesivo de hombres, como de un número excesivo de mujeres. Esta bilateralidad o “formulación neutral”, que impide la infrarrepresentación de cualquiera de los sexos, es habitual en las acciones positivas europeas.

Hasta el momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha enfrentado a los debates a propósito de la legitimidad de estas medidas en relación con su implementación en el ámbito laboral y en la función pública. La primera ocasión en la que tuvo que pronunciarse acerca de las acciones positivas fue en 1993, para resolver el conocido como *Caso Kalanke*¹⁷⁷. En dicho asunto, el entonces Tribunal de las Comunidades Europeas (TJCE) conoció de una cuestión

medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

174 Artículo 23 Carta de derechos fundamentales de la Unión: *La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*

175 En concreto, la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 en su artículo 3, la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 en su artículo 6, la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 en su artículo 7, y la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 en su artículo 5.

176 Para un estudio detallado sobre las formas de acción positiva de uso más común en los países europeos, ver: SELANEC, G. & SENDEN, L. (2013). *Positive action measures to ensure full equality in practice between men and women, including on company boards*. European Commission. European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6b-4179c6-13e5-406f-b30e-048804d1bea3> (consultado el 25/10/2019)

177 STJCE de 17 de octubre de 1995. Caso Kalanke. 17 de octubre 1995, C-450/93, Kalanke c. Freie Hanstsestadt Bremen.

prejudicial elevada por un tribunal alemán a propósito de la interpretación de la citada Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de trato. En concreto, se le preguntaba al Tribunal europeo si la aplicación de una regla de desempate en favor del candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado a la hora de decidir a quién conceder un ascenso dentro del sector público resultaba o no conforme a la Directiva. En aquella ocasión, el TJCE consideró la implantación de una regla de preferencia automática en favor de las candidatas mujeres resultaba contraria al Derecho comunitario, a pesar de establecer la norma alemana que se requeriría un empate en los méritos de los candidatos competidores para aplicar la regla de desempate. Esta interpretación tan estrecha de las posibilidades de articulación de medidas de acción positiva abiertas por el art. 2.4 de la Directiva fue criticada por un importante sector doctrinal, y encontró también la oposición de la Comisión europea. Esa última dictó una resolución para aclarar el alcance y significado del pronunciamiento judicial, tratando de orientar su interpretación en un sentido más favorable a la introducción de acciones positivas. En consecuencia, y tomando en consideración además la introducción de la legitimidad de estas medidas en los Tratados Constitutivos de la Unión, en asuntos posteriores¹⁷⁸ el Tribunal de Justicia mantuvo las líneas básicas apuntadas en el Caso Kalanke, pero flexibilizó su postura respecto de la admisibilidad de estas medidas¹⁷⁹. De su jurisprudencia se desprende hoy la legitimidad de las acciones positivas, siempre y cuando cumplan ciertas exigencias de proporcionalidad y, en el caso de establecer cuotas reservadas a mujeres o reglas de desempate en favor del colectivo infrarrepresentado, contengan una “cláusula de apertura” que permita la eventual excepción de la preferencia de la candidata mujer en atención a las circunstancias concretas del caso.

Para los tribunales constitucionales nacionales, los mayores debates sobre la legitimidad de las acciones positivas en Europa han estado relacionados con su empleo en el ámbito de la representación política¹⁸⁰. Dadas las particularidades de la implementación de estas medidas en el escenario político, merece la pena

178 STJCE de 11 de noviembre de 1997. Caso Marschall. 11 de noviembre de 1997, C-409/95, Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen); STJCE de 28 de marzo de 2000, C-158/97, Georg Badeck et al. c. Land de Assia; 6 de julio de 2000. Andrahamson; STJCE de 6 de julio de 2000, C-407/98, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist; STJCE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, H. Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.

179 Para un comentario sobre los cambios en la posición del TJCE entre la sentencia que resolvió el Caso Kalanke y la que resolvió el Caso Marschall, es interesante consultar: MARTÍN VIDA. M.A. (1998). Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall». *Revista Española de Derecho Constitucional*. 53, págs. 313-336. Para una reflexión más completa sobre la jurisprudencia de este órgano en esta materia: op.cit.

180 La adopción de medidas de acción positiva voluntarias por parte de los propios partidos políticos, para avanzar en la consecución de mayores cotas de igualdad entre hombres y mujeres dentro de la esfera política fue recomendada por el Parlamento Europeo en su Resolución nº 169 de 1988.

exponer brevemente la línea argumental planteada por sus defensores. Para quienes es legítimo introducir la acción positiva en la realidad parlamentaria, la ausencia de las mujeres en los puestos de decisión política responde a su tradicional postergación al ámbito doméstico y a su paralela exclusión del ámbito público, espacio protagonizado exclusivamente por los hombres. La preterición histórica de la mujer en la vida política habría tenido como resultado la configuración de las estructuras internas de los partidos políticos conforme a patrones discriminatorios que, aún en el presente, obstaculizan el acceso y la promoción de las mujeres dentro de las organizaciones partidistas. Como resultado de todo ello, el número de mujeres finalmente electas en las Cámaras de representantes es muy inferior al de los hombres, mermando la representatividad de los Parlamentos. La infrarrepresentación de la mujer en los puestos de dirección política se relaciona así con una devaluación de la calidad del sistema democrático, desde la premisa de que, si las mujeres representan en torno a la mitad la población, una democracia de calidad exigirá una presencia femenina proporcional en los puestos de responsabilidad y toma de decisiones¹⁸¹. De esta forma, la defensa del recurso a diferentes medidas de acción positiva en el escenario político está vinculada a las teorías sobre la ciudadanía y la representación, y exige afrontar una serie de problemas que no siempre coinciden con los propios del debate americano.

En Francia, Italia y España estas cuestiones han sido discutidas ante sus respectivos Tribunales Constitucionales¹⁸². El Consejo Constitucional francés fue el primero en pronunciarse sobre este tema, en 1982¹⁸³, y le siguió la Corte Constitucional italiana, trece años después¹⁸⁴. El Consejo Constitucional francés, por su parte, debía examinar la compatibilidad con la Constitución francesa de una norma que prohibía que en las listas electorales (cerradas) para las elecciones municipales, en municipios de menos de 3.500 habitantes, se incluyera un porcentaje de candidatos de un mismo sexo superior al 75%. Para ello tomó en consideración el artículo 3 de la Constitución francesa, que recoge el principio de soberanía nacional y su ejercicio mediante los cauces propios de una democracia

181 Quienes llevan esta línea argumental hasta sus últimas consecuencias defienden un paradigma democrático diferente, la *democracia paritaria*. Ver al respecto los trabajos de RUIZ RODRÍGUEZ, B. (2010). Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y *ciudadanía*. *Revista de Estudios Políticos*, 149, págs. 87-122, y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2018) Democracia paritaria y paridad electoral: conceptos básicos para alumnos de primero. En CEBRIÁN ZARZUCA, E., PALACIOS ROMEO, F. *Elegir cómo elegir. Retos y urgencias del régimen electoral en España*. Fundación Manuel Giménez Abad. Págs. 161-199.

182 Sobre estas tres experiencias, RUIZ RODRÍGUEZ, B., MARÍN RUBIO, R. (2007). De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático. *Revista española de derecho constitucional*, 81, págs. 115-159.

183 Decisión núm. 82-146 DC, 18 de noviembre de 1982. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1982/82146DC.htm#.XbXnceto3lw.email> (consultado el 4/11/2019)

184 Sentencia 422/1995, de 6 de septiembre, de la Corte Constitucional italiana.

representativa, así como el artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano, que reza “(L)a Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. (...) Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.” De la lectura combinada de estos dos artículos, de acuerdo con el razonamiento del Consejo, resultaba claro que el sufragio activo y pasivo se reconocían en idénticos términos para todos aquellos que no estuvieran excluidos por razón de edad, incapacidad o nacionalidad, y que quedaba prohibido establecer ninguna división de los electores o los candidatos a ser elegidos en distintas categorías. La norma impugnada, en la medida en que introducía una distinción entre candidatos en razón de su sexo, fue declarada inconstitucional. En el caso italiano, la argumentación de la Corte Constitucional fue algo más exhaustiva, pero se apoyó en una interpretación similar de la igualdad constitucionalmente exigida en esta materia. Se sometió a su examen la introducción por vía legislativa de la prohibición de que en las listas electorales uno de los dos sexos supusiera más de 2/3 del total de candidatos presentados. La Corte entendió que debía determinar si una previsión semejante era compatible con el principio de igualdad formal y material proclamado en el art. 3 de la Constitución Italiana, conjuntamente considerado con el apartado primero del art. 51 de la misma, en el cual se reconoce el derecho al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos y electivos. En este sentido, si bien reconoció que ciertas acciones positivas que otorguen un trato desigual y privilegiado al a mujer en pro de su igualdad de oportunidades podían entenderse amparadas por el principio de igualdad material, respondiendo a la obligación constitucional del legislador de remover las desigualdades entre ciudadanos, estableció también que este tipo de medidas no podían “*incidir de manera directa sobre el contenido de los derechos propios de cualquier ciudadano, hombre o mujer, garantizados en igual medida para todos ellos*”. Consideró que la reserva de cuotas en las listas electorales impuesta a los partidos, lejos de “*remover disparidades (...) termina creando discriminaciones actuales como remedio a discriminaciones pasadas*”. Afirmó igualmente que cualquier diferenciación en razón del sexo no puede sino resultar objetivamente discriminatoria, disminuyendo para los ciudadanos no beneficiados por la cuota el contenido concreto de un derecho fundamental (la participación política), en favor de su disfrute por parte de otros (las mujeres). Asimismo, señaló que la medida impuesta no removía los obstáculos que impedían a las mujeres obtener un determinado resultado, sino

que les atribuía dicho resultado de manera directa, en abierta contradicción con el art. 51 de la Constitución italiana. En consecuencia, declaró inconstitucional la acción positiva impugnada, como antes lo había hecho su homólogo francés, si bien aclaró que este tipo de medidas, constitucionalmente ilegítimas en la medida en que vinieran impuestas por la ley, podrían, sin embargo, considerarse legítimas en caso de venir adoptadas de manera voluntaria por los propios partidos políticos.

Los Parlamentos francés e italiano, reacios a abandonar su compromiso con la promoción de la igualdad material en la representación política, años después de estos pronunciamientos del Consejo Constitucional y la Corte Constitucional, emprendieron las reformas constitucionales necesarias para legitimar el uso de las cuotas femeninas obligatorias en las listas electorales.¹⁸⁵ En España, donde también se ha introducido por vía legislativa la obligación de los partidos políticos de confeccionar sus listas electorales respetando exigencias que tienen por objetivo el fomento de la presencia femenina en el Parlamento nacional y los Parlamentos regionales, no ha sido necesario emprender ninguna reforma constitucional a tal efecto. En la sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional español declaró compatible con la Constitución el artículo 44 bis y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, en virtud de los cuales las listas de candidatos a las elecciones al Congreso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, municipales, y al Parlamento Europeo “deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento¹⁸⁶”. Partió de la premisa de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos no podía en modo alguno afectar de manera inmediata al derecho de sufragio pasivo individual, en la medida en que sus destinatarios eran los partidos políticos, no los electores. Lo que requería la cuestión objeto de examen era, por tanto, determinar si la limitación de la libertad de los partidos a la hora de definir sus candidaturas había sido o no injustificada y desproporcionada. Como ya se ha anunciado, la conclusión fue

185 La modificación de la Constitución francesa se llevó a cabo mediante la Ley Constitucional núm. 99-569, de 8 de julio de 1999. La modificación de la Constitución italiana se llevó a cabo a través de las Leyes Constitucionales núm. 2 y 3 de 2001, de modificación de los estatutos de las regiones con estatuto especial y del art. 117 de la Constitución respectivamente, y la Ley Constitucional núm. 1 de 30 mayo 2003 de modificación del art. 51 de la Constitución.

186 Dicho artículo fue introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En el artículo 11 de esta última se alude, además, de manera expresa a las acciones positivas, quedando habilitados tanto el poder público como los particulares para establecer acciones positivas, siempre y cuando sean temporales, razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

negativa, y ello por entender el Tribunal que la medida adoptada respondía a una finalidad legítima – la igualdad efectiva en el terreno de la representación política –, resultaba adecuada para la consecución de tal fin, en la medida en que los partidos políticos son un medio cualificado de participación política y, además, no resultaba lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales. Añadió asimismo una reflexión que separó por completo su argumentación de la que el Consejo Constitucional francés había elaborado veintiséis años antes: no existe contradicción alguna entre la medida y la unidad del pueblo soberano, ni afectación alguna de los principios básicos que fundamentan el sistema democrático representativo. En sus propias palabras: *no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías. (...) (E)l principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo. (las previsiones normativas impugnadas) no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo*". En definitiva, nuestro Tribunal constitucional manejó una interpretación de la igualdad en el escenario de la representación política más flexible que la que antaño defendieron sus homólogos francés e italiano en las sentencias antes comentadas. Dicha interpretación, en la que el Tribunal supo asumir las exigencias de promoción de la igualdad material que establece nuestro texto constitucional, hizo innecesaria la reforma constitucional en España en esta materia.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Las acciones positivas son medidas de reacción contra la discriminación, cuyo diseño admite formas y contenidos diversos. El denominador común de las medidas que conforman esta heterogénea categoría es otorgar tratamientos diferenciados a colectivos discriminados, con el objetivo de corregir su situación de preterición en el momento presente. Su origen está en el Derecho antidiscriminatorio estadounidense. Fueron concebidas como un instrumento de lucha por la igualdad racial en los años sesenta del pasado siglo, expandiéndose su uso primero en el ámbito laboral, y poco después en el sistema educativo. A finales de la década de los setenta el concepto de la acción positiva es importado por los países europeos, y desde las entonces Comunidades Europeas se hace una firme apuesta por su empleo como herramienta para la conquista de una igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres. En el contexto europeo han sido utilizadas en el ámbito laboral, en la función pública y en la representación política, siendo

este último un escenario que ha planteado debates particulares, desconocidos en los primeros momentos de desarrollo de las acciones positivas.

La implementación, por vía legislativa, de exigencias orientadas a la consecución de una representación más o menos equilibrada por razón de sexo en la configuración de las listas electorales de los partidos políticos ha sido impugnada ante los Tribunales Constitucionales de varios Estados europeos, dando lugar, en Francia e Italia, a sentencias constitucionales desfavorables a este tipo de medidas en los años noventa. Más tarde, en la década de los dos mil, ambos países adoptaron sendas reformas constitucionales para dar cabida en su ordenamiento a las acciones positivas en el ámbito de la representación política. En el caso español, se le planteó al Tribunal Constitucional el problema antaño resuelto en el sentido indicado por sus homólogos francés e italiano, dando como resultado un pronunciamiento muy distinto, que avaló la constitucionalidad de la implementación del principio de composición equilibrada, neutro en su formulación, en las listas electorales para todas las elecciones celebradas dentro de las fronteras nacionales. Con ello demostró que una interpretación evolutiva y dinámica de la igualdad constitucionalmente exigida es posible, y que las dimensiones formal y material de la igualdad como dos vertientes complementarias y no antagónicas es hoy una realidad en nuestro ordenamiento constitucional.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: EN BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO

Leonardo Valles Bento¹⁸⁷

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos a la protección de datos y de acceso a informaciones públicas, desde su reconocimiento, siempre revelaron una tensión recíproca que muchas veces conduce a auténticos dilemas, cuya superación está a cargo de las normas jurídicas. Esta tensión no tiene una solución concreta definitiva, requiriendo juicio y ponderación. Por un lado, el derecho de acceso a la información, instrumento esencial para la garantía del principio de transparencia en la Administración Pública y para el ejercicio competente de la libertad de expresión y de la participación política, impone dar a conocer a los ciudadanos y al público en general la actividad llevada a cabo por los poderes públicos, actividad esta que está plasmada en documentos oficiales y en datos en poder de los órganos de Estado. Por otro lado, la gran mayoría de estas informaciones está impregnada por datos de carácter personal, cuya protección también se considera como un derecho fundamental. De esta forma, se hace necesario armonizar jurídicamente ambos derechos, de manera que sea posible el ejercicio del derecho de acceso a la información pública sin que él menoscabe el derecho a la protección de datos personales que se pueden encontrar en medio de la información que se desea acceder.

Tal conciliación no es simple, ya que los derechos colidentes parten de perspectivas distintas. Desde el punto de vista de la transparencia, toda información en poder del Estado debe ser públicamente accesible como regla, siendo el sigilo a excepción. La protección de datos, a su vez, exige la confidencialidad de la información personal como principio, autorizándose su revelación, sin el consentimiento del titular, sólo en situaciones especiales.

Armonizar ambos derechos significa que ni la transparencia pública puede justificar la pérdida de la autodeterminación informativa o la exposición de la

¹⁸⁷ Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil). Auditor de la Contraloría General de la Unión (CGU-Brasil). Investigador Visitante de la Universidad de Valencia - España.

vida privada de los ciudadanos, ni la protección de la privacidad puede ser pretexto para obstaculizar el libre flujo de la información y el *accountability* de las instituciones públicas. El punto en que se debe situar al fiel de la balanza dependerá no sólo de la categoría de datos objeto del conflicto en el caso concreto, sino también de la cultura y la percepción de las personas y de las instituciones acerca de los problemas vivenciados en cada país. En aquellos con un historial más fuerte de corrupción y autoritarismo, es probable que se atribuya un peso mayor a la transparencia y al acceso a la información, mientras que en aquellos más afectados por los avances de las nuevas tecnologías de recolección y procesamiento de datos masivos tienden a ser más sensibles a consideraciones de privacidad y a demandar un mayor control de sus propios datos.

El presente artículo tiene por objeto evaluar la trayectoria de ese conflicto de derechos y el punto en que se encuentra la técnica jurídica empleada en su gestión en la Unión Europea y en España. Los dos primeros temas se dedican a explorar el contenido jurídico y los principios orientadores del derecho de acceso a la información pública y de protección de datos personales. El tercer punto tiene por objeto aclarar la doble relación de complementariedad y de oposición entre los dos derechos. Los dos últimos ítems analizan el tratamiento y los criterios de ponderación entre ambos, en la jurisprudencia del sistema judicial de la Unión Europea y en el ordenamiento jurídico español, respectivamente.

Este trabajo es fruto de una estancia de investigación postdoctoral realizada junto a la Universidad de Valencia, bajo la tutela del Profesor Dr. Lorenzo Cotino Hueso, y con el apoyo institucional y financiero de la Contraloría General de la Unión (CGU), a través de la política de la capacitación de servidores de este órgano.

2. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Por derecho de acceso a la información pública se entiende la prerrogativa reconocida a los ciudadanos de solicitar y recibir informaciones almacenadas por órganos de la Administración, o por otras que actúen en nombre de éstos. Parte de la premisa de que los poderes públicos no producen ni guardan informaciones en su propio interés, sino en el interés de la colectividad. Por consiguiente, toda información bajo control administrativo debe ser públicamente accesible, a menos que existan justificaciones superiores de interés público para el secreto¹⁸⁸.

188 BENTO, L.V. *Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro*. Curitiba: Jurua, 2015.

Actualmente, más de 90 países tienen legislación específica para asegurar el derecho de acceso a la información. Existen numerosas diferencias entre los diversos marcos normativos nacionales, que ya han dado lugar a varios estudios de derecho comparado¹⁸⁹. Sin embargo, en todas ellas se pueden encontrar los siguientes elementos esenciales¹⁹⁰:

(1) El derecho de un individuo u organización legalmente constituida para requerir información de los organismos públicos, sin tener que demostrar un interés legítimo en dicha información.

(2) Consecuencia de la obligación del órgano demandado de responder formalmente y de facilitar la información solicitada. Esto incluye procedimientos ágiles y gratuitos para tramitar las solicitudes y límites de tiempo para responderlas.

(3) Rol restringido y taxativo de excepciones de confidencialidad de la información. Estas excepciones normalmente se refieren a la protección de la seguridad nacional y de las relaciones internacionales, privacidad personal, confidencialidad comercial, garantía de la ley y del orden público, y discusiones internas. La denegación en el suministro de la información normalmente exige que algún daño al interés protegido sea demostrado, y que la información haya pasado por algún procedimiento formal de clasificación. Además, el secreto es un atributo temporal de la información, que debe ser accesible después de agotado un período de tiempo legalmente establecido.

(4) Mecanismos internos de apelación para que los solicitantes impugnen la retención de información.

(5) mecanismos de revisión externa de la retención de información, ya por una agencia administrativa externa, ya por el sistema judicial.

(6) exigencia de que los organismos gubernamentales publiquen activamente determinadas categorías de información sobre sus estructuras, reglas y actividades. Esto generalmente se hace utilizando tecnologías de información y comunicación.

Aunque el derecho de acceso a la información, como todo derecho, no es absoluto, se entiende que debe cumplirse en la mayor medida posible, de conformidad con el principio de máxima divulgación. Cualquier restricción a este dere-

189 MENDEL, T. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2 ed. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000158450_por. Acceso en: enero 2019.

190 BANISAR, D. *The right to information and privacy: balancing rights and managing conflicts*. World Bank Institute: 2011. p. 6.

cho exige una evaluación contextualizada y una ponderación de daño y de interés público, técnica conocida como prueba de proporcionalidad¹⁹¹. De acuerdo con Salguero¹⁹², la *prueba de daño* se concentra en ponderar si la divulgación puede generar daños presentes, probables y específicos a un interés protegido, en un grado más significativo que el daño que la confidencialidad impone a la transparencia; el segundo (*prueba de interés público*) consiste en ponderar si el beneficio público a ser obtenido con la entrega de la información justifica su divulgación, por tratarse de un interés de orden superior al que justifica la reserva¹⁹³.

Encontrar un equilibrio entre la transparencia, la privacidad y la seguridad de la información es, con mucho, la tarea más compleja de un régimen de acceso.

3. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Aunque a menudo se resume como “el derecho a ser dejado en paz”, a partir de la década del 60 del siglo pasado, el derecho a la privacidad evolucionó para abordar cuestiones relacionadas con la recolección, uso y diseminación de datos personales en sistemas de información. El desarrollo cada vez más intenso de las tecnologías de la información y la comunicación ha despertado una justa preocupación por el control en el tratamiento de informaciones personales tanto por gobiernos, como por organizaciones privadas y en la amenaza que la ausencia de tal control puede representar para las libertades individuales y, en el límite, para la propia democracia¹⁹⁴.

Actualmente, el progreso de la ciencia de la computación ha alcanzado un

191 El caso *Claude Reyes vs. Chile*, juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2006, estableció el derecho de acceso a la información como un derecho humano y determinó que las hipótesis de confidencialidad de información no sólo deben ser claramente previstas en una ley en sentido formal, sino que deben cumplir los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, es decir: (1) debe haber una restricción apropiada, idónea para proteger un interés legítimo en una sociedad democrática; (2) la restricción debe ser mínima, limitada a lo estrictamente necesario para la protección del interés legítimo en cuestión; (3) proporcional, demostrando que, en el caso concreto, la restricción a la publicidad de la información causa un daño menos significativo del que puede ser acarreado por su divulgación. Corresponde a los poderes públicos la carga de demostrar que la restricción de acceso es compatible con estos tres criterios. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acceso en: diciembre de 2012. §88-93.

192 SALGUERO, F. J. S. Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado. In: *Revista Ius et Praxis*, año 22, n° 1, 2016, pp. 323-376. p. 339.

193 La ONG Artículo 19 enfatiza que la prueba de daño y proporcionalidad, explicada arriba, debe ser hecha y rehecha, siempre que haya una nueva solicitud de información. La evaluación del riesgo a un interés protegido debe hacerse a cada nueva solicitud de información. Muchas veces, la ocasión en que se requiere la información es esencial, ya que las circunstancias que justificaron el secreto pueden haberse modificado con el tiempo. ARTICLE XIX. *Análise do projeto de lei de acesso à informação pública*. Disponible em: http://www.artigo19.org/site/documentos/analise_do_projeto_de_lei_de_acesso_a_info_publica.pdf. Acceso en: enero de 2013. p. 18.

194 RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G. *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus Big Data*. Valencia: Tirant lo Branch, 2018.

nuevo punto de ruptura, como resultado del desarrollo de algoritmos para procesamiento masivo de datos (big data), y del surgimiento de nuevas fuentes de datos (sensores, GPS, redes sociales, motores de búsqueda búsqueda, etc.). En este contexto, la disponibilidad global de datos en formato digital creció de forma explosiva. Por otro lado, la Administración Pública almacena innumerables datos de ciudadanos, relativos, entre otras cosas, a su situación tributaria y patrimonial (por medio de los sistemas de registros de inmuebles y de vehículos), datos sobre viajes al exterior, informaciones bancarias, nivel de escolaridad, uso de servicios de salud, etc. informaciones que, en principio, no afectan a nadie más allá de las personas a las que se refieren. Por otro lado, los propios individuos comparten información en todo momento a través de plataformas de redes sociales. Todo ello llevó a preocupaciones sobre abusos, incluyendo el uso indebido de información con fines comerciales e incluso ilegales, así como para el robo de identidad¹⁹⁵.

La respuesta a estos desafíos vino en el sentido de reconocer la existencia de un derecho a la autodeterminación informativa, reconociendo al ciudadano el poder de decisión sobre sus datos, prohibiendo la recolección, almacenamiento y divulgación de informaciones de carácter personal sin su consentimiento¹⁹⁶.

Desde la década de 1960, los principios que rigen la recolección y el tratamiento de esas informaciones (conocidos como “prácticas de información justa”), fueron desarrollados y adoptados por gobiernos y organizaciones internacionales¹⁹⁷:

(1) principio de minimización de recolección: la recogida de datos personales debe limitarse a lo estrictamente necesario para los fines del tratamiento al que está destinado;

(2) Principio de calidad de los datos: los datos personales deben ser pertinentes para los fines para los que deben utilizarse; y, en la medida necesaria para estos fines, deben ser precisos, completos y actualizados.

(3) Principio de especificación de propósito: los fines para los que se recopilan los datos personales deben especificarse en el momento de la recolección de datos; y su reutilización posterior debe limitarse al cumplimiento de esos propó-

195 RODRÍGUEZ, P.; PALOMINO, N.; MONDACA, J. *El uso de datos masivos y sus técnicas analíticas para el diseño e implementación de políticas públicas en Latinoamérica y el Caribe*. Discussion paper n° IDB-DP-514. Banco Interamericano de Desarrollo, 2017. Disponible en: <https://publications.iadb.org/handle/11319/8485>. Acceso en: 10 de noviembre 2018.

196 CUEVA, P. M. de la; PIÑAR MAÑAS, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

197 RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G. *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus Big Data*. op. cit. pp.74-83.

sitos, o al cumplimiento de otros propósitos compatibles.

(4) Principio de limitación de uso: los datos personales no deben ser divulgados o utilizados para fines distintos de los especificados de acuerdo con el principio anterior, excepto con el consentimiento del titular de los datos, o como consecuencia de una obligación legal.

(5) Principio de las salvaguardias de seguridad: protecciones de seguridad razonables deben utilizarse para proteger datos personales contra los riesgos de pérdida o acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o divulgación.

(6) Principio de trato leal y transparente: los datos deben obtenerse por medios lícitos y, cuando sea el caso, con el conocimiento o el consentimiento inequívoco del titular de los datos. Además, debe haber una política general de apertura sobre desarrollos, prácticas y políticas relacionadas con datos personales. Deberán estar disponibles mecanismos para que el titular de los datos pueda conocer la existencia y la naturaleza de los datos personales de que dispone la organización y los principales objetivos de su uso, así como la identidad del controlador de datos.

(7) Principio de la participación individual: todos deben tener el derecho de: (a) obtener del controlador de datos una confirmación de que posee o no datos relativos al individuo; (b) obtener tales datos dentro de un plazo razonable y gratuitamente, o a un costo que no sea excesivo, disponibles mediante un procedimiento simple y de una forma que sea fácilmente comprensible para el individuo receptor; (c) obtener una negativa formal y fundamentada y disponer de mecanismos para impugnar la denegación; y (d) tener los datos corregidos, completados, alterados o borrados, en caso de que sean incorrectos, imprecisos, obsoletos, o no sean más relevantes para el propósito que justificó su recolección.

(8) Principio de responsabilidad: el controlador de datos debe ser responsable de asegurar el cumplimiento de los principios anteriormente mencionados. Esta responsabilidad debe ser proactiva, es decir, que el controlador debe implementar medidas efectivas para salvaguardar el derecho a la protección de datos.

(9) Principio de protección de datos desde el diseño y por defecto (*by default*): los productos, servicios o aplicaciones que impliquen tratamiento de datos deben, desde su diseño y como regla, ser desarrollados de conformidad con los demás principios de protección de datos. Se adoptarán medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar el consentimiento inequívoco del titular de los datos y que sólo se traten los datos personales que sean necesarios para cada

propósito. Esta obligación se aplica también a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación ya su accesibilidad y seguridad contra terceros.

(10) Principio del enfoque de riesgo: el responsable de los datos debe evaluar los riesgos inherentes a su actividad de tratamiento, así como evaluar las posibles vulnerabilidades y brechas de seguridad en sus sistemas, y desarrollar medidas para gestionar y mitigar esos riesgos, en particular, medidas de ciberseguridad, que deben ser más estrictas cuanto más sensibles sean los datos tratados.

De estos principios se deriva un conjunto de derechos que constituyen la espina dorsal de la protección de datos, o de la autodeterminación informativa, que se conocen como derechos ARCO, es decir, derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Los derechos de *acceso* incluyen: (1) el derecho de saber si y qué categorías de datos personales están siendo tratados; (2) saber a qué tipo de tratamiento se someten; (3) saber la identidad del responsable por el tratamiento; y (4) conocer la lógica asumida en cualquier decisión basada en tratamiento de datos que afecte al sujeto concernido. Todo ello en un lenguaje de fácil comprensión. El derecho de *rectificación* es el derecho de corregir informaciones incompletas o inexactas legítimamente recogidas y tratadas. El derecho de *cancelación* y bloqueo se refiere a la eliminación de los datos innecesarios, excesivos o tratados en incumplimiento con la legislación, o la interrupción de su tratamiento. Y el derecho de *oposición* es el derecho de oponerse al tratamiento de sus datos en razón de circunstancias particulares del titular.

Conviene distinguir el derecho a la protección de datos del derecho a la privacidad. En efecto, el concepto de “datos personales” es bastante amplio, ya que comprende toda información referente a personas físicas identificadas o identificables. La persona “identificable”, a su vez, es cualquier persona cuya identidad pueda determinarse por medio de un identificador (por ejemplo, un nombre, un número de documento de identidad, datos de localización o un identificador en línea), o mediante un o varios elementos combinados de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de las personas¹⁹⁸. Todo

198 Rodríguez-Magariños observa oportunamente que la capacidad de recolección y procesamiento de big data hace necesario profundizar o ampliar lo que debe entenderse por identificar a una persona, ya que el objetivo perseguido por esas tecnologías suele ser el de construir perfiles de usuarios, asociados a una dirección de Internet, a partir de su historial de navegación, de búsquedas o de compras en línea, perfiles que pueden ser políticos, sociales, o de consumo, sin necesidad de conocer la identidad civil de la persona a que se refieren, es decir, su nombre o dirección, por ejemplo. RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G. *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus Big Data*. op. cit. pp.74-83. p. 77.

dato personal así definido es, en principio, objeto de protección, aunque no esté referido directamente a la esfera de la vida privada de su titular.

Dependiendo del tipo de datos procesados, éstos pueden ser, por ejemplo, meramente identificativos (nombre, apellido, número del documento de identidad, dirección), los cuales no se consideran inherentes a la privacidad, sino que, por el contrario, suelen constar de registros y bases de datos públicas. Por otro lado, existen también categorías especiales de información, llamadas de datos personales sensibles, estos sí referidos directamente a la vida privada. Se incluyen en esta categoría los datos de salud, así como aquellos que pueden revelar el origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical o partidaria, datos genéticos y biométricos (si son capaces de identificar unívocamente a un individuo), y los relacionados con la sexualidad¹⁹⁹.

Por lo tanto, el bien jurídico tutelado por el derecho a la protección de datos personales no es tanto la privacidad como la autodeterminación informativa, es decir, el control de los individuos sobre las informaciones que le conciernen, comprendiendo no sólo aquellas más íntimas y potencialmente incómodas, pero incluso las más triviales. Es precisamente por extenderse más allá del ámbito de la privacidad que el derecho a la protección de datos entra en ruta de colisión con la transparencia y el derecho de acceso a informaciones públicas.

4. CONFLICTO Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Por un lado, hay que reconocer que el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales desempeñan papeles complementarios en una sociedad democrática. Ambos buscan asegurar el *accountability* de instituciones a los individuos, en una era en que la información se convierte en un poderoso instrumento de control y, en ese sentido, también una amenaza. Hacer el Estado transparente al escrutinio de los ciudadanos y, al mismo tiempo, asegurar la opacidad del ciudadano al escrutinio del Estado (y también de empresas privadas), son dos lados de una misma moneda.

La convergencia más obvia entre los dos derechos es el derecho de los individuos de obtener información sobre sí mismos, que sea mantenida por alguna entidad pública. Se trata de una importante salvaguarda para garantizar que los ciudadanos sean tratados de forma justa y no discriminatoria por los organismos

199 ESPAÑA. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Protección de datos: guía para el ciudadano*. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-ciudadano.pdf>. Acceso en: enero 2019.

gubernamentales y que la información mantenida sea precisa. Como se mencionó anteriormente, uno de los derechos derivados de la autodeterminación informativa es el derecho de acceso, que deriva directamente de los principios del trato leal y transparente y de la participación individual.

Sin embargo, la necesidad de salvaguardar ambos derechos también puede dar lugar a conflictos, específicamente cuando se solicita información que contiene datos personales de terceros. La Administración Pública recoge grandes cantidades de información personal de ciudadanos, y hay una demanda para acceder a esta información por varios motivos. Los solicitantes incluyen a periodistas investigativos, grupos de la sociedad civil que militan por la responsabilización y el control en el uso de los recursos públicos, individuos que exigen saber por qué una determinada decisión fue tomada, empresas que buscan informaciones para fines de marketing e historiadores y académicos que investigan eventos recientes o no tan recientes.

Todas las legislaciones nacionales de derecho a la información prevén una excepción de confidencialidad para la información que afecta la intimidad y la vida privada de las personas, y algunas hacen referencia expresa a la protección de datos personales. Sin embargo, no hay consenso sobre el grado de protección que debe concederse a las diversas categorías de datos personales, ante una solicitud de información a la Administración Pública. La información sobre la remuneración y el desempeño de los funcionarios públicos, los antecedentes penales y los registros de procesos judiciales y administrativos y sobre la recepción de subvenciones económicas y sociales, por ejemplo, reciben niveles de protección muy diferentes en los diversos ordenamientos jurídicos. Más recientemente, incluso datos identificativos, de nacimientos, matrimonios y muertes, registros de propiedad, registros de licencias concedidas, entre otros registros similares, tradicionalmente constantes de bases de datos públicas, vienen generando controversia a medida que ellos se digitalizan y se ponen a disposición por Internet, y así quedan pasibles de procesamiento por algoritmos capaces de construir perfiles para fines comerciales, para persecución política, y por otras razones no relacionadas con los propósitos originales de esas informaciones²⁰⁰.

En los siguientes temas se analizarán los criterios utilizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Consejo de Transparencia de España para ponderar situaciones concretas de conflicto entre los dos derechos aquí analizados.

200 BANISAR, D. *The right to information and privacy*. op. cit. pp. 12-16.

5. CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En el marco de la Unión Europea, es posible percibir claramente una mayor proclividad de sus instituciones, así como de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia, en favor de la protección de datos, en el conflicto con el acceso a la información. El primer precedente importante es la sentencia *Bavarian Lager* contra Comisión, juzgada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2007²⁰¹.

El caso pone en conflicto dos normativas de la Unión: el Reglamento nº 1049/2001, que trata del derecho de acceso a la información, y el Reglamento nº 45/2001, que trata de la protección de datos personales por las instituciones y órganos comunitarios. Curiosamente, ambos reglamentos fueron aprobados en el mismo año.

El art. 4 (1) (b) del Reglamento 1049/2001 establece que una solicitud de acceso a documentos puede ser denegada cuando su divulgación perjudique la protección de “la privacidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de datos personales”. En una primera lectura, este dispositivo no prohíbe el acceso a documentos sólo por contener datos personales, pero sólo si la divulgación de estos datos tiene el potencial de causar daño a la vida privada ya la integridad del titular de los datos. Y ésta fue la interpretación del Tribunal General, que anuló la decisión negativa de la Comisión²⁰².

Disconforme con la anulación, la Comisión interpuso un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea alegando que el solicitante no demostró su necesidad de acceder a la información pleiteada, de con-

201 EUROPEAN UNION. COURT OF JUSTICE. *Case C28/08 P. Bavarian Lager v Commission*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 29 June 2010. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-28/08>. Acceso en: enero 2019. En este caso, la empresa británica *Bavarian Lager*, que actúa en el ramo de importación de cerveza, presentó una denuncia ante la Comisión Europea contra los dispositivos de *Guest Beer Provision*, que regula la venta de cervezas extranjeras en el Reino Unido, alegando que restringía la libre circulación de mercancías en desacuerdo con el Tratado de la Unión Europea. La Comisión, tras reunirse con representantes del Gobierno del Reino Unido y de la Confederación Cerveza del Mercado Común, decidió archivar el expediente, después de que el Reino Unido anunció la modificación de la disposición controvertida. Informada del archivo, y en desacuerdo con la decisión, *Bavarian Lager* solicitó a la Comisión acceso a todos los documentos que instruyeron el expediente. La Comisión concedió el acceso a algunos de estos documentos, pero, en particular, rechazó proporcionar los nombres de los participantes en la reunión que determinó la modificación de *Guest Beer Provision*, alegando que se trataba de información personal, cuyos titulares no consintieron. Contra esta decisión, la empresa propuso un recurso de anulación.

202 El Tribunal General alegó que la negativa de la Comisión de permitir el acceso a la lista de participantes de una reunión era una restricción injustificada al derecho de acceso a los documentos de *Bavarian Lager*. El argumento utilizado por la Comisión, en particular el no consentimiento de algunos de los participantes en la reunión, no debería impedir su divulgación, ya que la excepción prevista en el art. 4 (1) (b) del Reglamento 1049/2001 requiere la caracterización de daño a la intimidad y la integridad de la parte afectada. EUROPEAN UNION. COURT OF JUSTICE. *Case C28/08 P. Bavarian Lager v Commission*. op. cit. §§ 20-28.

formidad con el art. 8 (b) del Reglamento de Protección de Datos (Reglamento 45/2001)²⁰³. Así, en opinión de la Comisión, el Tribunal General se equivocó al no tener en cuenta el derecho comunitario referente a la protección de datos personales a que el propio Reglamento 1049/2001 remite en la parte final del art. 4 (1) (b). En otras palabras, el Tribunal General consideró sólo la parte relativa a “perjudicar la protección de la vida privada y de la integridad del individuo”, y desestimó la parte que se refiere a los términos de la legislación comunitaria relativa a la protección de los datos personales.

El Tribunal de Justicia respaldó la argumentación de la Comisión, afirmando la indivisibilidad del mencionado dispositivo y la necesidad de aplicarlo en su totalidad. Aunque reconoce que no existe una jerarquía entre los dos reglamentos, la sentencia sostiene que, cuando se solicitan documentos públicos que contienen datos personales, existe una situación de reenvío del Reglamento 1049/2001 al Reglamento 45/2001, que, por lo tanto, debe ser aplicado en su integridad, incluyendo su art. 8²⁰⁴. Por último, el Tribunal consideró que Bavarian Lager tuvo acceso a toda la información pertinente relacionada con la reunión del 11 de octubre de 1996, incluidas las opiniones expresadas por los intervinientes. En ese sentido, la Comisión cumplió suficientemente su deber de apertura, el tiempo en que se colocó en el marco del Reglamento sobre datos personales, ya que la Comisión no pudo comprobar si los intereses de las personas afectadas que no permitieron la divulgación serían perjudicados, y el solicitante, por otra parte, no estableció la razón por la que exigía dichos datos²⁰⁵. Por consiguiente, el TJUE casó la sentencia del Tribunal General.

El caso Bavarian Lager pone de manifiesto un claro conflicto de normas de derecho comunitario, más concretamente entre el artículo 8º del Reglamento de datos personales, que exige que los datos personales sólo puedan transferirse a un tercero si se demuestra la necesidad de esta transferencia, y el artículo 6, apartado 1, del Reglamento relativo al acceso, que consagra un principio básico de transparencia, según el cual el solicitante no está obligado a declarar las razones su pedido.

Otro precedente importante, que deja manifiesta la tensión que existe en-

203 Este dispositivo, de hecho, establece que: “Sin perjuicio de los artículos 4, 5, 6 y 10, los datos personales sólo podrán transferirse a destinatarios cubiertos por la legislación nacional adoptada en virtud de la Directiva 95/46 / CE, si: a) el destinatario demuestre que los datos son necesarios para desempeñar funciones de interés público o inherentes al ejercicio de la autoridad pública, o b) el destinatario demuestra la necesidad de su traslado y no existen motivos para suponer que los intereses legítimos del interesado pueden verse perjudicados”.

204 EUROPEAN UNION. COURT OF JUSTICE. *Case C28/08 P. Bavarian Lager v Commission*. op. cit. § 63.

205 idem. §§ 72 a 79.

tre el principio de transparencia pública y el respeto por el derecho a la protección de los datos de carácter personal, es la sentencia del TJUE en el caso *Volker y Markus Schecke vs Land Hessen*, de 2010, referente a la publicación de datos de beneficiarios de subvenciones económicas²⁰⁶.

En este caso, el Poder Judicial alemán consideró que dicha publicación constituía una violación injustificada del derecho fundamental a la protección de datos personales. Argumentó que, aunque la medida estaba destinada a aumentar la transparencia en la utilización de los fondos europeos, no mejoraba significativamente la prevención de irregularidades, y también que existen otros mecanismos de control de considerable amplitud para tal efecto. Asimismo, la publicación no fue proporcional al objetivo perseguido, pues si el objetivo es el control de la utilización de los recursos públicos por los ciudadanos de la Unión Europea, la publicación en Internet no restringe el acceso a la información a estos ciudadanos, una vez que se puede acceder a ellas desde cualquier parte. Además, aunque retiradas del sitio después del plazo establecido, las informaciones continuarán en Internet y pueden ser encontradas²⁰⁷. El órgano jurisdiccional alemán suspendió el procedimiento principal y sometió el asunto al Tribunal de Justicia. La Administración Pública de Land Hessen, por su parte, negó la existencia de una injerencia en la vida privada de los candidatos, ya que éstos habían sido informados de la publicación de sus datos en los formularios de candidatura a la subvención y, según su interpretación, al presentar la solicitud habían consentido en la publicación de los mismos²⁰⁸.

Sin embargo, el TJUE evaluó que los reglamentos de la Unión relativos a la materia se limitan a estipular que los beneficiarios de la ayuda serán informados por adelantado de que sus datos se publicarán y no pretende sustituir el consentimiento necesario para el tratamiento de sus datos personales. En cuanto al anuncio de publicación que figura en los formularios de solicitud de la subvención, los solicitantes se limitaron a reconocer que se les informó de que dichos

206 EUROPEAN UNION. COURT OF JUSTICE. *Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 9 november 2010. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-92/09>. Acceso en: enero 2019. El Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo alemán ante las demandas que le han sido dirigidas por ciudadanos beneficiarios de la ayuda del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), con el objetivo de impedir la publicación de sus datos identificativos y valores recibidos. De hecho, las normas que rigen estos fondos determinan la publicación de nombres, municipio de residencia, código postal y importe de la financiación recibida por cada beneficiario. La información estaría disponible en un sitio web en cada Estado miembro, el cual debería disponer de un motor de búsqueda a disposición del público en general, hasta dos años después de la concesión de la ayuda. Los Estados miembros deberían informar a los beneficiarios, en los formularios de solicitud de fondos o en el momento de la recogida de los datos, de que sus datos se publicarán de la forma indicada.

207 idem. §§ 30-31.

208 idem. § 61.

reglamentos obligan a publicar los datos de los beneficiarios de los fondos procedentes del FEAGA y del FEADER, y no expresan, absoluto, una concordancia con su tenor. Por lo tanto, la publicación en un sitio web de los datos nominales de los beneficiarios y las cantidades recibidas por ellos constituye una interferencia en su vida privada, por lo que sería necesario evaluar si dicha interferencia se justificaba en virtud del artículo 52 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este dispositivo determina que cualquier limitación al ejercicio de derechos fundamentales debe estar establecida por ley, que respete el contenido esencial de los derechos y, además, sea proporcional al fin deseado, es decir, que sea necesaria y adecuada a la finalidad de promover un interés público legítimo, o de proteger los derechos y libertades de terceros²⁰⁹.

La sentencia reconoce que la publicación de datos de los beneficiarios afectados y de las cantidades específicas recibidas del FEAGA y del FEADER resulta en una mayor transparencia en la aplicación de la política agrícola y refuerzan el control público sobre ellas, contribuyendo, por consiguiente, a su uso apropiado. Sin embargo, la conquista de ese objetivo, aunque legítimo, debe, por otro lado, ser conciliada con los derechos fundamentales reconocidos por el art. 7 y 8 de la Carta, exigiendo así la demostración de un esfuerzo de ponderación, incluida la evaluación de la necesidad de la publicación, en comparación con otras medidas menos invasivas. El Tribunal concluyó que tal esfuerzo de equilibrio no se produjo en el presente caso²¹⁰.

En la visión del Tribunal, el Consejo y la Comisión sobrepasaron los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, dando prioridad a la transparencia, mientras que los legítimos intereses del público en el control de la aplicación de los recursos públicos quedarían satisfechos con la publicación de

209 *idem*. § 63-64.

210 *idem*. §§79-81. “Si bien es cierto que, en una sociedad democrática, los contribuyentes tienen derecho a ser informados de la utilización de los fondos públicos (...), no es menos cierto que para ponderar equilibradamente los diversos intereses en conflicto se requería que, antes de adoptar las disposiciones cuya validez es objeto de controversia, las instituciones competentes verificasen si la publicación, en un sitio web único por Estado miembro y de consulta libre, de los datos nominales de todos los beneficiarios afectados y de los importes específicos procedentes del FEAGA y del Feader percibidos por cada uno de ellos —y ello sin establecer diferencias en función de la duración de las ayudas percibidas, de su frecuencia, o del tipo o magnitud de las mismas— no iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, en especial habida cuenta de que tal publicación lesionaba los derechos reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Carta. Pues bien, por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, no parece que el Consejo y la Comisión hayan intentado ponderar equilibradamente, por un lado, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de su actuación y la utilización óptima de los fondos públicos y, por otro, los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta. En efecto, nada indica que (...) el Consejo y la Comisión hayan tomado en consideración otras formas de publicación de la información relativa a los beneficiarios afectados que respetasen el objetivo perseguido por dicha publicación y, al mismo tiempo, fueran menos lesivas para el derecho de tales beneficiarios al respeto de su vida privada, en general, y a la protección de sus datos de carácter personal, en particular, tales como la limitación de la publicación de los datos nominales de dichos beneficiarios en función de los períodos durante los cuales hubieran percibido ayudas, de la frecuencia de estas o, incluso, del tipo y magnitud de las mismas”.

datos estadísticos anónimos, equilibrando así el acceso a la información con la protección de los datos personales de los beneficiarios.

Se consolida en este precedente el entendimiento del Tribunal en el sentido de exigir una caracterización de la necesidad, o mejor, de una contribución concreta de la divulgación de los datos para la transparencia y el control de la aplicación de recursos públicos. La mera justificación genérica de dar transparencia a los actos de la Administración no es suficiente para que el derecho de acceso se superponga a la protección de datos personales. Esto queda aún más claro en la sentencia *Cient Earth*, de 2015²¹¹.

En esta sentencia, el TJUE reiteró el entendimiento firmado en los casos *Bavarian Lager* y *Volker Schecke*, en el sentido de que, en las solicitudes de información destinadas a obtener datos personales, las disposiciones del Reglamento nº 45/2001 y, en particular, el artículo 8 (b) son plenamente aplicables y, por lo tanto, los datos personales sólo se transmiten si el destinatario demuestra la necesidad de acceder a los datos y si no hay motivos para suponer que tal acceso perjudicaría intereses legítimos de la parte interesada. El Tribunal resaltó además que estas dos condiciones son acumulativas y que la alegación general de transparencia no es suficiente para caracterizar la necesidad de acceso, en los términos del mencionado art. 8 (b).

Sin embargo, en este caso, el Tribunal de Justicia reconoció la existencia de una atmósfera de desconfianza hacia la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), frecuentemente acusada de parcialidad en el uso de expertos externos, que a menudo se encuentran en situación de conflicto de intereses, en virtud de sus vínculos profesionales con el entorno empresarial. De esta forma, los demandantes, al solicitar la divulgación de las informaciones discutidas, pre-

211 EUROPEAN UNION. COURT OF JUSTICE. *Case C-615/13 P ClientEarth and PAN Europe v EFSA*. Judgment of the Court (Second Chamber), 16 July 2015. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-615/13%20P>. Acceso em: enero 2019. Se trata de un recurso de casación interpuesto por las ONG ClientEarth y Pesticide Action Network Europe (PAN Europe), en el que se solicita la anulación de una decisión de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria en una solicitud de acceso a documentos. Las normas comunitarias prevén que todo solicitante de autorización de comercialización de productos fitosanitarios debe adjuntar documentación, validada por la comunidad científica, sobre los efectos colaterales causados por la sustancia activa, tanto al medio ambiente como a la salud. A fin de poner en funcionamiento esta exigencia, la EFSA solicitó la creación de un grupo de trabajo para elaborar una orientación normativa. El Grupo de Trabajo escuchó a expertos en el área, que pudieron comentar sobre el proyecto de orientación normativa en elaboración. En conjunto, ClientEarth y PAN Europe presentaron a la EFSA una solicitud de acceso a los documentos relacionados con la preparación de dicho proyecto, incluidos los comentarios de expertos externos. Después de una reticencia inicial, la EFSA acabó autorizando el acceso a las observaciones individuales de los expertos externos sobre el proyecto de orientación. Sin embargo, se informó de que había conservado los nombres de estos expertos, de conformidad con el artículo 4 (1) (b) del Reglamento nº 1049/2001 y la legislación de la UE sobre la protección de datos personales, en particular el Reglamento 45/2001. Explicó que la divulgación del nombre de estos expertos constituía una transmisión de datos personales en el sentido del artículo 8 del Reglamento nº 45/2001 y que las condiciones para dicha transmisión establecidas en dicho artículo no existían en ese caso.

tenden saber quién es, entre los expertos externos, el autor de cada una de las observaciones hechas por ellos, permitiendo así que cada comentario emitido pudiera ser atribuido a un experto específico, para garantizar la transparencia del proceso de toma de decisiones de la Agencia²¹².

En este caso, en lugar de limitarse a consideraciones abstractas y generales sobre la importancia de la transparencia pública, los demandantes se apoyaron en un estudio que reveló los vínculos entre la mayoría de los miembros expertos de un grupo de trabajo de la EFSA con grupos de *lobbying* empresarial. Por lo tanto, los demandantes lograron demostrar que la divulgación de dicha información es necesaria, en este contexto, para garantizar concretamente la transparencia en el proceso de adopción de un acto normativo que afectaría a las actividades de operadores económicos, para comprobar, en particular, la imparcialidad de cada uno de los expertos en el cumplimiento de su función de asesoramiento científico al servicio de la EFSA.

La misma exigencia de caracterización concreta de un mayor incremento de transparencia y control ciudadano para justificar el acceso a datos personales se repitió en el caso Dennekamp. El demandante, Gert-Jan Dennekamp, es periodista y trabaja para la Nederlandse Omroep Stichting (Asociación holandesa de radio y televisión). El 25 de noviembre de 2005 presentó al Parlamento una solicitud de acceso a documentos relativos al régimen complementario de pensión de los diputados del Parlamento Europeo. El solicitante alegó la existencia de un interés público en la transparencia y la importancia de promover un debate a través de la prensa sobre la legitimidad de dicho régimen de pensiones. De forma más específica, subrayó que los ciudadanos europeos tienen derecho a saber quiénes son los diputados que tienen un interés personal en el régimen, ya que el Parlamento había decidido repetidamente cubrir sus déficits y compensar las pérdidas sufridas, para garantizar la mantenimiento del sistema y los derechos de pensión de los diputados, lo que implica un uso considerable de los fondos públicos²¹³.

El Parlamento negó el acceso a la relación nominal de los diputados que estaban inscritos en el régimen bajo la alegación de que la demandante no había demostrado la necesidad de la transferencia de datos personales, según lo exigido por las disposiciones del artículo 8 (b) del Reglamento de protección de datos y de conformidad con el precedente establecido en el caso Bavarian Lager. El

212 *idem*. §§ 55-58.

213 EUROPEAN UNION. GENERAL COURT. *Case T-115/13 Gert-Jan Dennekamp v European Parliament*. Judgment of the General Court (Fifth Chamber) 15 July 2015. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-115/13>. Acceso en: enero 2019. § 7.

Parlamento consideró que la invocación de un interés público genérico en el control del gasto público permitiría la divulgación de datos personales además de cualquier límite razonable y violaría sus estándares de protección. Aunque admitiendo que el derecho a la privacidad de un diputado es menos extenso que el de un particular sin funciones públicas y que, por consiguiente, el grado de protección de sus datos era menor, eso no implicaba la inexistencia de protección de sus datos personales, o que no tenga un interés legítimo para objetar a su divulgación. Según el Parlamento, los datos personales en cuestión pertenecían a la esfera privada de los diputados, relativos a su situación económica personal²¹⁴.

El Tribunal General, en su apreciación, reconoció el conflicto entre los reglamentos de acceso a la información y de protección de datos. El primero, para garantizar la mayor transparencia posible del proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas y de la información en que basan sus decisiones, parte de un principio de máxima apertura, por lo que el derecho de acceso a los documentos no está condicionado por la acreditación de un interés específico del solicitante en la divulgación de dichos documentos. Por otro lado, el segundo, para garantizar la protección de la privacidad y la autodeterminación informativa en el tratamiento de datos personales, obliga a las instituciones a examinar el riesgo de daños a la protección de la vida privada e integridad de la persona y a observar restricciones al tratamiento de datos personales, lo que, indirectamente, exige que el solicitante demuestre, por medio de justificaciones legítimas, la necesidad de la transmisión de los datos personales contenidos en los documentos cuyo acceso solicita.

El Tribunal concluye así que la armonización de ambas exigencias lleva al reconocimiento de una excepción a la regla de no exigir motivación ni demostración de interés en las solicitudes de acceso a la información, justificada por la eficacia que debe conferir a las disposiciones del Reglamento n° 45/2001, relativo a la transmisión de datos personales. En la articulación de las disposiciones que protegen estos derechos antagónicos, el derecho de acceso a los documentos está garantizado a partir del momento en que, una vez que el solicitante demuestre la necesidad de obtener la transmisión de datos personales, corresponde a la institución probar, en caso de negativa de acceso, que la transmisión de datos personales puede perjudicar los intereses legítimos de las partes interesadas²¹⁵.

De este modo, al evaluar si el solicitante logró caracterizar satisfactoriamente

214 *idem*. § 14-15.

215 *idem*. § 55.

te la necesidad de los datos personales incluidos en su solicitud de información, el Tribunal subrayó que el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión, considerados abstractamente, no son suficientes para demostrar que la transmisión de los nombres de los diputados afiliados al régimen de pensiones es la medida más apropiada, entre las demás medidas viables, para alcanzar el objetivo de promover la transparencia y el debate público abierto y desimpedido, ni que es proporcional a ese objetivo.

El Tribunal, tras discutir largamente los argumentos del solicitante, sólo reconoció como válido lo que afirma la necesidad de exponer posibles conflictos de interés de los diputados. En efecto, es de la mayor importancia para los ciudadanos europeos saber quiénes son los diputados que tienen un interés personal en el sistema, y que han participado en las decisiones sobre su gestión. La divulgación de los nombres de los diputados afiliados al régimen desalentaría el uso de sus votos para influir en el régimen con el fin de obtener beneficios contrarios al interés de sus electores. Además, el público no tiene otro medio de saber cómo los diputados usan sus prerrogativas públicas en relación al régimen. Se trata de un debate concreto sobre un tema de interés público, que el solicitante podría, a condición de periodista, presentar a los ciudadanos europeos para que ellos pudieran saber cómo se gastaron los fondos públicos, como sus representantes electos se comportaron, y si los votos en relación al régimen fueron influenciados por un interés económico privado. Esto permitiría al público una evaluación consistente de los hechos relacionados con el régimen de pensiones, de cómo los diputados se comportan en el ejercicio de su voto, y ofrecería la posibilidad de cuestionarlos o oírlos²¹⁶.

Una vez caracterizado la necesidad de la información, se trata ahora de evaluar si la divulgación de los datos personales perjudica algún aspecto esencial de la integridad y vida privada de los sujetos referidos. En este particular, el Tribunal destacó que una personalidad pública eligió exponerse a los demás, especialmente a los medios de comunicación y, a través de ellos, a la sociedad en general. Por lo tanto, todo aquel que decide asumir una función pública (decisión que es voluntaria y revocable), aunque conserve un interés legítimo en la protección de su intimidad, se sujeta a un umbral más amplio de injerencia en su vida personal que un mero particular. De ello se deriva un menor grado de protección de los nombres de los diputados afiliados al régimen, con el efecto correspondiente de dar mayor peso al interés representado por la transparencia y

216 *idem*. §§ 71-75.

el acceso público a informaciones²¹⁷.

Sin embargo, a pesar de reconocer los dos requisitos acumulativos del artículo 8 (b) del Reglamento n° 45/2001, éstos se refieren únicamente a los miembros del Parlamento que participaron efectivamente en las votaciones que introdujeron cambios en el régimen de pensiones y no sobre los diputados que, a pesar de afiliados al régimen, se abstuvieron y aquellos que ya no estaban o no estaban aún en el cargo al tiempo de las votaciones. Así, el Tribunal de Primera Instancia estimó parcialmente el recurso. Se observa, por lo tanto, el rigor con que el Tribunal restringe la transmisión de datos personales en el marco del derecho de acceso a la información a aquellos cuya necesidad esté perfectamente caracterizada.

El presente caso permitió al Tribunal de Justicia discutir otro conflicto entre el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos. Como se ha señalado anteriormente, uno de los principios que rigen el derecho a la protección de datos es el de la especificación de propósito, según el cual los datos personales deben ser recogidos para fines específicos definidos en el momento de su recolección, de modo que cualquier reutilización posterior debe limitarse al cumplimiento de propósitos compatibles. Sin embargo, una vez hechos públicos los datos personales, en atención a solicitudes de información, parece imposible que las instituciones públicas garanticen la compatibilidad de propósito, es decir, que los datos personales, ahora disponibles para el conjunto de la sociedad, no serán tratados más de lo necesario o de una forma incompatible con el propósito original para el cual los datos fueron recolectados. En efecto, el Parlamento Europeo alegó que es contrario a la filosofía del Reglamento n° 45/2001 una divulgación erga omnes de datos personales, pero sólo la transmisión a destinatarios específicos.

Sin embargo, para el Tribunal, la exigencia de que los datos personales no se traten de forma incompatible con los fines para los que se hayan recogido no puede interpretarse de modo a conceder acceso solamente al solicitante, excluyendo al público, ya que ello haría imposible aplicar el Reglamento n° 1049/2001. A partir del momento en que el solicitante demuestre la necesidad de la transmisión de los datos, y la institución demandada considera que no hay perjuicio a los intereses legítimos de los titulares, los datos pueden ser transmitidos y, a partir de ahí, estarán accesibles al público²¹⁸.

El Reglamento n° 45/2001 se refiere a la protección de datos personales en las instituciones comunitarias. En los Estados miembros y en relación con los

217 idem. §§ 125-126.

218 idem § 119.

ciudadanos de la Unión, el tratamiento de datos personales se regula, desde mayo de 2018, por el Reglamento 2016/679, o el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). El RGPD constituye la mayor modificación legislativa de la Unión en la materia, revocando formalmente la anterior Directiva 95/46/CE. La sustitución de una directiva por un reglamento tiene por objetivo equalizar las reglas de protección de datos, ya que es directamente aplicable a cualquier Estado miembro de la Unión (y, hasta cierto punto, fuera de ella), lo que acarrea una mayor seguridad jurídica, eliminando los posibles obstáculos a la libre circulación de información dentro del espacio comunitario. Sus principales alteraciones se relacionan principalmente con el reconocimiento de nuevos derechos a los titulares de los datos, como la formalización del “derecho al olvido”, el derecho a informaciones transparentes, el derecho a la portabilidad de datos, así como el fortalecimiento general del control de los datos personales por sus titulares.

Un nuevo marco jurídico ciertamente ha de implicar cambios en la relación con el derecho de acceso a la información pública, cuya conciliación se determina de forma expresa en el ítem 154 de la Exposición de Motivos²¹⁹ e en el art. 86 del RGPD²²⁰.

Conforme destaca Ramos²²¹, a primera vista el art. 86 parece enunciar una obviedad ya asentada en la jurisprudencia y en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, una lectura más atenta revela una importante novedad que hay que tener en cuenta. Si antes había la obligación, impuesta al derecho de acceso a la información, de justificarse ante el derecho a la protección de datos - sometiendo claramente el primero al cribado del segundo - en la forma de una demostración de necesidad de los datos y de ausencia de daño al el interés legítimo del titular, ahora existe el reconocimiento expreso de que los datos personales de interés público pueden ser divulgados por la Administración, a quien corresponde ponderar ambos derechos.

219 “154. El presente Reglamento permite que, al aplicarlo, se tenga en cuenta el principio de acceso del público a los documentos oficiales. El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público. Los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento”.

220 “Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento”.

221 RAMOS, L. R. Tratamiento y acceso del público a documentos oficiales. In: PIÑAR MAÑAS, J. L. (org.). *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, 2016. pp. 601-620. p. 611.

Además, al afirmar, en sus considerandos, que “el acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público” el Reglamento parece alterar los términos de la ponderación, al establecer una especie de presunción de existencia de interés público en las informaciones solicitadas, lo que alivia al solicitante de la carga de demostrarlo de forma específica, alejándose así de la jurisprudencia comunitaria vista hasta aquí²²².

No obstante, como advierte la misma autora²²³, es necesario aguardar la interpretación del Reglamento por los Tribunales de Justicia, a fin de verificar si la calificación de las informaciones solicitadas como de interés público, en los términos del art. 86 y del considerando 154, se considerará suficiente para demostrar la necesidad de conocer los datos, exigida por el art. 8 (b) del Reglamento nº 45/2001. Tal entendimiento permitiría una conciliación más próxima al espíritu del Reglamento 1049/2001, y más adherente al principio, reconocido internacionalmente, de no exigir al solicitante la demostración de interés directo, ni la motivación de la solicitud de acceso. Se trata, sin embargo, de un cambio poco probable a corto plazo, dada la proclividad de las instituciones comunitarias, así como de muchos tribunales nacionales de los países miembros, en favor de la protección de datos.

6. CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En España, es posible percibir, tanto en sede administrativa como en sede jurisprudencial, una clara preeminencia del derecho a la protección de datos sobre el derecho de acceso a la información pública. Parte de la explicación reside en el hecho de que, mientras el derecho a la protección de datos se considera un derecho fundamental, derivado del art. (4) de la Constitución Española, y por ese motivo está regulado por una Ley Orgánica, la transparencia y el acceso a la información fueron considerados por el legislador como una emanación de los

222 “De esta manera, el Reglamento no solo establece la posibilidad de comunicación de documentos oficiales que contengan datos de carácter personal, sino también determina que en la necesaria ponderación que se lleve a cabo entre los derechos de acceso y protección de datos debe tenerse en cuenta que el acceso a la información se considera de interés público (y portanto legítimo). En consecuencia, será lícita la comunicación de datos que obren en documentos públicos – como parte de su tratamiento – a terceros cuando exista ese interés legítimo, que se presupone por lo anteriormente establecido y que llama a una ponderación directa entre la protección de ambos intereses: de un lado, el de solicitante de acceso en que le sea comunicada la información pública pedida, cuyo interés ya se presupone y, de otro, el de los afectados o titulares de los datos que figuren en la información solicitada, en que se protejan sus derechos y libertades a través de la protección de datos. (...) Esto es, parece que cuando se trate de documentos que contengan datos personales, cuya comunicación no suponga un perjuicio de derechos de los titulares de los mismos, siempre que no se trate de datos especialmente protegidos, puede primar el acceso a la información sobre la protección de dichos datos, incluso aunque no haya consentimiento por parte del titular de los datos” (p. 612-613).

223 AMOS, L. R. Tratamiento y acceso del público a documentos oficiales. op. cit. p. 612-614.

principios de buena administración pública y, en esa medida, reconocidos tan sólo como derechos subjetivos, regulados por la Ley Ordinaria²²⁴.

A pesar de ello, la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos nº 3/2018, en su art. 8 (1) admite, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, la posibilidad de transferencia de datos personales a terceros cuando así lo autoricen una disposición del Derecho de la Unión Europea o en una norma con rango de ley, que puede determinar la condiciones generales de tratamiento y los tipos de datos sujetos a él, así como las atribuciones que resultan del cumplimiento de esta obligación legal. Esta norma con rango de ley, en el caso español, es la Ley nº 19/2013, o Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG). Ella estableció la obligatoriedad de la ponderación de derechos, así como los criterios para determinar, en cada caso concreto, si se debe conceder el acceso a la información solicitada, o si, por el contrario, se debe desestimarla, primando por la protección de los datos personales en ella contenidas. Esta ponderación corresponde, en primer lugar, al órgano público poseedor de la información, aplicando los criterios definidos en el artículo 15 de dicha ley.

Según estos criterios, es posible distinguir tres situaciones: (a) solicitud de datos sensibles, especialmente protegidos; (b) la solicitud de datos meramente identificativos; y (3) solicitud de datos que no se encuadran en las dos categorías anteriores. Si la información solicitada contiene datos especialmente protegidos, el acceso sólo podrá autorizarse con el consentimiento expreso del titular, a menos que éste haya hecho manifiestamente públicos dichos datos antes de la solicitud. Por otro lado, los datos meramente identificativos relacionados con la organización y funcionamiento del Estado, tales como el nombre de los funcionarios públicos, pueden ser concedidos, si no hay ninguna razón particular de interés público que lo impida. Por último, cuando la información solicitada no contenga datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud de acceso deberá realizar una previa ponderación entre el interés público en la divulgación de informaciones y los derechos de las personas afectadas. Los límites al acceso a la información deben ser definidos con base en una prueba de daño

224 El derecho de acceso a la información encuentra amparo en el art. 105 de la Constitución española, el cual reza que: "La ley regulará (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Sin embargo, este dispositivo no se encuentra en el Título I ("De los derechos y deberes fundamentales"), sino en el Título IV, que trata del gobierno y de la administración. Por esta razón, las instituciones españolas se rehusan a reconocerlo como un derecho fundamental autónomo. La prueba de ello fue la opción por no reglamentarlo por ley orgánica y sí por ley ordinaria. De hecho, el art. 81 (1) Constitución establece que "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Ver PIÑAR MAÑAS, J. L. Transparencia y protección de datos: una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. In: PIÑAR MAÑAS, J. L. (org.) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*. Madrid: Reus, 2014. pp. 45-62.

(al interés que se pretende salvaguardar con el límite) y de interés público en la divulgación de la información, de forma proporcional y estrictamente necesaria a su objeto y finalidad. A fin de orientar ese trabajo de ponderación, el propio art. 15, inciso 3 ya especifica, en las letras a) a (a) a (d), los criterios que deberán tenerse en cuenta:

- a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
- c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.
- d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

Conviene resaltar, a propósito, que el art.17, inciso 3 de la LTBG dispensa al solicitante de motivar su solicitud y que la ausencia de motivación no puede, por sí misma, ser causa de denegación de la solicitud. Sin embargo, el mismo dispositivo aclara que el solicitante podrá exponer los fundamentos de su solicitud, y que éstos podrán ser tenidos en cuenta en la decisión final. Otro punto importante, que merece ser enfatizado, es lo dispuesto en el art. 15, inciso 5, que determina la aplicación de la normativa de protección de datos personales al tratamiento posterior de los datos obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso. Se trata de una forma de garantizar un equilibrio en la tensión, mencionada anteriormente, entre el principio de especificación de propósito en el tratamiento de datos personales, y el principio de transparencia.

Al igual que los criterios legales, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, junto con la Agencia Española de Protección de Datos, aprueban criterios interpretativos destinados a orientar la aplicación de los criterios legales a determinadas categorías de datos personales objetos de solicitud de acceso. A los efectos del presente artículo, son especialmente importantes los Criterios Interpretativos nº 1/2015 y 4/2015.

El primero se dedica a determinar si son accesibles al público información sobre datos personales de funcionarios públicos, en particular sus rendimientos y sus evaluaciones de desempeño funcional. Concluye que, en general, cuando el funcionario público ocupa una posición de alto nivel en la jerarquía de un órgano o entidad pública, o goza de un cargo de confianza especial, ocupado a través

de procedimientos discrecionales, el interés público en la información prevalece sobre los derechos a la privacidad ya la protección de datos personales. Esto porque, en esos casos, el conocimiento por los ciudadanos acerca de la remuneración de los funcionarios públicos que ocupan esos tipos de cargo está directamente vinculado a su derecho de conocer y evaluar el funcionamiento de las instituciones públicas y la manera en que se utilizan los recursos, y por lo tanto merece la primacía sobre el interés individual de los servidores de proteger la privacidad de sus datos personales. El mismo Criterio Interpretativo nº 1/2015 consideró de acceso público las informaciones relativas a la remuneración percibida en razón de la productividad o del desempeño²²⁵.

El Criterio Interpretativo nº 4/2015, por su parte, consideró que el Documento Nacional de Identificación (DNI) de ciudadanos es DNI es un dato de carácter personal y, por lo tanto, debe estar sujeto a la ponderación conforme a los criterios del art. 15 de la LTBG²²⁶.

En cuanto a las subvenciones y ayudas recibidas por los ciudadanos, estas están disponibles para consulta mediante mecanismos de transparencia activa, específicamente el Portal de la Transparencia de la Administración del Estado²²⁷. Se puede acceder al nombre del beneficiario, su DNI, los valores recibidos, y el respectivo programa de ayuda y el Ministerio al que se vincula, además de otras informaciones complementarias. En este punto, se observa una divergencia, con mayor amplitud de acceso a la información por parte del ordenamiento español, en relación con la jurisprudencia comunitaria establecida en el caso *Volker y Markus Schecke vs Land Hessen*, comentado arriba.

7. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo se ha comprobado que la técnica de ponderación, a raíz de las circunstancias del caso concreto, es la más ampliamente utilizada por las instituciones encargadas de decidir solicitudes de acceso a información que contiene datos personales de terceros. Esto ocurre no sólo porque

225 ESPAÑA. CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Criterio Interpretativo CI/001/2015, de 24 de junio de 2015*. Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc... y las retribuciones de sus empleados o funcionarios. Disponible en: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html. Acceso en: enero 2019.

226 ESPAÑA. CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Criterio Interpretativo CI/004/2015, de 23 de julio de 2015*. Publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita. Disponible en: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html. Acceso en: enero 2019.

227 http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/Contratos/Subvenciones.html.

las normas así lo determinan, sino sobre todo porque parece que no existe otro método jurídico más adecuado para equilibrar reivindicaciones que son igualmente legítimas.

En el contexto europeo y español analizado se observó un uso intensivo de esta técnica, que reveló un alto nivel de sensibilidad y protección de la privacidad y de la autodeterminación informativa. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se constató que la no aceptación de argumentos genéricos basados en la idea de transparencia exigía a los solicitantes una demostración concreta de que la información solicitada es realmente necesaria e idónea para el incremento de la transparencia y de la responsabilidad de las autoridades e instituciones públicas. Esta exigencia acarrió el sacrificio de un principio importante del derecho de acceso a la información pública: el de que el solicitante no está obligado a motivar su solicitud ni demostrar interés específico. Por otro lado, también se constató que las instituciones analizadas hacen concesiones a la transparencia, restringiendo el alcance del principio de especificación de propósito, que debe presidir la recolección y el tratamiento de los datos personales, permitiendo a los solicitantes divulgar la información obtenida, en el ejercicio de la libertad de expresión, siempre que no haya daño a los derechos legítimos de privacidad de los sujetos concernidos.

De hecho, es esencial aclarar la relación entre transparencia y protección de datos, enfatizando la importancia capital del primero para el desarrollo de una esfera pública vigorosa y de una sociedad abierta y democrática, de modo que el merecido respeto a la vida privada ya la protección de los datos personales no se utilizan como pretexto para frustrar este desarrollo. Por otro lado, hay que estar atento a la rápida evolución tecnológica que presenta nuevos desafíos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recolección, circulación y procesamiento de datos personales ha aumentado significativamente, permitiendo que empresas privadas y autoridades públicas usen datos de ciudadanos en una escala sin precedentes cuando realizan sus actividades. Se trata, pues, de no dar carácter absoluto a ninguno de esos dos derechos, sino armonizarlos, para que el Estado pueda ser transparente sin que los individuos lo sean.

REINICIO Y CONSOLIDACIÓN: DERECHOS POLÍTICOS EM 30 AÑOS DE CONSTITUCIÓN EM BRASIL

Mônica Teresa Costa Sousa²²⁸

1. INTRODUCCIÓN

En 30 años de Constitución Federal en Brasil, hay espacio para optimismo en lo que se refiere a las conquistas relacionadas con los derechos civiles y políticos. Por supuesto, seguimos enfrentando problemas típicos de una sociedad civil aún no muy organizada en el sentido de hacerse oír de forma sistemática o incluso de abolir prácticas abyectas como la compra de votos y el intercambio de favores en la esfera política, pero se puede decir que hay una consolidación de la ciudadanía en Brasil, asociada a los derechos políticos tras el régimen militar ya partir de la Constitución Federal de 1988 (CF / 88).

Libertad de pensamiento, libre organización sindical, ampliación del derecho al voto y libertad de prensa son garantías fundamentales a cualquier régimen que se diga democrático, y en Brasil no fue diferente. Por supuesto, hay obstáculos a la efectividad de garantías y derechos, en un momento u otro, pero el hecho es que se puede hablar de una consolidación de la ciudadanía en Brasil en los últimos 30 años.

De esta forma, la propuesta de este texto es enumerar, de manera clara, cómo se dio la evolución de los derechos civiles y políticos en Brasil a partir de octubre de 1988, cuando promulgada la Constitución, la cual no podría recibir mejor apodo que “la Constitución Ciudadana”, una vez que representó la superación de más de tres décadas en las que los ciudadanos fueron reducidos a la pasividad e al silencio. En este artículo, se parte de la inserción de derechos y garantías directamente relacionados con la participación política, y que desde luego no estaban previstas hasta entonces en la normativa brasileña, evidentemente en razón del régimen dictatorial y de supresión de derechos que se extendió por Brasil en el período anterior.

228 Mônica Teresa Costa Sousa é Professora Associada da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) nos cursos de graduação em Direito e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito e Instituições do Sistema e Justiça (PPGDir / UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult / UFMA). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC). Professora Visitante na Universidad de Valencia/Espanha (Bolsa CAPES PVEX 88881.170435 / 2018-01).

Es cierto que el fin del régimen militar y la promulgación de la CF/88 por sí mismas no resolvieron todos los problemas políticos de la compleja sociedad brasileña, persistiendo, como afirma José Murilo de Carvalho, fallas significativas en la efectividad de la participación política, libertades civiles, seguridad pública, educación y servicios sociales entre otros problemas. A pesar de ello, la Constitución inauguró un nuevo momento político, y proporcionó la base normativa para la reivindicación de políticas públicas para la efectivación de derechos.

En efecto, de otro modo no se podría imaginar, por ejemplo, que la sociedad civil pudiera organizarse de forma a proponer, por iniciativa propia, proyectos de ley que de hecho fueron considerados, discutidos y puestos en práctica, como la Ley de la Ficha Limpia (Ley 135/2010), o que la Justicia Electoral pudiera alcanzar un protagonismo tan significativo a punto de casar mandatos no por cuestiones ideológicas, sino por cuestiones legales y técnicas que fueron apreciadas con respeto al debido proceso legal.

Parece claro, por consiguiente, que actualmente la participación popular en la construcción de la democracia brasileña es mucho más importante y frecuente que lo que se tenía hace menos de medio siglo y que la principal tarea de la sociedad civil es justamente garantizar que haya una continuidad no solamente en la garantía de los derechos civiles y políticos, sino em su expansión.

2. REDEMOCRATIZACIÓN Y INSERCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Los derechos políticos se identifican de manera inmediata como la primera dimensión de los derechos humanos, tienen base liberal y racional y, en la definición de J.J. Gomes Canotilho²²⁹, encuentranse en relación directa con la autonomía y la defensa del individuo, ya que amplían la esfera de la libertad personal y limitan (pero no anulan) la interferencia del Estado en la conducción de cuestiones que se refieren a la esfera privada.

Importante destacar que el constitucionalismo fundado a partir de la nueva Constitución pasó a comprender los derechos civiles y políticos ya no como concesiones del Estado, sino como derechos originarios, lógicamente anteriores a los poderes instituidos y, en esa medida, condicionantes de la legalidad y legitimidad tanto de la actividad legislativa, como de la gubernamental y administrativa. Eso fue una consecuencia del sentimiento de apertura y libertad política que

²²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

resultado de la superación del Estado autoritario vigente hasta entonces.

En este sentido, Carlos Weis²³⁰:

Então, se as liberdades são inerentes aos seres humanos individualmente e elas possuem validade jurídica independentemente da positivação do Estado, é evidente que o papel deste, para a garantia da eficácia da norma, é a sua inação, ou melhor, a limitação de suas ações ao mínimo necessário, de modo a permitir a máxima expansão das ditas liberdades. Assim é que as liberdades existem, como condição racional para a existência do Estado, que só pode limitá-las no interesse de todos e mediante o consentimento geral, ainda assim no mínimo necessário.

De hecho, el régimen dictatorial de 1964 fue ejercido por medio de los infames “Actos Institucionales” que, aprobados sin legitimación popular, se sobrepusieron a las normas constitucionales formales, y en la práctica la revocaron, y tradujeron la cara más represora de ese momento político. En otras palabras, había la “constitución teórica”, que consagraba los derechos clásicos, y había la “constitución práctica”, que los negaba frontalmente.

Por lo tanto, más que expresar derechos civiles y políticos en norma puesta, la CF/88 innova por comprender y positivizar que hay espacios que no deben ser limitados por el Estado, sin que haya una fuerte motivación para tanto. En relación a los derechos políticos en la CF/88, hay que destacar el sistema electoral brasileño, puesto que hay una transferencia de prerrogativas, derechos y deberes a los individuos. Es esa participación en la conducción de la vida política que permite que la esfera pública conduzca, organice y controle el funcionamiento del Estado.

La estructuración de la vida política en el sentido de un mayor control ciudadano sobre los políticos e las autoridades públicas coincide con el surgimiento de las discusiones acerca del concepto de *accountability*, que puede ser comprendido como el deber de las instituciones y de los agentes públicos de rendir cuentas de sus acciones, así como la posibilidad de ser responsabilizados por sus decisiones, tanto en el plano político, ante los ciudadanos y la opinión pública (*accountability vertical*), como en el plano jurídico, por medio de la aplicación de sanciones por órganos de control (*accountability horizontal*).

En el clásico artículo publicado en 1990 y hasta hoy referencia cuando se trata de la concepción de *accountability*, Anna Maria Campos se acerca a una definición objetiva: la autora entiende que *accountability* es sinónimo de responsabilidad objetiva, de una persona o institución ante otro agente externo, y

230 WEISS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

que genera consecuencias en la forma de un poder/dever de atribuir castigos o recompensas.

Por lo tanto, accountability es el concepto que regula las relaciones en las cuales existe delegación de poder. La democracia representativa puede definirse como un sistema político en el que los ciudadanos deciden por medio de representantes electos los asuntos de la colectividad. En este sentido, cada elección es una rendición de cuentas, en la que el ciudadano (que delegó su poder político) es llamado a evaluar el gobierno (sus agentes delegados) y decidir si desea recompensarlo, reelegiendo o eligiendo a su sucesor, o castigarlo, votando en la oposición. Se afirma que se trata de un poder / deber del ciudadano porque la Constitución establece, en su art. 4º, §1º que el voto es obligatorio para todos los ciudadanos, con excepción de los analfabetos, los mayores de 70 años y los que tienen entre 16 y 18 años.

No se puede olvidar, sin embargo, que la viabilidad de prácticas eficientes de accountability es influenciada directamente por un factor esencial que es la organización de la sociedad civil para el ejercicio de control político sobre las acciones del gobierno²³¹.

Es importante resaltar también que la necesidad de mecanismos efectivos de accountability se volvió aún más urgente en la medida en que la libertad política recién adquirida rápidamente resultó en una verdadera explosión de demandas, hasta entonces reprimidas, por mayor justicia social y por políticas públicas de combate a la pobreza, a la desigualdad social y a la exclusión.

Tales demandas, sin embargo, no vinieron acompañadas de una evolución correspondiente en el nivel de organización de la sociedad civil. De hecho, la búsqueda de acceso adecuado a bienes públicos dependía de la red de relaciones personales con autoridades públicas (clientelismo) más que por medio de políticas institucionales y reglas isonómicas. Por otro lado, el patrimonialismo, es decir, el uso de los poderes públicos como si fueran una propiedad privada, ha sido siempre una característica marcante de la Administración Pública en Brasil. Desde Sergio Buarque de Holanda a Roberto DaMatta, muchos sociólogos trabajan con la significación del “hombre cordial” y de la pasividad como componentes de la cultura política brasileña y no sin harto material que comprueba sus teorías.

En cuanto a la accountability, esa pasividad/cordialidad que se transforma en la ineffectividad de los mecanismos de responsabilización, según Anna Maria

231 CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, fev/abr, 1990

Campos, de la siguiente manera²³²:

As primeiras observações diziam respeito ao próprio relacionamento entre a administração pública e seu público, à própria noção de *público*. Pelo lado dos funcionários, um desrespeito pela clientela (exceto os clientes conhecidos ou recomendados) e uma completa falta de zelo pelos dinheiros públicos (supostamente pertencentes a um dono tão rico quanto incapaz de cobrar). Pelo lado do público, uma atitude de aceitação passiva quanto ao favoritismo, ao nepotismo e todo tipo de privilégios; tolerância e passividade ante a corrupção, a dupla tributação (o imposto mais a propina) e o desperdício de recursos.

La pasividad de la sociedad civil brasileña en relación al comportamiento de la clase política debilitó el desarrollo de la joven democracia y dificultó el surgimiento de una esfera pública vigorosa y participativa que de hecho exigiera de los representantes elegidos una fidelidad al interés público y de los gobiernos una respuesta a los graves desequilibrios sociales. De ahí resulta que la construcción democrática en Brasil puede ser comprendida a partir de los esfuerzos de perfeccionamiento de los mecanismos de accountability, del control de actos de los agentes públicos, de la transparencia de la Administración Pública, de las sanciones a actos de corrupción.

Aunque sea posible percibir un ligero despertar de la sociedad civil desde la CF/88, en gran medida, la democracia brasileña reprodujo la tendencia observada en América Latina y que fue denominada por Guillermo O'Donnell como "democracia delegativa". Según el autor, aunque estas democracias cumplen los requisitos básicos de una "poliarquía" (elecciones libres, libertad de expresión y asociación, etc.), son democracias institucionalmente débiles, pues en ellas el vínculo entre los gobernantes y gobernados no es de representación, sino de delegación, donde los gobernantes reciben una especie de "cheque en blanco" de la población para gobernar como quieran.

As democracias delegativas se fundamentam em uma premissa básica: o [...] que ganha a eleição é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente é a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral – ele foi autorizado a governar como achar conveniente. [...]

Nessa visão, outras instituições – como o Congresso e o Judiciário – são incômodos que acompanham as vantagens internas e internacionais de ser um presidente democraticamente eleito. A idéia de obrigatoriedade de prestar contas (*accountabi-*

232 CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, fev/abr, 1990, p. 2

lity) a essas instituições, ou a outras organizações privadas ou semiprivadas, aparece como um impedimento desnecessário à plena autoridade que o presidente recebeu a delegação de exercer. [...] Depois da eleição, espera-se que os eleitores/delegantes retornem à condição de espectadores passivos, mas quem sabe animados, do que o presidente faz. [...]

Para essa visão [...], parece óbvio que só a cabeça realmente sabe. [...] Os técnicos, especialmente em política econômica, devem ser protegidos politicamente pelo presidente contra as múltiplas resistências da sociedade [...]. No meio tempo, é “óbvio” que essas resistências – provenientes do Congresso e dos partidos, ou de associações de representação de interesses, ou simplesmente da rua – têm de ser ignoradas. [...] [O] presidente se isola da maioria das instituições políticas e interesses organizados existentes, e se torna o único responsável pelos sucessos ou fracassos de “suas” políticas.²³³

En este contexto de precariedad de los mecanismos de representación, la elección acaba siendo un instrumento de control, en el mejor de los casos, retrospectivo, que tan sólo refleja el grado de satisfacción o insatisfacción de la población en relación al gobierno. Además, la deficiencia de las instituciones de accountability horizontal - Tribunales de Cuentas, Poder Judicial, órganos de auditoría - conduce a la impunidad de los agentes públicos y a la sensación de que los políticos y gobiernos están por encima de la ley. O'Donnell²³⁴ concluye que en las repúblicas latinoamericanas, aunque presente el componente democrático (es decir, mayoritario) de legitimación, falta el componente republicano que vincula el ejercicio de la autoridad al interés público.

La superación de esas dificultades exige maduración tanto de la cultura política de la sociedad, como de las instituciones. En el caso brasileño, esta evolución fue lenta y entrecortada por crisis económicas e inestabilidades políticas, incluyendo hiperinflación, crecimiento económico pífio, intervenciones del Fondo Monetario Internacional, además de dos procesos de impeachment. Sin embargo, después de 30 años de vigencia del actual marco constitucional, es posible apuntar conquistas, que serán objeto de consideración en los tópicos a seguir.

3. LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA BRASILEÑA

En la CF/88, merecen destaque las iniciativas de participación popular, viabilizadas desde la Asamblea Constituyente. Diez años después de la promulga-

233 O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? In: *Novos Estudos CEBRAP*. n.º 31, outubro de 1991. p. 25-40. p. 30-31.

234 O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998. p. 27-54. p. 30.

ción de la Constitución, con la Enmienda Constitucional 19/98, la participación popular fue alzada a la categoría de garantía constitucional. Conforme menciona José Murilo de Carvalho, la Constitución viabiliza la participación del individuo por medio de diversos instrumentos de democracia directa o semi-directa, por ejemplo el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular de ley, previstos en su artículo 14. Asimismo, hubo un esfuerzo legislativo en el sentido de viabilizar el monitoreo e incluso la gestión de actividades administrativas comprendidas como servicios públicos por medio de consultas, audiencias públicas y consejos de representantes de la sociedad civil²³⁵. Joyceane Bezerra de Menezes trae un interesante análisis sobre esta forma de participación popular²³⁶. Entiende la autora que:

[...] a questão que se interpõe está na efetividade prática e na qualidade da ação participativa a partir da previsão constitucional. É sabido que, no Brasil, por força da própria formação nacional, a compreensão da cidadania como virtude cívica, demarcada pelo senso de dever para com a comunidade, a compreensão de interesse público, o envolvimento com a vida pública é bastante deficitária.

La autora rescata a autores como Sergio Buarque de Holanda y Raymundo Faoro para recordar que en la sociedad brasileña de hecho no hay tradición de espíritu público, pero que a pesar de los hiatos de participación política, la democracia brasileña viene madurando.

Esta madurez se refleja, por ejemplo, en los proyectos de ley por iniciativa popular, previsto en el art. 61 da CF/88 (regulado por la Ley Nº 9.709/98) lo cual permite la sumisión a la Cámara de Diputados de proyectos de ley desde que firmados por al menos 1% del electorado nacional, repartido en al menos cinco estados, y con un mínimo de tres décimas por ciento de los votantes en cada uno de ellos.

Proyectos de ley de iniciativa popular no instituto exclusivo de Brasil (hay posibilidad de proyectos de ley de iniciativa popular en ámbito federal, estadual y municipal); los países como Suiza, Italia, Austria, España, Alemania, Estados Unidos, México, Uruguay, Argentina, Paraguay, Perú, Colombia, Venezuela, Nicaragua, Cuba y Costa Rica también permiten esa forma de participación²³⁷.

Así como todo y cualquier proyecto de ley, los de iniciativa popular siguen

235 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: um longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

236 MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A participação popular como fonte de legitimidade democrática da administração pública*. Disponível em: <http://ipea.gov.br/participacao/images/Menezes.pdf>. Acesso em jan 2019.

237 INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO. *Relatório Projetos de lei de iniciativa popular no Brasil*. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/relatorio-plips-l_final.pdf. Acesso em março 2019

el rito clásico previsto en el proceso legislativo, siguiendo el camino tradicional de iniciativa legislativa, discusión, votación, sanción/veto, promulgación y publicación. El número mínimo constitucional de firmas, el contenido también compatible con la constitución y el debido proceso legislativo forman el conjunto de requisitos jurídico para la validez del proyecto de ley de iniciativa popular.

Aunque hay críticas al número innecesario de firmantes para que se lleve adelante el proyecto, es importante recordar que, considerando las dimensiones geográficas y el gran número de electores en Brasil, no considerar esa representatividad numérica y geográfica sería temeraria. Para contornearla dificultad de la verificación de un número gigantesco de firmas, que debería ser hecha pela Cámara de Diputados, esta adoptó el siguiente procedimiento informal:

Por último, o regimento interno determina que a Mesa Diretora designará um deputado para exercer os poderes conferidos ao autor da proposta de lei. Esse deputado pode ser previamente indicado pelo primeiro signatário do projeto. Ademais, o deputado apontado não assume autoria do projeto de lei, mas apenas fica responsável por exercer os deveres procedimentais internos conferidos geralmente ao parlamentar autor de um projeto de lei.

Isso porque, nos casos da iniciativa popular, a autoria sempre deverá ser popular. No entanto, até hoje nenhum projeto de lei de iniciativa popular foi aprovado como tal, devido à impossibilidade de verificação das assinaturas.

Logisticamente, é muito difícil a validação manual de mais de um milhão de assinaturas. Na prática, o que ocorre é a “adoção” da iniciativa popular, por um deputado interessado que apresenta o projeto de lei como sendo próprio, dispensando a verificação de todas as assinaturas²³⁸.

En cuanto a los proyectos de ley de iniciativa popular en el ámbito federal, hay cuatro casos que reflejan esa posibilidad de participación del individuo en la construcción del marco normativo nacional, tales como: i) Ley 8930/1994, que pasa a encuadrar el crimen de homicidio calificado como crimen hediondo; ii) ley 9840/1999, que tiene como objetivo combatir y sancionar las prácticas de corrupción en el proceso electoral, modificando las Leyes 9504/97 y 4747/1965, calificando el crimen de la compra de votos; iii) Ley 11124/2005, que crea el Fondo Nacional de Vivienda de Interés Social, que puede ser utilizado por la Unión, por los Estados y Municipios para la construcción de viviendas a la población de bajos ingresos; iv) Ley Complementaria 135/2010, conocida como Ley de la Ficha Limpia, que merece, por su relevancia para el proceso electoral brasileño, un análisis un poco más detallado.

238 INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO. *Relatório Projetos de lei de iniciativa popular no Brasil*. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/relatorio-plips-l_final.pdf. Acesso em março 2019, p. 22-23

La Ley de la Ficha Limpia llama la atención en la consolidación del proceso democrático brasileño por hacer eco a las cuestiones relacionadas con la accountability, ya evaluadas en el tema anterior. Esta ley hace inelegibles cualquier candidato que haya sido condenado, en decisión transitada en juzgado o dictada por órgano judicial colegiado, por crímenes contra la administración pública y el patrimonio público; contra el medio ambiente; crímenes electorales; de abuso de autoridad; de blanqueo de capitales; de tráfico de drogas; racismo; tortura; terrorismo; crímenes considerados por ley como hediondos; crímenes sexuales; los que tengan sus cuentas relativas al ejercicio de cargos o funciones públicas rechazadas por irregularidad insanable que configure acto doloso de improbidad administrativa; entre otras situaciones.

La ley aún extingue una práctica hasta entonces común de políticos brasileños, de renunciar al mandato al sufrir procesos de casación. La renuncia pretendía provocar la extinción del proceso por pérdida de objeto, permitiendo al político postularse y elegirse nuevamente. La Ley de la Ficha Limpia extiende sus efectos a esas situaciones declarando inelegible al político que recurra a esa artimaña. Las inelegibilidades duran 8 años.

La Ley de la Ficha Limpia en el proceso democrático y en la formación del Poder Legislativo brasileño tuvo el siguiente impacto:

Nas eleições de 2012, 2014 e 2016, mais de 1.300 pessoas foram impedidas de obter registro de candidatura. Isso sem contar com aqueles que nem tentaram se candidatar por saberem que não seriam admitidos. A Procuradoria Geral da República considera que mais de 300 mil brasileiros foram afetados pela Lei da Ficha Limpa, estando impedidos de se candidatarem²³⁹.

A pesar de la repercusión positiva de la Ley de la Ficha Limpia, sería ingenuo suponer que el instituto de la ley de iniciativa popular es exitoso en su totalidad. De hecho, muchos son los proyectos que no obstante el expresivo consenso de que disfrutan junto a la opinión pública, lo logran tramitar en virtud de las dificultades en reunir los requisitos formales.

Así que tramita en el Congreso Nacional el Proyecto de Enmienda Constitucional (PEC 2/2011) para cambiar dichos requisitos, para incentivar la participación popular en el proceso legislativo. En el marco de la participación popular, tiene como objetivo hacer más factible la recolección de firmas necesarias para la presentación de proyecto de ley en la Cámara de Diputados, pasando a un

239 INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO. *Relatório Projetos de lei de iniciativa popular no Brasil*. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/relatorio-plips-l_final.pdf. Acesso em março 2019, p. 35

mínimo del 0,5% de suscripciones de todo electorado nacional (actualmente el mínimo es del 1%). Además, la PEC prevé también la disminución del 0,3% de suscripciones de los electores en cada Estado al 0,1%, desde que distribuidos en al menos un tercio de los estados brasileños (hoy el mínimo es de cinco Estados)²⁴⁰.

Es cierto que hay problemas para la efectivación de la participación popular por medio de la iniciativa de proyectos de ley, haya vista el rigor de los requisitos formales y cierto desinterés de la sociedad brasileña en relación a la cosa pública de manera general, pero es importante destacar que gracias a las posibilidades en la CF/88 la democracia brasileña viene consolidándose y ampliando, en la medida de lo posible, la ciudadanía participativa.

4. TRANSPARENCIA PÚBLICA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Otro tema que, en el tema de los derechos políticos, ha experimentado una notable evolución en las últimas décadas, se refiere a la transparencia administrativa y el acceso a la información pública.

En realidad, el derecho de acceso a informaciones públicas siempre ha tenido respaldo constitucional expreso, en diversos dispositivos. El más específico de ellos es el art. 5º, XXXIII:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Además, la Constitución Federal aún consagra, en su art. 37 la publicidad como principio de la Administración Pública, así como en su párrafo 3º el derecho de participación del usuario en la administración, incluso por medio del acceso a informaciones acerca de los actos del gobierno.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência [...]

[...]

§ 3º – A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo

240 HECK, Luísa Gabriela. A iniciativa popular e sua aplicação no contexto brasileiro. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*, v. 2, n 1, jan-jun 2016, p. 32

Por lo tanto, el orden constitucional brasileño establece el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, así como reconoce la transparencia pública como la regla y el sigilo como excepción. Sin embargo, ambos dispositivos citados condicionan su eficacia a la edición de ley ordinaria que establezca de forma clara las condiciones y el alcance de ese derecho, así como las obligaciones del poder público en la gestión de la información, en la promoción de la transparencia pública y en la atención a solicitudes.

En el plano legislativo, el antecedente más importante en el tema de la transparencia y el acceso a la información pública es la Ley Complementaria 101, de 4 de mayo de 2000, que establece normas de finanzas públicas con el objetivo de promover la responsabilidad en la gestión fiscal, y que se hizo conocida como Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF).

En su Capítulo IX, Sección I, titulado “De la Transparencia de la Gestión Fiscal”, establece, por primera vez en el ordenamiento jurídico brasileño, una obligación positiva de producir y dar amplia divulgación a informaciones de interés público, relacionadas con la ejecución de los presupuestos, en todos los niveles de gobierno - federal, estadual y municipal - y en todos los poderes - ejecutivo, legislativo y judicial, incluyendo el Ministerio Público y Tribunales de Cuentas.

Como consecuencia de la LRF, la transparencia del gasto público se ha convertido en una tendencia en los años siguientes. En 2004, el gobierno federal lanzó el “Portal de la Transparencia”, permitiendo a cualquier ciudadano, independientemente de registro o contraseña, la consulta de informaciones sobre gastos del Poder Ejecutivo de la Unión incluyendo los recursos transferidos a entidades de derecho privado.

La iniciativa del Portal de la Transparencia (<http://www.portaldatransparencia.gov.br>) fue premiada en 2008 por la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y Delitos (UNODC), después de haber sido presentado como ejemplo de Buena Práctica de Gobernanza durante la II Conferencia de los Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Actualmente, el Portal permite consultar, entre otras, las siguientes informaciones:

- (1) información sobre las transferencias de fondos a estados, municipios, entidades privadas sin fines de lucro o directamente a las personas físicas, recursos que son la fuente de financiación para los programas de educación, salud y ayuda;
- (2) informaciones sobre gastos del Gobierno Federal con contratación de

obras, servicios y compras, cuyos valores pueden ser consultados por órgano, por acción gubernamental o por empresa favorecida. También detalla las diarias pagas, permitiendo la búsqueda por servidor beneficiado, y los gastos hechos por medio de las tarjetas de crédito del Gobierno Federal;

(3) informaciones diarias sobre la ejecución presupuestaria y financiera, por medio de consulta a la documentación respectiva que especifica el valor pagado, el objeto adquirido y la empresa contratada;

(4) informaciones sobre ingresos previstos y realizados por el Gobierno Federal, organizadas por Órgano y por categoría de los ingresos, actualizadas diariamente;

(5) Información sobre cargo, función y situación funcional de los servidores y agentes públicos del Poder Ejecutivo Federal, incluyendo la remuneración bruta percibida por cada uno de ellos, así como los descuentos obligatorios (impuesto de renta y contribución para la seguridad social);

(6) Relación de beneficiarios de subvenciones sociales, que especifica el nombre, el valor de la subvención, el Ministerio y el programa al que se vincula, y el período de recepción.

No obstante el avance representado por los referidos diplomas legales, el ordenamiento jurídico brasileño carecía de una ley general de acceso a la información, a fin de introducir la cultura de la transparencia en la Administración Pública y en la propia sociedad civil. Esta laguna sólo se llenó con la aprobación de la Ley n° 12.527, de 18 de noviembre de 2011, llamada Ley de Acceso a la Información (LAI). Brasil fue el 89° país del mundo y el 19° en América Latina a tener una legislación específica para regular el derecho de acceso a la información pública.

LAI acoge los estándares internacionales en materia de transparencia pública, tales como:

(1) garantía a cualquier persona (no limitada a los ciudadanos brasileños) el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas o cualquier entidad que actúe en nombre del gobierno, o que gestionen o aplican recursos públicos;

(2) normas sobre la divulgación de rutina o proactiva de información (transparencia activa);

(3) procedimientos de formulación de solicitudes de información, con ga-

rantía de agilidad y gratuidad, incluyendo la obligación del órgano destinatario de atender las solicitudes en un plazo de 20 días;

(4) obligación de la Administración Pública de dar respuesta formal y motivada, en caso de denegación, y la disponibilidad de recursos administrativos para el ciudadano impugnar dicha negativa; excepciones de confidencialidad;

(6) régimen de responsabilidad y de sanciones para denegaciones injustificadas de solicitudes de información;

y (7) políticas de educación y promoción de la cultura de transparencia, es decir, medidas destinadas a dar conocimiento de la ley a los agentes públicos y a la sociedad.

La transparencia de los actos de las autoridades públicas y el derecho de acceder a informaciones sobre su actuación constituyen están entre las más insistentes exigencias de la democracia, teniendo una relación directa con la libertad de expresión, con el ejercicio de la ciudadanía y con la *accountability* de los poderes constituidos. En efecto, el uso competente de los derechos políticos exige conocimiento sobre el ejercicio del gobierno y de la administración para que el ciudadano pueda evaluar su desempeño y así tomar decisiones sobre los rumbos de la política²⁴¹.

5. CONCLUSIÓN

Es innegable el avance de los derechos civiles y políticos principalmente a partir de su inserción como derechos y garantías fundamentales en la Constitución de 1988, lo que también hace que el Poder Judicial se haya vuelto más actuante y muchas veces protagonista en lo que se refiere a la aplicación de estos derechos. Cuestiones como la libertad de expresión, derecho a la vida, libertad y propiedad siguieron otros caminos después de la Constitución. Aunque hay problemas en la efectividad de esos derechos, el espacio de actuación del individuo y de la sociedad es mucho mayor que hace 30 años.

En relación con los derechos políticos, se han restablecido las elecciones directas y el derecho de voto se extendió a los mayores de 16 años así como en relación a los partidos políticos se tiene un cuadro de mayor autonomía además de la institucionalización del pluripartidismo.

En estos 30 años muchas fueron las oportunidades de manifestación de

241 BENTO, Leonardo Valles. *Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015

la voluntad popular desde el punto de vista político. Además de las elecciones tradicionales, recordamos el referéndum de 1993, en que al pueblo brasileño fue facultada la elección de la forma y sistema de gobierno, permaneciendo lo que se tenía y lo que se tiene hasta hoy, la república presidencialista. Fue en la década de 1990 que las urnas electrónicas fueron presentadas y hasta hoy se utilizan en las elecciones, siendo Brasil el único país del mundo en que el proceso es totalmente electrónico

Otra cuestión importante en relación con la evolución del proceso y de los derechos políticos es que, en su origen la CF / 88 no permitía la reelección, y por Enmienda esa posibilidad ahora existe. La reelección es objeto de críticas porque se argumenta que el candidato en el poder hace uso de los instrumentos del estado en su favorecimiento, pero al mismo tiempo es elogiada porque algunos proyectos políticos no se consolidan en 4 años.

Otro hecho importante en la consolidación de los derechos políticos es la posibilidad de leyes de iniciativa popular, siendo la más conocida aquella que trata de los derechos políticos, tal sea la Ley de la Ficha Limpia, que no permite la elección de candidatos que hayan causado daño a la administración pública, por ejemplo. Garantizar la participación popular a partir de este tipo de iniciativa refuerza la evolución de los derechos políticos en Brasil, aunque se enfrentan muchas dificultades para que la propuesta llegue al Legislativo.

La capacidad de movilización y organización de la sociedad brasileña todavía es pequeña, ya que en muchas cosas no se ve grandes manifestaciones, pero en los últimos tiempos parece que esta capacidad ha sido rescatada, como por ejemplo en las manifestaciones de junio de 2013, al principio motivadas por el aumento de las tarifas de autobuses en São Paulo, pero que se extendieron por todo el país y motivaron por ejemplo el final de la PEC 37 (propuesta de enmienda constitucional) que reducía el poder de investigación del Ministerio Público.

En general, el balance es positivo, pues los derechos políticos están garantizados, no se han suprimido y se prueban continuamente, como ahora se discute la candidatura sin afiliación paritaria, pero todavía no hay posición del poder judicial sobre este asunto.

En cuanto a la evolución de los derechos civiles en Brasil tal vez de los más complejos y comentados sea el derecho a la libertad de expresión; vivíamos la censura e imposibilidad de manifestación del pensamiento, lo que no se ve hoy en Brasil. Lo que se discute es justamente hasta qué punto puede ir la libertad de expresión sin que se dé espacio para la violencia y el discurso de odio No hay

opinión única acerca de esta cuestión en Brasil, al menos desde el Poder Judicial, que emite decisiones contradictorias sobre el asunto

En esta evolución también es importante recordar que fue bajo la vigencia de la CF / 88 que Brasil incorporó la Convención Interamericana de Derechos Humanos elaborada en la década de 1960 y ratificada por el estado brasileño en 1992. La Convención es un importante documento para la garantía de los derechos civiles y políticos y causó un cambio en el ordenamiento jurídico brasileño, porque con el Pacto de San José el Poder Judicial brasileño se vio obligado a no más arrestar al depositario infiel, lo que se prevé en la constitución

Por lo que a pesar de las dificultades de efectividad, los derechos civiles y políticos en Brasil se extendieron con la CF / 88, y lo que se espera es que no haya retroceso en ese sentido

CONCISO BALANÇO SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL²⁴²

Lilian Balmant Emerique²⁴³

1. INTRODUÇÃO

Os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) são tratados na Constituição da República Federativa do Brasil – 1988 (CRFB/88) no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo II - Dos Direitos Sociais (art. 6º ao 11º) e os seus conteúdos são desenvolvidos no Título VIII dedicado à ordem social. A doutrina jurídico-constitucional tem explorado os desdobramentos dessas normas na estruturação do Estado Democrático de Direito, porém percebe-se que o debate sobre a relevância e o papel dos ditos direitos na construção da cidadania e da democracia brasileira ainda padece de mais desenvolvimento.

Os chamados direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) fazem parte do grupo de direitos fundamentais expressos na constituição. Em função disto, demandam ser acobertados pelas prerrogativas inerentes à condição ou ao *status* decorrente de sua natureza de ordem fundamental. Contudo, não são poucas às vezes, em que tais direitos são tratados com descaso e/ou todo tipo de entraves são postos para comprometer sua eficácia e aplicabilidade, mesmo sendo direitos constitucionais incluídos no catálogo dos direitos fundamentais.

Os DESC começam a ser constitucionalizados a partir do início do século passado, em face da agenda trazida pelo socialismo ao levantar a questão de que as liberdades tão caras ao liberalismo, não foram capazes de impedir o avanço das desigualdades sociais, sobretudo aquelas de cunho econômico. Para conter os prejuízos advindos de uma sociedade marcada pelo desnível socioeconômico acentuado, as constituições inseriram em seus textos vários dispositivos com vista a atender as demandas sociais na promoção de uma sociedade mais igualitária,

242 Apoio à investigação: a) FAPERJ Edital de Apoio à Pesquisa em Humanidades Processo n.º E-26/210.112/2016 e CNPq; b) CNPq Edital Universal n.º 26/2018 Processo n.º 408728/2018-3; c) CAPES PRINT UFRJ – Processo n.º 8888.364723/2019-00.

243 Lilian Balmant Emerique é Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-doutorado em Direito na Universidade de Valência (Espanha). Pós-doutorado em Direito na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito PUC-SP. Mestrado em Direito PUC-Rio e Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais na Universidade Nova de Lisboa.

em que a justiça social fosse um objetivo a ser perseguido.

A conceituação dos DESC é complicada devido ao grande leque de categorias e a diversidade de conteúdos neles expressos. Na doutrina encontram-se alguns esforços para conceituá-los. Para José Afonso da Silva (2002, p. 289), direitos sociais “... são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.” Os seus escritos ainda fazem menção à ligação desses direitos ao direito de igualdade, além de servirem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, pois criam condições materiais mais propiciadoras da igualdade real e compatíveis com o exercício efetivo da liberdade. Por derradeiro, coloca que estes direitos disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto²⁴⁴.

No campo constitucional surgem determinados questionamentos sobre o alcance dos dispositivos normativos na concretização dos direitos sociais; a relevância do seu arrolamento como direitos fundamentais e a sua influência sobre a credibilidade constitucional; a possibilidade de emanar direito subjetivo destas normas; o controle jurisdicional de políticas públicas consubstanciadoras dos direitos sociais e tantas outras discussões cultivadas no meio jurídico a alimentar controvérsias e posicionamentos diversificados na sua apreciação. Todos os questionamentos são de especial importância quando transpostos para regiões mais carentes de políticas públicas concretizadoras dos DESC.

A discussão em torno dos direitos sociais tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recurso e traz à tona a indagação se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, podem ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não? Esta indagação não comporta uma resposta única e o debate perdura ainda ao sabor das visões sobre o papel Estado e do Direito na sociedade.

Todavia, o pressuposto elementar da abordagem aqui desenvolvida consiste na afirmação dos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais totalmente amparados pelo regime jurídico próprio dos direitos fundamentais expresso na constituição, como por exemplo: aplicabilidade imediata (art. 5º § 1º); inserção de novos direitos mediante disposição contida na cláusula de abertura ou da não tipicidade constitucional (art. 5º § 2º); proposições provenientes

244 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 289.

de tratados internacionais pactuados pelo Brasil com equivalência as emendas constitucionais, caso submetidos ao procedimento previsto no art. 5º § 3º da CRFB/88.

O propósito deste estudo é fazer um balanço sucinto e panorâmico sobre a eficácia dos direitos sociais na Constituição brasileira, utilizando como metodologia analítico-descritiva a reflexão sobre os principais processos transcorridos desde 1988 conduzidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, sem ter a pretensão de esgotar o assunto e/ou promover o aprofundamento teórico e operacional das questões relacionadas ao debate em torno da eficácia dos direitos sociais, uma vez que nosso propósito ao final consiste em trazer algumas proposições para alterações no quadro descrito capazes de fomentar a eficácia dos direitos sociais.

O estudo tem por objetivo desenvolver uma análise crítica e proativa sobre a eficácia dos direitos sociais com vistas ao aprimoramento da democracia pelo exercício mais pleno da cidadania, especialmente voltada para o desenvolvimento do Estado brasileiro, solapado por vários problemas ocasionados pela marginalização e exclusão social e carente de apreciações científicas no campo do Direito com aptidão para cooperar para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

2. DIREITOS SOCIAIS E OS DESAFIOS INTERNACIONAIS: GLOBALIZAÇÃO E AVANÇO DO NEOLIBERALISMO

É sabido que em algumas áreas o direito apresenta maior dificuldade de oferecer respostas adequadas para a sociedade e, em certa medida, contribuir para uma crítica ou busca de mecanismos de desconstrução de discursos marcados por um formalismo enraizado e/ou uma ótica parcial da realidade, desconectada de uma dimensão integradora e plural de saberes sociais. O Direito tem enfrentado obstáculos para dirimir os problemas provenientes das transformações econômicas internacionais. Dessa forma, fica claro, a evolução desordenada e desarticulada das matérias normativas, atividades e comportamentos regulados por textos de lei, culminam na ruptura da organização, da unidade lógico-formal, da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e da perda da capacidade de predeterminação das decisões concretas por vias do direito positivo.

Na década de noventa quando o processo de globalização deixava suas marcas ainda de pouco tempo na América Latina, José Eduardo Faria²⁴⁵ já alertava que, o direito positivo ao preocupar-se demasiadamente com a sua integridade lógica

245 FARIA, José Eduardo. *O direito na era globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 116-117..

e com a racionalidade formal, tornava-se incapaz de acompanhar a dinâmica dos fatos numa era em que, as transformações já ocorriam em frações de segundo e seria desprezado socialmente. A saída proposta por Faria, na altura consistia, no fortalecimento dos direitos sociais.

A renovação e o fortalecimento da iniciativa do Estado em relação aos direitos sociais a fim de minimizar ou dispersar os riscos gerados pela marginalidade econômica e pela exclusão social é uma diretriz a ser seguida, entretanto, implica mudanças na estrutura, no procedimento e no conteúdo normativo. A justificativa para o fortalecimento dos direitos sociais incide numa forma de tentar estancar os problemas decorrentes da existência de vários conflitos coletivos inéditos, como consequência da exclusão social gerada pela transnacionalização econômica, logo, a saída consiste em desenvolver mecanismos jurídico-institucionais para tentar amortecer ou desarmar essas situações socialmente problemáticas²⁴⁶.

Uma vez positivados, os direitos sociais exigem, inversão no raciocínio jurídico, pois, estes têm propósitos redistributivos, compensatórios, niveladores e integracionistas. Ao se ressaltar a importância da redistribuição compulsória dos recursos comuns da sociedade, como fator de redução das desigualdades, tem-se a substituição dos interesses particulares e dos interesses gerais, defendidos pelo ideário liberal, pelo reconhecimento do interesse coletivo na concretização da justiça.

As ambiguidades em torno do processo de globalização também são demarcadas nas primeiras décadas dos estudos no Brasil, principalmente em relação a sua interpretação no próprio contexto interno de percepção das suas influências no Direito, especialmente quando o ponto analisado transita na esfera dos direitos humanos. Como bem salientou Pedro Dallari²⁴⁷ e, na época, sinalizou as tendências futuras do Direito:

(...) não necessariamente a padronização normativa se apresenta como um avanço na perspectiva de promoção dos direitos fundamentais dos seres humanos. Ao fomentar a disseminação de “standards” no plano dos direitos humanos e, também, no direito ambiental, a globalização tende a ser um fenômeno positivo. Já ao patrocinar regras que absolutizam o mercado como gestor da atividade econômica, a globalização tem implicado a desestruturação ou a inviabilização da estruturação de sistemas jurídicos de amparo social. Os próximos anos serão palco, portanto, da convivência de duas tendências simultaneamente antagônicas e complementares: a

246 FARIA, José Eduardo. *O direito na era globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 272.

247 DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. “Direito e globalização”. In: DOWBOR, Ladislau; IANIL, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (orgs.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 252-255.

uniformização do direito no plano global e a diferenciação do direito em função das particularidades do Estado ou de ente dotado de poder que o substitua. Mais relevante do que advogar a excelência de uma ou outra tendência, é verificar em que medida as regras de conduta resultantes de cada um serão capazes de criar melhores condições para preservação e dignificação da vida humana na Terra.

Se este era o perfil das perplexidades que na época surgiam no campo do Direito, ainda era recente vislumbrar os caminhos provocados pelo avanço da globalização combinado com o neoliberalismo e suas afetações diretas aos direitos sociais frente às crises econômicas e agravamento das desigualdades sociais e exclusão, poucas vezes sucedidas por curtos períodos de maior estabilidade com políticas mais redistributivas e inclusivas, ainda que em menor escala do que o necessário, para dirimir os graves problemas sociais latino-americanos.

O quadro se agrava quando confrontado com o aprofundamento do neoliberalismo culminando no que Dardot e Laval²⁴⁸ entendem como *razão neoliberal*, com as seguintes características: a) O mercado não é um dado natural da sociedade, antes requer intervenção ativa do Estado e instauração de um sistema de direito específico; b) O mercado não é baseado na troca, mas na concorrência, definida como relação de desigualdade entre diferentes unidades de produção ou “empresas”. A missão do Estado consiste em instaurar ordem quadro pelo princípio da concorrência, zelar e supervisionar pelo seu respeito por todos os agentes econômicos; c) O Estado não é só vigilante e guardião desse quadro, ele também se submete à norma da concorrência. O que resulta na primazia do direito privado e no esvaziamento do direito público (desativação de sua validade operatória); d) A empresa é promovida a modelo de subjetivação, na qual o sujeito da nova razão neoliberal é o *indivíduo-empresa* que deve se gerir e um capital que deve se fazer frutificar.

O panorama apresentado é propício para provocar a erosão dos direitos sociais. Os câmbios acelerados nas últimas décadas colocam-nos diante de um cenário ao qual o direito, face às sucessivas crises econômicas não dá conta de oferecer respostas satisfatórias, acha-se rendido aos problemas da austeridade.²⁴⁹

A austeridade promovida na política econômica contemporânea compõe a ascensão de um capitalismo radical de raiz neoliberal, que se amparou de ca-

248 DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 378-379.

249 Sobre austeridade conferir: EMERIQUE, Lilian Balmant e DANTAS, Fernanda Lage. *O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza*. In: DA SILVA, SAYONARA Grillo Coutinho Leonardo; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago. **Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 32-42.

pitais e de *modus operandi* de países considerados emergentes, para tentar agenciar o desmantelamento do Estado social na Europa e, após, nos demais países, igualando rendimentos, condições de trabalho e estilos de vida (com os menos privilegiados).

Certos dados participam do conjunto de medidas de austeridade: a desregulamentação com avanço da precariedade no trabalho qualificado e não qualificado, a redução de garantias e salários pagos a contratados e a novos contratados e as mudanças na previdência social (por exemplo, o aumento da idade para aposentadoria), as privatizações das funções básicas do Estado, o engrandecimento do setor privado e a demonização do setor público. A aplicação de medidas impopulares e a limitação de direitos trabalhistas carecem de um Estado forte e autoritário. Assim, a austeridade realça a tendência da desdemocratização do capitalismo radical por meio da deseconomização da democracia, propiciando a concentração de renda e o acréscimo do abismo entre os mais pobres e os mais ricos (dentro e entre países, regiões e cidadãos).

A austeridade prega o sacrifício como caminho para superação da crise, mas distribui desigualmente os seus efeitos, exigindo mais daqueles que menos possuem e que ainda se sentem culpabilizados por representarem uma despesa pesada para o Estado, na medida em que auferem benefícios sociais ou previdenciários interpretados como os vilões entre os gastos públicos. Os descaminhos da austeridade propalados como a única saída para a crise, se refletem perversamente sobre a sociedade e, especialmente, para os mais vulneráveis, trazendo de volta o fantasma da pobreza, após o seu recuo efetivo nos anos anteriores com as políticas de melhoria de ingresso, que permitiram uma significativa redução dos índices de pobreza e de melhoria no IDH na América Latina e, particularmente, no Brasil.

Mais do que uma política, a austeridade representa uma ideologia econômica baseada na convicção de que um governo limitado e um mercado livre são preferíveis à intervenção estatal e levam a uma recuperação econômica num período de longo prazo.

O juízo em torno da austeridade não é novo e está arraigado na base do liberalismo econômico. Seu escopo é manter o Estado longe dos processos de mercado com a finalidade de que a concorrência econômica se restaure diante das crises, geralmente cíclicas no capitalismo. Portanto, aqueles que advogam a favor da austeridade a receitam como remédio para que a economia volte a crescer mediante medidas de redução dos salários, retração dos serviços públicos e corte nas políticas sociais, o que provoca ainda mais marginalidade social, endividamento

e empobrecimento das famílias.

A austeridade no contexto latino-americano subverte conquistas sociais recebidas como conquistas expressas nas Constituições quer sejam elas assinaladas como parte do constitucionalismo de transição (por exemplo: Constituição brasileira de 1988) ou efetivamente compondo o conjunto do chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (Venezuela 1999, Equador 2008, Bolívia 2009). Acompanha-se um processo de erosão dos direitos sociais com reformas originadas pelos parlamentos, em sua maioria articuladas à revelia dos principais destinatários das prestações sociais sujeitas à redução do seu contorno. As reformas são defendidas sob o signo da inevitabilidade das medidas, como recurso forçoso para retificar as deformidades do sistema e a impor-se como único meio para fugir ao colapso econômico total.

Evidente o impasse do constitucionalismo democrático frente ao renovado fôlego neoliberal na América-Latina pós-crise dos mercados norte-americanos e europeus e a crise instalada do capital global, cujos resultados podem ser observados no avanço do atraso dos direitos, especialmente dos direitos sociais e de inclusão e o retrocesso democrático, baseado nas amplas proposições do constitucionalismo democrático, experimentado nas duas últimas décadas com maior vigor no contexto Latino-Americano.

A argumentação favorável à austeridade defende que a interferência regulatória do Estado sobre os mercados pelo Direito deve ficar restringida a garantia institucional da liberdade de escolha (liberdade contratual) e tudo mais não deve estar garantido, pois qualquer regulação jurídica seria prejudicial para autorregulação dos mercados. Como consequência ocorre à reconfiguração dos sujeitos de direitos, tendo por titulares os empreendedores, os conquistadores, apenas enquanto assim o forem, numa leitura pautada no *Darwinismo* social.

No Brasil a retórica que afirma a austeridade como o meio exclusivo para restaurar a economia, melhorar as contas públicas e provocar o reparo da competitividade econômica pela redução salarial e dos gastos públicos (especialmente em direitos sociais), vem sendo afirmada desde 2014. Não obstante, a austeridade propugnada está amparada em argumentos controvertidos, sem acolhimento em estudos sérios reveladores dos impactos efetivos das medidas anunciadas. No plano internacional, muitas das propostas apresentaram efeitos contraproducentes, sem gerar crescimento ou equilíbrio fiscal.

O regime de austeridade retira da sociedade e do legislativo a possibilidade de estabelecer o tamanho do orçamento público e inflige uma política inflexível

de redução do gasto público. Portanto, trata-se de uma política sem legitimidade, incapaz de contar com aprovação nas urnas. Nessa lógica ganham os que não querem financiar o serviço público por meio da tributação e o grande capital que percebe o Estado como um concorrente, na medida em que este retém fatias de serviços passíveis de privatização (ex: saúde, educação, previdência privada etc).

A eficácia dos direitos sociais sofre interferências internamente devido aos percalços exógenos encontrados no cenário internacional perpetrado pela globalização, expansão do neoliberalismo, das crises econômicas e da austeridade como meio para tentar combatê-las, ainda existem os problemas endógenos, aos quais nos circunscreveremos ao exame do papel dos Poderes do Estado na trajetória de promoção da eficácia dos direitos sociais.

3. PANORAMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NO PODER EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

Os três Poderes deixaram suas marcas na concretização dos Direitos Sociais em dados momentos com medidas mais progressistas para alguns direitos e em outros, com um viés mais contido ou mesmo retroativo nos ganhos obtidos.

O rol dos direitos sociais expresso no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988, consolidado no Título II (dedicado aos direitos e garantias fundamentais) foi ampliado com a inclusão de mais três direitos: direito à moradia (Emenda Constitucional nº 26/2000), direito à alimentação (EC nº 65/2010) e direito ao transporte (EC nº 90/2015).²⁵⁰ Os progressos promovidos por meio de atuações do Poder Reformador, muito embora positivos foram construídos com caráter mais retórico, mas também acabaram por contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas em fases mais progressistas, que comportaram certos avanços inclusivos no Brasil por um curto período.

Não obstante este acréscimo de direitos no catálogo, certas emendas constitucionais também alteraram o horizonte de determinados direitos de forma a reduzir o alcance das prestações estatais, como, por exemplo, os direitos previdenciários alterados com a emenda n.º 20/1998 e com a emenda n.º 103/2019 e os direitos trabalhista que oscilaram entre emendas que promoveram igualdade de direitos trabalhistas para trabalhadores domésticos com demais trabalhadores urbanos e rurais (EC n.º 72/2013) e reformas da legislação trabalhista que modificaram fortemente o perfil da proteção ao trabalhador.

250 Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Também ocorreram certos avanços normativos, especialmente em matéria de políticas identitárias²⁵¹ voltadas para minorias e grupos vulneráveis e em torno de ações afirmativas, que marcaram positivamente processos inclusivos, notadamente para mulheres²⁵², negros²⁵³, crianças e adolescentes²⁵⁴, idosos²⁵⁵, pessoas com deficiência.²⁵⁶

Todavia, os ventos mais favoráveis aos direitos sociais muitas vezes sopraram contrários devido ao avanço do neoliberalismo e às crises econômicas contínuas, infligindo perdas principalmente em matéria trabalhista, previdenciária e de assistência social, justificadas como medidas de austeridades necessárias e únicas saídas para evitar um colapso futuro do sistema.

O Poder Legislativo mais refratário aos direitos sociais engendrou câmbios principalmente nos últimos anos e, particularmente, a Emenda Constitucional nº 95/2016 (estabeleceu o teto dos gastos) deu o tom da virada neoliberal e assinalou o começo do processo irreversível de derrocada do Estado Social brasileiro, intensificada com a reforma trabalhista e a reforma previdenciária, além de contínuas investidas contra políticas públicas de assistência social amparadas em lei.

O Poder Executivo também deixou seu espólio em relação aos direitos sociais, num primeiro momento, mostrou-se pouco afeito às transformações constitucionais relativas aos direitos sociais. Houve inicialmente uma adesão à agenda neoliberal e as políticas de combate à fuga de capitais com o socorro às institui-

251 Mark Lilla é um dos protagonistas no polêmico debate sobre o papel das políticas identitárias de proteção às minorias e grupos vulneráveis defendidas pelos liberais progressistas (defensores do livre mercado e do bem-estar social) como responsável por solapar a coesão social e abrir o caminho para ascensão do populismo estadunidense. Em que pese a advertência em relação ao distanciamento ou mesmo a desconexão do discurso identitário das bases comuns e medianas dos cidadãos americanos, discordamos desta linha, uma vez que o pano de fundo da ascensão do populismo e do fascismo não é composto apenas pelo conservadorismo contrário ao elemento identitário, sendo este apenas um dos recursos do discurso populista ou mesmo fascista para dar à política a marca das emoções e sentimentos que respaldem a visão dos inimigos do Estado. Conferir em: LILLA, Mark. *O progressista de ontem e o do amanhã: desafios da democracia liberal no mundo pós-políticas identitárias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

252 Lei Maria da Penha Lei nº 13.340/2006 (combate violência doméstica). Lei n.º 9.504/1997 (garante a reserva de, no mínimo, 30% de mulheres candidatas durante as eleições) e a Lei n.º 12.034/2009 (especificou que os partidos devem ter, no mínimo 30% e no máximo 70%, candidatos de cada sexo). Lei n.º 13.104/2015 (tipifica no Código Penal brasileiro o feminicídio).

253 Lei n.º 7.716/1989 (tipifica crime de racismo), Lei n.º 12.288/2010 Estatuto da igualdade racial. Lei nº 12.711/2012 cotas em universidades públicas e privadas para pessoas autodeclaradas pretas, pardas e indígenas e por pessoas com deficiência no ingresso em cursos de graduação, constituindo um sistema de cotas misto que contempla questões sociais, econômicas e raciais. Foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012 que detalhou os critérios de seleção a serem aplicados para os cotistas. Ambos instrumentos legais acabaram conhecidos como «Lei das Cotas». Lei nº 12.990/2014 (reserva, aos negros, 20% das vagas oferecidas em concursos públicos). Lei n.º 10.639/2003 institui o Dia da Consciência Negra em 20 de novembro.

254 Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da criança e do adolescente.

255 Lei n.º 10.741/2003 – Estatuto do idoso.

256 Pessoas com deficiência: Lei 8.112/90(art. 5º, §2º - reserva de 20% das vagas de concursos públicos para pessoas com deficiência), Decreto Legislativo n.º 186 de 2008, Decreto nº 6.949 de 2009. Decreto Legislativo n.º 261 de 2015, Decreto nº 9.522 de 2018.

ções financeiras e resgate aos bancos. Nesta etapa não existiu uma alteração em relação à condição das elites econômicas do país.

Num segundo momento, ocorreu um alinhamento mais benéfico aos direitos sociais com a implementação de várias políticas públicas inclusivas e o fortalecimento de ações afirmativas. Em linhas gerais podem ser mencionadas as melhorias na saúde (distribuição de medicamentos, programa de vacinas, campanhas educativas, médicos de família, assistência médica em regiões mais remotas do país, acesso às próteses, dentre outros), habitação (programas de aquisição de casa própria para camadas mais populares, aluguéis sociais para desalojados etc.), combate à fome (medidas para erradicar fome e pobreza extrema, criação do CONSEA, SISAN etc.), educação (especialmente políticas de expansão das universidades e de ingresso no nível superior).

Enfim, embora as políticas públicas distributivas tenham contribuído para reduzir a exclusão, diminuir a alarmante cifra da desigualdade social no Brasil e permitir o ingresso de um percentual expressivo da população na classe média, a inclusão se deu em termos de construção de uma cidadania consumerista, sem uma autêntica criação de sujeitos de direito. Por outro lado, as políticas públicas desenvolvidas nem sempre tiveram suporte estrutural assentado na base de direitos humanos, servindo como instrumento de moeda de troca eleitoral e assistencialismo estatal.

No processo de estruturação das políticas públicas de direitos sociais houve um acréscimo e melhoria nos canais de participação popular por meio de audiências públicas, orçamento participativo, conselhos e conferências. Estes instrumentos representaram um ganho efetivo, ainda que existam casos de cooptação das representações pelo Estado ou oscilações na qualidade da participação durante o período.

Por fim, o Poder Judiciário desde 1988 cada vez mais se viu frente à necessidade de decidir sobre questões envolvendo os direitos sociais, apenas a título de ilustração: direito à saúde (realização de transplantes e tratamentos, distribuição de medicamentos etc.) e direito à educação (principalmente matrícula na rede pública e na privada subsidiariamente). Devido à ausência de critérios legais claros, geralmente perduravam dúvidas na decisão permitindo que alguns recebessem atenção de maior monta em direitos caracterizados como universais do que aqueles que apenas recorressem aos serviços públicos para receber atendimento. Então, ficou evidente a necessidade de enfrentar o questionamento sobre qual o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas de direitos econômi-

cos, sociais e culturais.

Ao longo dos anos foram levantadas inúmeras indagações com alto nível de complexidade e merecedoras de atenção especial do Estado para garantir a máxima eficácia dos direitos sociais: Como promover a sua eficácia? A quem atender (universalidade \times seletividade)? Quando atender, no momento em que subsistência estiver em risco ou para prevenir danos maiores? O que fazer ou priorizar? Como contrabalançar objetivos distintos de políticas públicas voltadas para concretização dos direitos sociais cuja execução simultânea se torna problemática? Ainda supondo que um direito pudesse ser garantido plenamente, não iria isto muitas vezes de encontro à satisfação de outros? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?

Apesar do tempo transcorrido em debates acadêmicos e de operadores do Direito, todos os questionamentos apresentados ainda não encontraram uma ressonância devida no campo jurídico. Muitas vezes os órgãos julgadores sugeriram que estas demandas são exclusivas dos poderes Executivo e Legislativo, sem a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, porque este seria destituído de competência frente a pleitos indevidamente considerados fora do espectro de justiciabilidade e qualquer medida poderia afrontar o princípio da separação de Poderes.

O certo é que o exame jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais não é uma matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência e, inclusive, o problema tem contribuído para acentuar o coro das reclamações movidas pela sociedade e meios de comunicação sobre a atuação do Poder Judiciário, principalmente em relação à crise de legitimidade da sua atuação e na cobrança de respostas mais adequadas aos anseios e demandas sociais sob o seu exame.

Não bastasse a própria crítica à atuação do Poder Judiciário, ainda ocorre o problema relacionado à legitimidade do controle judicial das políticas públicas, especialmente nas matérias que envolvem a discricionariedade administrativa e os atos de governo. Um dos obstáculos para aceitação do controle é que a título de controlar a execução de uma política pública os juízes não só anulam os atos administrativos praticados, como também alteram o seu conteúdo, mediante uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza invalidatória exclusiva, passando a assumir uma função substitutiva. De certa forma, os limites da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas dependem da concepção que o próprio Judiciário adota

sobre a extensão de sua própria jurisdição, a partir da interpretação da Constituição como um todo.

A solução não é simples, pois as consequências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Judiciário produz resultados políticos, tais como: a) legitimidade, uma vez que legislador e administrador (Executivo) foram eleitos; b) Judiciário não possui aparato técnico para identificar prioridades na implementação de políticas sociais e econômicas; c) Judiciário deve rever atos dos outros poderes e não substituí-los; d) a substituição desgasta o Judiciário; e) decisões do Judiciário equivocadas estariam imunes a uma revisão pelos outros poderes; f) a invasão sobre demais Poderes resultaria na possibilidade de controle político do próprio Judiciário.

Muito embora todo tipo de ressalva possa ser feito quanto ao papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, é fato que este Poder alçou o debate mais aos limites da intervenção judicial e não apenas em relação ao seu cabimento, uma vez que análises empíricas revelam o aumento expressivo das demandas relacionadas aos direitos sociais submetidas ao Judiciário, sendo certo que, com o passar dos anos, o entendimento caminhou na direção de legitimação e aceitação do controle delineado com certas características:

a) Ultrapassou o dogma tradicional da discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas de direitos sociais.

b) Avançou na compreensão sobre políticas públicas constitucionais vinculantes insuscetíveis de escusas de concretização condicionadas à reserva do possível em face da escassez de recursos.

c) Reconheceu a necessidade de proteção ao mínimo existencial.

d) Revigorou a compreensão sobre separação de poderes, adotando uma postura ativista.

e) Assimilou como pano de fundo teórico para sua atuação o neoconstitucionalismo.

Aliás, em estudos empíricos passados, quando procedemos à análise nos acórdãos proferidos pelo STJ em matéria de controle judicial de políticas públicas entre os anos de 2011 e 2014, já naquele tempo chamou-nos a atenção o fato de que em nenhum dos julgados encontramos qualquer referência teórica que superasse a vertente neoconstitucionalista ou que utilizasse outros fundamentos teóricos complementares nas decisões, prevalecendo uma dimensão mais ativista

de atuação judicial e menos dialógica ou institucionalista quanto aos problemas originados no campo das políticas públicas e os poderes executivo e legislativo. Sem a pretensão de trazer uma resposta conclusiva sobre o motivo da preferência por tal arcabouço teórico sugerimos que esta opção pode ser consequência do alinhamento com os principais postulados neoconstitucionalistas auxiliado pela própria instrumentalidade operacional para efeito de decisão no uso de conceitos já naturalizados no meio jurídico e amplamente tratados na doutrina, o que traz uma comodidade satisfatória para o resultado da prestação jurisdicional, além de potencialmente aproximar o judiciário do cidadão reduzindo seu déficit de legitimidade pela ausência do crivo da soberania popular²⁵⁷.

A melhoria nas últimas décadas conquistadas na eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais no Brasil via controle judicial de políticas públicas fundadas sob as premissas neoconstitucionalistas, apesar de ser positivo deve ser comemorado com algumas ressalvas, uma vez que o neoconstitucionalismo como escolha firmada no tempo com algum grau de continuidade pode ser um sinalizador de uma leitura que, aos poucos, torna-se desatualizada face às renovações dos olhares da doutrina sobre este tema sempre tão tenso na relação entre os poderes e suas capacidades institucionais. A leitura positivista tradicional e a pós-positivista já não respondem com exclusividade sobre o tema do controle judicial de políticas públicas e o judiciário, nas suas cortes maiores, não pode se imiscuir de periodicamente revisar suas balizes orientadoras, especialmente em tempo de aceleradas mudanças experimentadas na sociedade, especialmente diante do avanço do neoliberalismo e toda a erosão que tem causado sobre os direitos sociais, ainda mais nefastas devido ao avanço do conservadorismo e dos extremismos políticos.

Assim, na ponta destes novos processos com matriz autoritária, os Tribunais sempre que suas decisões caracterizam um ativismo na promoção dos ameaçados direitos sociais são descritos na lógica neoliberal radical como máquinas de embaraço do progresso, reduto de conservadorismo definidos aos moldes dos empregados contra os desempregados; a previdência atual contra a previdência do futuro; os beneficiários das prestações sociais contra os contribuintes²⁵⁸. O Judiciário vai perdendo sua força contra majoritária e passa a assumir um caráter mais elitista, aliado das oligarquias e grupos mais conservadores e acaba por legi-

257 EMERIQUE, Lilian Balmant. *Percepções empíricas sobre o controle judicial de políticas públicas*. In: **Quaestio Juris**. Vol. 09, nº. 02. Rio de Janeiro, 2016. pp. 670-694 DOI: 10.12957/rqi.2016.18267.

258 EMERIQUE, Lilian Balmant; DANTAS, Fernanda Lage. *O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza*. In: DA SILVA, SAYONARA Grillo Coutinho Leonardo; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago. **Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 32-42.

timar, com maior frequência, as investidas predatórias contra os direitos sociais e as medidas de austeridade.

4. PERFILHAR CAMINHOS DE RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O balanço conciso sobre a eficácia dos direitos sociais passados mais de três décadas desde a promulgação da Constituição em 1988 não teve a ambição de refletir a complexidade e os pormenores dos processos analisados e esta mesma dificuldade de enquadramento ocorrerá em relação à procura de caminhos para reconstrução dos direitos sociais. Aliás, este problema frente aos inúmeros reptos que o tempo nos coloca é transversal ao Direito de um modo geral, tal como sinalizava Cecília Caballero Lois²⁵⁹:

Quando estamos diante do esgotamento de um modelo? Como é possível perceber mudanças paradigmáticas e, assim, não sermos atropelados pelo tempo? E quando se trata de processos em curso, onde variáveis políticas, jurídicas, econômicas, etc. se alternam entre si, como compreender estes movimentos? Mesmo para os melhores ou mais maduros dos leitores não se trata de missão fácil e os sinais nem sempre são decifráveis. Pelo contrário, desvendar o presente sem perder o elo com o passado e apontar alternativas para o futuro é tarefa para poucos.

Assim, cautelosos quanto às dificuldades para mapear e traçar novos rumos vamos nos ater a sinalizar caminhos para resistir aos desgastes e buscar maneiras de conter e reverter a erosão dos direitos sociais.

Primeiramente, marcamos como um farol a guiar o caminho a ser seguido, a tarefa que mais exige esforços para superar os problemas apontados acima, a saber: a criação de sujeitos de direito. Um dos obstáculos que perpassou toda a trajetória analisada foi transpor o problema de criar ou manter, em dados momentos, a condição de sujeito de direitos num país caracterizado pela acentuada desigualdade social e exclusão, que somente retrocedeu momentos muito curtos do período avaliado. É preciso ultrapassar a subcidadania, a naturalização da desigualdade²⁶⁰ e o descarte das pessoas privadas da sua dignidade, chamado por Casara²⁶¹ de “gestão dos indesejáveis.”

A pobreza resultante deste quadro constitui em si mesma uma violação dos

259 LOIS, Cecília Caballero. *Prefácio*. IN: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. *Constitucionalismo para além da Constituição: permeabilidade, diálogo e convergência*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

260 SOUZA, Jesse. *A construção social da subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

261 CASARA, Rubéns. *O Estado Pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2017.

direitos humanos²⁶² e deve ser percebida como a forma de escravidão contemporânea a demandar um sério esforço de construção de autênticos sujeitos de direitos com cidadania plena e capacidade para decidir o seu destino muito além da cidadania de consumidores ou do descarte da não inclusão consumerista, ou seja, é preciso transcender a lógica perversa que tornam os pobres meros beneficiários de políticas públicas concedidas como “esmolas” do Estado, em sujeitos de direitos operantes na construção da democracia, a fim de superar o *déficit* democrático no debate sobre a pobreza.²⁶³

Não obstante, o investimento na criação de sujeitos de direitos, também é de suma importância conter as elites políticas e econômicas predatórias que em muito contribuem para manutenção ou, até mesmo, o agravamento das desigualdades sociais, na medida em que se apropriam da máquina do Estado para ganhos privados²⁶⁴. As elites internas se aliam as externas e são facilmente cooperáveis aos interesses de grandes grupos econômicos internacionais e, deste modo, bloqueiam progressos democráticos constitucionais permitindo apenas mudanças pontuais e/ou de baixo impacto na resolução dos problemas anteriormente apontados²⁶⁵.

Se construir sujeitos de direitos e domar as elites predatórias é o pano de fundo de qualquer projeto que vise promover a eficácia dos direitos sociais, não podemos esquecer os possíveis remédios jurídicos para as crises que ultrapassem os pacotes de austeridade apregoados como únicas medidas cabíveis para debelar os problemas provocados pelo avanço do neoliberalismo. Neste ponto, seguimos

262 EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e direitos sociais: um contributo na luta contra a pobreza*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

263 A pobreza não se trata apenas de problema de ingresso econômico ou privações, há um consenso em torno da sua multidimensionalidade, já referida fartamente nos estudos e no debate das últimas décadas sobre pobreza. Neste período, muito se falou sobre pobreza. Entretanto, apesar do reconhecimento da sua multidimensionalidade, se priorizou o enfrentamento do tema pelo aspecto ético: o problema da liberdade e o desenvolvimento (Amartya Sen) e questão das capacidades (Martha Nussbaum); as obrigações e solidariedade no cenário internacional (Thomas Pogge); discussões sobre redistribuição e reconhecimento (Axel Honneth e Nancy Fraser); o fim da pobreza (Alfred Sachs); aporofobia, isto é, medo ou rechaço ao pobre (Adela Cortina). Igualmente, vários documentos internacionais foram construídos. Estes estabeleceram os Objetivos do Milênio (ODM – 2015); Metas para o Desenvolvimento Sustentável (2030), unindo esforços para buscar redução pela metade e, visando à erradicação da pobreza (2030). Também são conhecidos os documentos elaborados tratando dos princípios para combate à pobreza, os diversos relatórios internacionais, regionais, nacionais, gerais e focais. Enfim, destes trabalhos derivaram boas práticas que, de fato, contribuíram para: mapear e monitorar o estado da arte sobre pobreza; exigir cumprimento de obrigações assumidas; permitir ou facilitar o ingresso ou a ascensão de grupos em situação de pobreza extrema ou moderada via política internacional humanitária; políticas públicas desenvolvidas por Estados; aprimorar o marco regulatório nacional e internacional; ações de poderes de Estado etc. Em que pese este louvável esforço e os seus inegáveis e indispensáveis resultados, que efetivamente trouxeram ganhos inquestionáveis para pessoas em situação de pobreza extrema e moderada, contudo, muito pouco se evoluiu no sentido de projetar as pessoas em situação de pobreza no cenário de democracia participativa.

264 SOUZA, Jesse. *A elite do atraso: da escravidão à lava jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

265 ALBERTUS, Michael e MENALDO, Victor. *Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

as indicações das linhas de orientação de uma política de direito anticrise de António Manuel Hespanha²⁶⁶:

1. Se a crise é filha da desregulação, o direito deve regular. 2. Se a crise gerou a desconfiança e a sua superação exige a confiança, o direito deve promover e generalizar a confiança. 3. Se a crise de confiança é gerada pela opacidade, o direito deve garantir a transparência. 4. Se a falta de confiança é gerada pela incerteza, o direito deve garantir a certeza. 5. Se a crise de confiança é gerada pela imprevisibilidade, o direito deve favorecer a previsão. 6. Se a crise é gerada pela falta de iniciativa (de “empreendedorismo”), o direito deve criar quadros claros para quem empreende e arrisca. 7. Se a falta de confiança é gerada pela arbitrariedade, o direito deve garantir a racionalidade. 8. Se a crise de confiança é gerada pelo casuísmo, o direito deve garantir a igualdade. 9. Se a crise de confiança é gerada pela precariedade, o direito deve garantir a estabilidade. Em tudo isto, parece que existe uma linha comum de orientação: a crise não se supera pela dissolução do direito, antes se supera pelo reforço do direito e do “modelo jurídico”. Reforçando algumas das características que promovem a sua consensualidade e fiabilidade, de modo a que ele seja mais estabilizador das expectativas da generalidade dos agentes sociais.

Os problemas relacionados à eficácia dos direitos sociais também demandam um tratamento mais específico de acordo com a ação dos Poderes de Estado, envolvendo medidas provenientes do Executivo, Legislativo e Judiciário. Abaixo faremos uma breve sinalização de caminhos a serem percorridos nos três poderes para resguardar e avançar progressivamente na realização dos direitos sociais.

O Poder Executivo pode melhor contribuir para o avanço dos direitos sociais: a) com a construção, execução e avaliação participativa de políticas públicas, ou seja, tornar democráticos os processos envolvendo as etapas de estruturação das políticas públicas; b) melhorar os modelos, os instrumentos e as práticas de controle social das políticas públicas de direitos sociais; c) fortalecer os sujeitos de direitos perante as investidas predatórias das elites econômicas contra os direitos sociais; d) romper com visões dogmáticas da administração pela criação de políticas públicas de direitos sociais multifocais, transversais, interministeriais e plurais; e) produzir políticas públicas sob a base dos direitos humanos; f) readequar o foco de ação da administração pública para as práticas coletivas positivas estimuladas pelo Estado em prejuízo do tradicional uso do poder de polícia para punir infratores; g) investir na economia solidária, nas ações locais, na pluralidade e inclusão.

O Poder Legislativo pode cooperar para a progressiva expansão da eficácia

266 HESAPANHA, António Manuel. *A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”*. Crise, Direito e argumentação jurídica. In: *Revista do Ministério Público* n. 130: Abr. – Jun. 2012 (pp. 9-80).

dos direitos sociais com: a) aprimoramento do marco normativo de ações afirmativas e o cruzamento de políticas públicas com estas medidas; b) priorizar no processo legislativo as normas vocacionadas a produzir maiores impactos para promoção da eficácia dos direitos sociais; c) ampliar marcos regulatórios participativos em matéria de direitos sociais; d) fomentar normativamente as boas práticas na sociedade pela previsão de sanções premiaias em detrimento do uso punitivo do poder de polícia; e) produzir legislação que sirva de bloqueio às elites predatórias: economia solidária, novas formas de produção autóctone, legislação de amparo e empoderamento popular dos pobres; f) criar ações e instrumentos processuais próprios para garantia dos direitos sociais.

Por último, o Poder Judiciário igualmente pode ajudar na promoção da eficácia dos direitos sociais com algumas medidas, como por exemplo: a) mobilizar o debate e acompanhar propostas para criação de institutos processuais novos e próprios para garantias dos direitos sociais; b) instituir jurisdição e procedimentos especializados em matérias de direitos sociais e aprimorar a formação social dos magistrados para melhorar a percepção da realidade brasileira; c) ultrapassar o viés teórico do neoconstitucionalismo e recorrer a outros marcos teóricos que visam a emancipação dos sujeitos de direito (por exemplo: constitucionalismo democrático); d) reconhecer e modificar o problema do *deficit* democrático nas decisões proferidas, especialmente pela ampliação dos diálogos com os afetados por mudanças restritivas dos direitos sociais; e) numa dimensão mais ampla em termos de reforma do Judiciário, promover à alteração do desenho constitucional para composição dos quadros da magistratura combatendo o perfil tendencialmente elitista de ingresso, ascensão e permanência na carreira, especialmente nos tribunais superiores.

O quadro de proposta apresentadas pode contar com maior ou menor adesão em determinadas questões, admitimos que certos pontos sejam controversos quanto à funcionalidade e instrumentalização dos meios para as modificações propostas. Entretanto, não há como negar a relevância e a urgência de mudanças que efetivamente sirvam para melhor cumprimento dos propósitos constitucionalmente previstos para concretização dos direitos sociais. O caminho é extensão, mas não se pode abrir mão da progressividade na efetivação destes direitos tão necessários para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate travado para arrojarse no agenciamento da eficácia dos direitos sociais é de grandes proporções no atual contexto desfavorável e acirrado pelo

avanço neoliberal, que tem causado contramarchas nas conquistas alcançadas a duras penas em vários Estados, tal como no caso brasileiro. Estes ventos contrários já não conseguem ser facilmente contidos com pequenas reformas, muito embora tenhamos apresentado aqui certos encaminhamentos com alguma possibilidade, em conjunto com medidas mais profundas, de servirem como mecanismos de resistência ao processo de erosão do Estado social. Somente com passos mais firmes para adiante será possível desviar dos cenários da pós-democracia e do autoritarismo, ou inclusive o colapso. A transformação deve ser tão relevante quanto àquela que, na Europa, comportou a afirmação, em poucas décadas, do movimento operário, do sufrágio universal, dos partidos de massas e do Estado social.

Ela inclusive deve ser mais ampla, já que para bom resultado não pode se limitar ao âmbito nacional. É necessário democratizar a democracia em escalas mais extensas para fazer contraponto ao neoliberalismo e ao capitalismo financeiro globalizado, para responder aos desafios ecológicos, para tratar a questão da justiça social em uma escala transnacional. É preciso reconhecer o enorme tamanho da tarefa sem cair na tentação dos delírios utópicos.

As dinâmicas democráticas sempre foram híbridas, mestiças, plurais e, neste ponto, há necessidade de se ingressar num verdadeiro ciclo democrático, que não se encarnará em uma grande marcha eleitoral, nem na ascensão pela força ao poder do Estado, nem em um líder único ou um partido que consiga fazer a sinopse de todas as lutas. A resposta deverá ser produto de várias mãos e passará por múltiplos caminhos, constitucionais e sociais, tais como: reformas institucionais e a desobediência civil aos descabros promovidos pelas elites predatórias nacionais e internacionais; a experimentação de outras formas de vida e de organização social no presente; a defesa de novos bens comuns não submetidos à lógica tradicional do capitalismo. Tal projeto demanda a configuração de coalizões ágeis e abertas, que propiciem a convergência de atores, ou melhor, sujeitos de direitos, com distintas formas de estruturação e a defesa de finalidades em certa medida heterogêneas, aptas a moverem-se na lógica da governança em rede. Ou seja, é preciso encarar o imenso desafio de refundação do Estado sob novos alicerces.

QUAIS REFORMAS PARA OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: A CONTINUIDADE DA LUTA FEMINISTA

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega²⁶⁷

1. INTRODUÇÃO

Vive-se um momento de grandes dificuldades no cenário político latino-americano, contexto marcado por sérias afrontas aos regimes democráticos estabelecidos no continente. O Brasil particularmente, após o golpe de 2016, enfrenta grandes retrocessos, sobretudo no que respeita à democracia e aos direitos humanos. O país encontra-se politicamente polarizado e o poder está dominado pelo pensamento conservador, atrasado, ofensivo às mais sensíveis conquistas consignadas como direitos nos documentos internacionais. A Constituição brasileira de 1988 considerada uma constituição progressista, democrática, cidadã, portadora das soberanias originárias das lutas minoritárias é afrontada em seus fundamentos e princípios, diuturnamente.

É neste cenário que se propõe a reflexão sobre o que mudar na Constituição Federal do Brasil.

Coube-nos responder que reformas para a Constituição Federal brasileira no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais. Trata-se de uma resposta bastante difícil num momento de grandes retrocessos pelos quais atravessa a América Latina, sobretudo no que respeita aos valores constitucionais. Se a pergunta fosse é o momento de mudar eu diria não, com certeza.

Não, porque há uma onda reacionária, conservadora que põe em terra as mais significativas conquistas do século XX em sede de direitos sociais, coletivos e mesmo individuais. Os direitos econômicos e sociais são uma conquista do século XX, originário das lutas dos trabalhadores, das mulheres, dos malefícios e superações das guerras, dos etnocídios e das resistências dos povos. Há lutas que merecem ser respeitadas atrás de cada direito social conquistado. São conquistas,

267 Professora Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Professora na Universidade de Ribeirão Preto. Mestre e doutora em Direito pela PUC SP. Pos Doc. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

não concessões.

A Constituição brasileira de 88 é fruto do amadurecimento de uma sociedade que superou as agruras de uma ditadura militar e compreendeu a importância do respeito às liberdades. Um conjunto de ideais que vem sendo desconstruído por um ataque neoliberal fomentado pelas mídias, sobretudo pelas novas formas de comunicação. E isso há de ser discutido antes de qualquer iniciativa de alteração constitucional. Assim, nosso primeiro eixo de questionamento é o papel da mídia na destruição dos princípios da Constituição de 88.

Entretanto, ainda enfrentamos a pergunta que nos foi apresentada sobre o que mudar na Constituição Federal brasileira de 1988 em sede de direitos econômicos, sociais e culturais. Optamos por delimitar o tema nas reivindicações das mulheres, excluindo as questões trabalhistas e previdenciárias, dos povos e comunidades tradicionais, dos direitos culturais e tantos outros, tão complexos e importantes, mercedores de estudos específicos.

Acreditamos que o caminho da discussão seja no sentido de preservar o que foi posto em 1988, resgatando os pleitos sociais não realizados ali, naquele momento constituinte; portando o mesmo trajeto no sentido inverso do que se tem feito hoje. Complementando as reivindicações femininas históricas utilizamos na identificação de problemas para propostas de mudança o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Fixamo-nos na ideia do que poderá ser feito, num momento de estabilidade democrática no Brasil. Antes disso trataremos da importância atual de mudar a Constituição Federal.

2. A IMPORTUNIDADE DE MUDAR A CONSTITUIÇÃO EM RAZÃO DA AMEAÇA À DEMOCRACIA.

Acreditamos, em princípio, não ser o momento adequado de alterações do texto constitucional brasileiro, tendo em vista o padrão do *debate* instalado nos espaços públicos remodelados pelas novas mídias. Tratam-se de discursos impostos por usuários capturados pelo poder econômico e ideais hegemônicos de discutível cariz .

Tem-se um panorama midiático que compromete os ideais humanitários em contextos democráticos. Os princípios fundantes da Constituição Federal de 1988 vêm sendo duramente atacados por meio de uma hegemônica construção narrativa, sem fundamentos científicos, difundida nos novos meios de comuni-

cação em massa.

A difusão de informações por meio das mídias é importante instrumento democrático. Dessa forma, desempenham um papel de base na manutenção ou na deterioração da democracia tanto as mídias tradicionais, aqui consideradas aquelas que iniciam com a possibilidade da imprensa, no século XV e avançam com a criação das emissões de rádio e televisão, perdurando até hoje, como as novas mídias eletrônicas difundidas já no século XX; e sobretudo essas.

É surpreendente o papel da *internet* para transmissão, aquisição e arquivamento célere de informações e comunicação em geral. O contingente de usuários da rede mundial de computadores tem permitido isso. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao ano 2017, a *internet* teve 126,3 milhões de usuários somente no Brasil, ou seja, aproximadamente 70% da população. Desses, 90% acessam as redes sociais diariamente. Em 2018, a *internet* alcançou algo próximo a 4,2 bilhões de pessoas no mundo, portanto, 55% da população mundial, e o comércio eletrônico mundial atingiu em torno de 2,9 bilhões de dólares - com sensível potencial de ampliação para os próximos anos.²⁶⁸

Esses dados indicam possíveis benefícios decorrentes da comunicação ágil, do compartilhamento de informações por esse canal midiático. As pessoas poderiam, em tese, se comunicar, expor suas opiniões, ouvir as posições alheias e se informar, rápida e eficazmente, não estivesse corrompido esse sistema. Corrupção que se esconde atrás de uma propaganda incisiva de pretensa neutralidade e autonomia da *internet* face aos múltiplos interesses políticos, científicos e econômicos mundiais. Tem-se difundido a ideia de que a rede mundial de computadores é uma arena plural, democrática e participativa, facilitadora da comunicação e da transmissão de dados ao redor do mundo, sem qualquer interesse imediato ou direcionamento econômico, político ou ideológico. Entretanto, a intervenção na ordem democrática como apontado na eleição de Donald Trump, em 2016, nos Estados Unidos da América, e de Jair Bolsonaro, em 2018, no Brasil, põem em dúvida a dita neutralidade desse espaço virtual²⁶⁹.

Nesse cenário, a *internet* pode ser um risco à democracia plural prevista na

268 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua - PNAD contínua 2017**. 2019. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=23205&t=resultados>. Acesso em 18/08/2020.

269 ITUASSU, Arthur, LIFSCHITZ, Sergio, CAPONE Leticia, MANNHEIMER, Vivian. (2019) **DE DONALD TRUMP A JAIR BOLSONARO: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016, nos Estados Unidos, e 2018, no Brasil** COMPOLITICA Brasília UNB 15-17/05/2019 Disponível em http://ctpol.unb.br/compolitica2019/GT4/gt4_Ituassu_et_al.pdf Disponível em 18/08/2020.

Constituição de 88. Qualquer proposta de alteração constitucional passaria pelo espaço virtual com grande risco de deturpação dos ideais democráticos. Ao se pensar em possibilidades de mudanças constitucionais é imperioso refletir se a *internet* serviria de instrumento de expansão do espaço discursivo por promover debates plurais, acionando a crítica de um crescente número de pessoas ou, de outra perspectiva, se prestar-se-ia ela tão somente à alienação e à criação de espaços não dialógicos, impostos pelas superestruturas, que uniformizam posições ideológicas voltadas à centralização dos privilégios econômico-financeiros.

No espaço virtual, o que se tem mostrado é que pluralidade de falas não resulta em diálogo, tampouco tem por consequência que todos os que têm voz sejam ouvidos ou que, ao serem ouvidos o sejam na mesma medida e com a mesma frequência²⁷⁰. Há, na rede, hegemonia dos que detêm uma arena dialógica própria, pautada no compartilhamento de ideias e de ideais ou na sua dominação – real ou simbólica - fatores que lhes garantem prévios receptores, independentemente das posições ali propaladas. Isso tem ferido frontalmente a democracia pátria.²⁷¹

Por outro lado, há um potencial de ocultamento de sujeitos a ser considerado. O comportamento de falar em nome de alguém – ou mesmo em nome de alguma causa – tende a invisibilizar sujeitos²⁷² e pautas²⁷³ historicamente já excluídos do *mainstream*. **Não tem sido suficiente ao pluralismo democrático a multiplicidade de emissores de ideias, propostas e informações em razão da desproporcionalidade dos receptores e da qualidade e legitimidade das manifestações. Nesse sentido, tem-se observado o desrespeito a diversos sujeitos participantes e um consequente monólogo impositivo nas mídias sociais, o que se distancia do conceito de democracia.**

A reestruturação das esferas pública e privada redefinindo o espaço democrático como consequência da vida na rede, tem por consequência última garantir individualismos e liberalidades que contribuem para o sufocamento de direitos e de poderes públicos. Há, outrossim, uma intencional massificação de alguns temas. Os denominados *trending topics* do *Twitter* ocultam deliberação de

270 BIROLI, Flávia.(2018) **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, p.202.

271 TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco, CHEHAB, Isabelle Maria Vasconcelos. **Mídias Digitais: Contributos ou Obstáculos para a Democracia no Brasil**. (2019) In LUCCA, Newton, SIMÃO FILHO, Adalberto. LIMA, Cintia Rosa Pereira de., MACIEL, Renata. *Direito e Internet v IV. Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo, Quartier Latin.

272 RIBEIRO, Djamilia.(2017) **O que é lugar de fala**. Belo Horizonte: Letramento, p.85 e 86.

273 BEARD, Mary.(2018) **Mulheres e poder**: um manifesto. Trad. Celina Portocarrero. São Paulo: Planeta Brasil, p.28.

ção político ou econômico orientada por *influencers* ou entidades articuladoras. Assim, em regra, há manipulação e filtragem política dos temas veiculados na *internet*, o que determina que temas sensíveis como direitos de minorias e direitos culturais sejam controlados na mídia por meio de grupos de interesse ou de pressão, enquanto outros assuntos e sujeitos persistem invisibilizados, como os negros, índios e pobres, no mais das vezes, por ameaçar as estruturas do *status quo* político e econômico.²⁷⁴ Esse controle midiático pode ser observado nos discursos de ódio, “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores.”²⁷⁵ Há registros nas redes sociais de frontais ataques a etnias²⁷⁶, identidades de gênero²⁷⁷ e crenças religiosas²⁷⁸, proferidas no campo político²⁷⁹, artístico ou religioso²⁸⁰.

No Relatório da visita ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos n.238, de 2018, registra as distorções ideológicas, o discurso de ódio, as afrontas aos grupos minoritários e aos direitos humanos.

Observamos o alarmante crescimento de um ambiente de discursos que distorcem, desprestigiam e estigmatizam o papel e a função dos direitos humanos para a sociedade. Observamos também a recorrência de discursos de intolerância e ódio que estão afetando as liberdades de expressão, manifestação, reunião e associação das comunidades LGBTI, das mulheres, dos afrodescendentes, das religiões de matriz afrodescendentes, dos povos indígenas, dos trabalhadores rurais, de movimentos sociais de trabalhadores e de sem teto, do jornalismo independente, de parte da comunidade universitária e acadêmica, entre outros. A Comissão considera preocupante o fato de que uma perspectiva de gênero seja pejorativamente referida como “ideologia de gênero”. As autoridades estatais devem dar o exemplo e têm o dever de promover campanhas promocionais sobre

274 TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco, CHEHAB, Isabelle Maria Vasconcelos. **Mídias Digitais: Contributos ou Obstáculos para a Democracia no Brasil**. (2019) In LUCCA, Newton, SIMÃO SIMÃO FILHO, Adalberto. LIMA, Cintia Rosa Pereira de., MACIEL, Renata. *Direito e Internet v IV. Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo, Quartier Latin.

275 SARMENTO, Daniel. (2006) **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.208.

276 Nesse sentido, verificar: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/nordestinos-sao-atacados-nas-redes-sociais-apos-resultado-do-primeiro-turno-23138104.html>.

277 Nesse sentido, analisar: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/10/10/lgbts-ameacas-homofobia-eleicoes.htm>

278 Nesse sentido, consultar: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm

279 Nesse sentido, pode ser consultado: <https://exame.abril.com.br/brasil/frases-polemicas-do-candidato-jair-bolsonaro/>

280 Nesse sentido, examinar: <https://www.midiamax.com.br/brasil/2015/pastor-silas-malafaia-ataca-musulmanos-e-culpa-pt/>

os Direitos Humanos para desconstruir as mensagens demagógicas de que os direitos humanos existem para atender a violadores de direitos humanos ou de que sejam parte de agendas ideológicas ou partidárias.²⁸¹

O controle estabelecido no Marco Civil da Internet é insuficiente para conter esse processo de dominação ideológica. Não há, no Brasil, regulação efetiva que aporte instrumentos para democratizar a mídia. Portanto, o debate de alteração constitucional pode ser um instrumento perigoso em favor dos poderes hegemônicos que atravancam a democracia brasileira.

3. A RETOMADA DAS PAUTAS FEMINISTAS CONSTITUINTES DOS ANOS OITENTAS.

Em sede de direitos sociais, econômicos e culturais optamos por retomar as pautas feministas dos debates constituintes combinando-os com outros apontados em relatórios internacionais, mais especificamente aqueles da Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁸², notadamente referentes a questões de gênero, saúde e educação sexual. Assim, nossas propostas de mudanças viriam a atender a urgência das questões sexuais e de gênero que afrontam a sociedade brasileira.

Os documentos referentes ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, à Corte e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, (Relatórios de 2015 e 2017)^{283 284} apontam entre os principais problemas, em sede de Direitos econômicos, sociais e culturais a desigualdade de gêneros, considerada amplamente- homens, mulheres e outras possibilidades de reconhecimento, lésbicas, transgêneros e outros.

Uma outra adversidade substancial é a feminilização da pobreza.

Apesar das garantias constitucionais, até os dias atuais, no Brasil, as mulheres ganham menos que os homens e as desigualdades históricas entre mulheres e homens, e negros e brancos perduram. Em que pesem os avanços em termos de equiparação salarial entre esses grupos, as mulheres ainda ganham 62% do que

281 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS . Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018) **CIDH conclui visita ao Brasil**. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp> Acesso em 10/07/2019.

282 Não trataremos nesse tópico os direitos sociais ao trabalho e a seguridade social pela amplitude do debate.

283 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS . Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018) **CIDH conclui visita ao Brasil**. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp> Acesso em 10/07/2019.

284 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS . Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivos OC -24/17** de 24 de novembro de 2017. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 10/07/2019.

ganham os homens, e os negros ganham meros 57% em relação aos brancos²⁸⁵

Hoje, ainda existe uma inaceitável diferença: a renda média do homem brasileiro era de R\$ 1.508,00 em 2015⁶², enquanto a das mulheres era de R\$ 938,00⁶³. Mantida a tendência dos últimos 20 anos, a Oxfam Brasil calcula que mulheres terão equiparação salarial somente em 2047.²⁸⁶

Diretamente ligada à circunstância de feminilização da pobreza observa-se que o grupo dos que tem menor renda é composto majoritariamente por mulheres. Em contrapartida, entre os mais favorecidos, o grupo dos que têm renda superior a 10 salários mínimos é composto numa proporção de dois homens para uma mulher.

Considerando somente a renda do trabalho, mulheres são mais numerosas na faixa salarial de 0 a 1,5 salário mínimo, passando a ocupar menos espaço em todas as faixas subsequentes. Como aponta o Gráfico 4, 65% das mulheres ganham até 1,5 salário mínimo, em contraste com 52% dos homens, e há cerca de dois homens para cada mulher na faixa de renda superior a 10 salários mínimos.²⁸⁷

Um outro problema apontado no Relatório da Comissão Interamericana refere-se à posição de subordinação da mulher na família. Culturalmente preserva-se a hegemonia sexista no âmbito familiar, que em última análise representa grave violência contra as mulheres.²⁸⁸

A predominância de gênero não masculino no tráfico de pessoas e as vulnerabilidades dos sujeitos que não expressam identidade masculina tem sido outra grave situação de fragilidade, apontada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a que aos Estados incumbe voltar a atenção.²⁸⁹ Também a discriminação no trabalho no ambiente de trabalho é outra preocupação denunciada. Como visto, a posição da mulher pouco se alterou nas últimas décadas.

285 OXFAM.(2017) **A distância que nos une. Um retrato das desigualdades brasileiras.** p.16. Disponível em https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/115321/1596810088relatorio_a_distancia_que_nos_une-1.pdf

286 OXFAM. (2017) **A distância que nos une. Um retrato das desigualdades brasileiras.** p.19. Disponível em https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/115321/1596810088relatorio_a_distancia_que_nos_une-1.pdf

287 OXFAM. (2017) **A distância que nos une. Um retrato das desigualdades brasileiras.** p.19. Disponível em https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/115321/1596810088relatorio_a_distancia_que_nos_une-1.pdf

288 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Inter-American Commission on HumanRights(2015). **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas** / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

289 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Inter-American Commission on HumanRights(2015). **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas** / Comissão Interamericana de Direitos Humanos, p.180.

A saúde geral e reprodutiva é indicada como merecedora de atenção pelos Estados signatários do Pacto Internacional de Direitos Humanos, assim como a violência doméstica, a violência com grupos LGBT, a violência sexual contra crianças²⁹⁰. Os indicadores para a solução fundam-se na educação, sobretudo na educação sexual, tendo em vista o aumento de doenças sexualmente transmissíveis, gravidez precoce, violência sexual.²⁹¹

O que os organismos internacionais apontam conflui diretamente em direção àquilo que foi reivindicado pelas mulheres desde a constituinte de 88.

Noutra perspectiva, frise-se que aspectos importantes da pauta feminina e feminista, passados mais de 30 anos, continuam fora do texto constitucional e dependem de interpretação judicial. Dentre esses, pode-se apontar a conformação da família, saúde integral da mulher, a saúde reprodutiva, os direitos reprodutivos, a autonomia de decisão sobre a reprodução e a sexualidade e a identidade de gênero.

Reivindicações essas postas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, reunido em 1986, com a finalidade de participar dos debates constituintes. Neste ano, houve o Encontro Nacional Mulher e Constituinte, na Câmara dos Deputados, em Brasília, com a participação de centenas de mulheres de todo o Brasil. Daí originou-se a Carta das Mulheres aos Constituintes, de 1987, entregue em março do mesmo ano ao presidente da Comissão, saudoso Ulisses Guimarães.²⁹² Na composição da Assembleia Constituinte a participação feminina foi desproporcional se comparada à masculina- apenas 5% dos parlamentares eram mulheres, um número absoluto de 26 integrantes.

A Carta das Mulheres²⁹³, que indicou à Assembleia Constituinte a pretensão feminina para a Constituição então em elaboração é estruturada em seis eixos específicos, promovendo a intersecção “raça”/sexualidade, com aberturas para as reivindicações dos grupos LGBT.

290 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Inter-American Commission on Human Rights (2015). **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas** / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

291 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. PROGRAMA DE AÇÃO DO CAIRO. (1996) Comissão Nacional de População e Desenvolvimento. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 01.03.2019

292 BRASIL, Câmara Legislativa (1987). **Constituinte 1987-1988- Carta das Mulheres aos Constituintes**. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf Acesso em 10/07/2019.

293 BRASIL, Câmara Legislativa (1987). **Constituinte 1987-1988- Carta das Mulheres aos Constituintes**. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf Acesso em 10/07/2019.

Os eixos foram: família, saúde, trabalho, educação e cultura, violência e questões nacionais e internacionais, onde foram incluídos a reforma agrária e o cumprimento dos tratados internacionais.

Desta Carta resultaram 36 propostas de emendas sobre os direitos das mulheres. Emendas populares exigiam garantias ao direito à saúde e aos direitos reprodutivos. As mulheres reivindicaram a inclusão do direito ao aborto, dos direitos reprodutivos, colocavam em xeque hierarquias de gênero e desigualdades de acesso à propriedade, e uma explícita manifestação textual desses direitos²⁹⁴.

Em realidade, com a recepção de pleitos feministas, houve certas conquistas na Constituição Federal que promoveram transformação na realidade social. Alguns dos mais importantes foram inseridos, dentre os quais destacam-se pela sua relevância social e capacidade de intervenção na vida das mulheres igualdade, equiparação salarial, inclusão, direito a amamentação.

Um primeiro a ser citado é a equiparação de homens e mulheres em direitos e obrigações (art.5º, I); Apesar do dispositivo constitucional, observa-se ainda muita discriminação e reduzida participação feminina nas esferas de poder e mando, sejam elas públicas ou privadas²⁹⁵.

A proibição de diferenças salariais em razão de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX) consagrada na Constituição Federal foi um outro avanço, embora muitos documentos relatam que essa discriminação não está superada, como supra referido.

A inclusão dos trabalhadores e trabalhadoras rurais na previdência social (art.7º e 201,II) foi relevante conquista que vem sendo gradualmente implementada, em que pesem todos os retrocessos na regulamentação da seguridade social no Brasil.

O direito das presidiárias de manter os filhos juntos de si no período de amamentação (art.5º, L), foi outro êxito importante que padece das dificuldades de condições adequadas dos presídios para sua implementação.²⁹⁶

294 BRASIL, Câmara Legislativa (1987). **Constituinte 1987-1988- Carta das Mulheres aso Constituintes**. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf Acesso em 10/07/2019.

295 OXFAM. (2017) *A distância que nos une. Um retrato das desigualdades brasileiras*. Disponível em https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/115321/1596810088relatorio_a_distancia_que_nos_une-1.pdf

296 MARIANO, Grasielly Jeronimo dos Santo e SILVA, Isília Aparecida Silva. (2018) **Significando o amamentar na prisão**. *Texto Contexto Enferm*; 27(4):e0590017. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/tce/v27n4/0104-0707-tce-27-04-e0590017.pdf>.

A concessão de título de propriedade igualmente a homens e mulheres em sede de reforma agrária, independentemente do estado civil (art.189, parágrafo único) foi um triunfo na luta das mulheres. Antes a titulação em sede de reforma agrária era realizada em favor do representante do sexo masculino, numa grave discriminação contra as trabalhadoras rurais. Essa situação se agrava notadamente quando se observa que em muitas das famílias brasileiras a mulher é a provedora do lar.

4. EMENDAS CONSTITUCIONAIS, AS DEMANDAS FEMINISTAS E OS POSTULADOS NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal Brasileira até 31 de dezembro de 2019²⁹⁷ sofreu 105 Emendas sobre os mais diversos assuntos, nenhuma delas relacionada a essas temáticas supra apresentadas e indicadas como relevantes nos diversos relatórios apresentados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na última década. Por outro lado, aquilo que não foi conquistado da pauta feminista na constituinte de 1988 até hoje não se alterou. Nenhum direito a mais foi constitucionalmente consagrado, desde então.

Houve mudanças no tratamento constitucional do direito de família. Emenda 66 de 2010 tratou da família para dispensar a prévia separação judicial para o divórcio (art. 226, § 6º, “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”)

O Art. 226 da Constituição Federal que trata das relações familiares, em que pesem as interpretações avançadas do STF no sentido de reconhecer famílias não convencionais, ainda apresenta um texto bastante conservador, referindo-se a homem e mulher, pais e descendentes, na composição da entidade familiar.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (EC no 66/2010)

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. Da Ordem Social 131

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher (grifo nosso) como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁹⁷ Data de preparação do presente texto.

§ 4o Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (grifo nosso)

§ 5o Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (grifo nosso)

Ao tratar sobre paternidade e planejamento familiar desconsidera totalmente os direitos reprodutivos e a autonomia da mulher para decidir sobre o próprio corpo. Aborda o assunto apenas na perspectiva do planejamento familiar e o faz pressupondo a família constituída na forma tradicional, a partir de um “casal” no padrão heteronormativo.

Assim dispõe no § 7º do art. 226,

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No que tange à violência doméstica, assegura o dever do estado de criar mecanismos para coibi-la. Não avança além disso.

“Art.226, § 8 O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

É correto considerar que a jurisprudência tem direcionado o assunto numa perspectiva garantista de direitos. No tema específico, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a responsabilidade do Estado em caso de violência doméstica.(ADI 4.424 / DF)

Enfim, é inegável a visão sexista de família do artigo 226 da Constituição Federal. Dentre outros equívocos do constituinte pátrio pode-se apontar a omissão com relação ao aborto (criminalizado no Brasil), a estreiteza do reconhecimento da constituição da família (homem e mulher), o não reconhecimento do direito à livre expressão sexual para gays, lésbicas, transgêneros, bissexuais e outras formas, a diferença de tratamento da licença maternidade (art. 7º, XX, 120 dias) paternidade (art.7º XXI, termos fixados em lei), a desconsideração da possibilidade de maternidade compartilhada.

Ao tratar dos deveres do Estado e da sociedade para com as crianças a educação sexual e as questões de gênero não são colocadas em pauta, no artigo 227

²⁹⁸. É importante lembrar que o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2015, entre os graves problemas apontados, faz referência ao sofrimento imputado às crianças e adolescentes referentes à identidade de gênero²⁹⁹. Também a Conferência do Cairo adverte sobre a necessidade da educação sexual, nos Instrumentos Internacionais dos Direitos das Mulheres³⁰⁰.

No Relatório da Comissão Interamericana de 2015, adverte-se que as crianças, e adolescentes que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, trans ou intersexo, ou que são socialmente percebidas fora do padrão heteronormativo enfrentam estigmatização, discriminação e violência. Sofrem graves violências por sua orientação sexual ou porque seus corpos diferem das definições típicas de corpos femininos e masculino.³⁰¹

Essa violência, real ou simbólica, se manifesta de diversas maneiras segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância UNICEF. Dentre as formas co-

²⁹⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (EC no 65/2010) § 1o O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I—aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II—criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2o A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3o O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I—idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7o, XXXIII; II—garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III—garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV—garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V—obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI—estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; 132 Constituição da República Federativa do Brasil VII—programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4o A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5o A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6o Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7o No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8o A lei estabelecerá: I—o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II—o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

²⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Inter-American Commission on HumanRights(2015). **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas** / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

³⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. PROGRAMA DE AÇÃO DO CAIRO.(1996) Comissão Nacional de População e Desenvolvimento, p.34. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 01.03.2019

³⁰¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Inter-American Commission on HumanRights(2015). **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas** / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

munas de violência estão o isolamento por parte de colegas da escola, de familiares e de pessoas da comunidade. Essas crianças e jovens padecem também com a marginalização e a exclusão de serviços essenciais como educação e assistência médica. Muitas delas são abandonadas pela família e excluídas da comunidade. Há relatos de sofrimento de *bullying* escolar, intimidação, e violência física e sexual que se manifesta sob a forma de estupro “corretivos.”³⁰²

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos relata também a pressão e a situação de violência enfrentada por crianças e adolescentes em contextos sociais em que se tenta “modificar” (“ou corrigir”) sua orientação sexual e ou identidade de gênero. Nesse sentido, a Comissão afirmou que crianças e adolescentes em geral estão indefesos diante das injustiças cometidas contra eles.³⁰³ A Corte Interamericana observou que as violações contra os mesmos são especialmente sérias³⁰⁴.

5. A TÍTULO DE RESPOSTA- O QUE MUDAR.

Embora o momento político presente não seja adequado para promover alterações no texto constitucional brasileiro, e o melhor nos pareça defender os valores constitucionais postos na Constituição de 88, pensamos em alterações possíveis ao texto constitucional, a serem promovidas em momentos de segurança e de estabilidade democrática.

Assim, retomamos o caminho da Carta das Mulheres aos Constituintes³⁰⁵, datada de 1987, para resgatar as reivindicações postas ali e ainda não positivadas na normatividade fundante do texto constitucional.

Refletimos também sobre as recomendações dos documentos e relatórios internacionais, sobretudo naqueles aspectos confluentes com as pautas feministas. Consideramos, no mais das vezes, relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as propostas da Convenção de Cairo, essa porque dirigiu suas preocupações sobretudo às mulheres e meninas, sua saúde e educação.

302 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Inter-American Commission on Human Rights (2015). **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas** / Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

303 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS . Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018) **CIDH conclui visita ao Brasil**. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp> Acesso em 10/07/2019.

304 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS . Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo OC -24/17* de 24 de novembro de 2017. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 10/07/2019.

305 BRASIL, Câmara Legislativa (1987). **Constituinte 1987-1988- Carta das Mulheres aos Constituintes**. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf Acesso em 10/07/2019.

A partir disso, vimos a necessidade de revisão dos textos dos capítulos referentes à família, à educação e à saúde, visando sempre a possibilidade do empoderamento nas relações de gênero, na igualdade, na supressão de sofrimento humano. Vislumbramos também o aprimoramento do texto da Constituição de 88 consoante seus próprios valores tão enaltecidos e legítimos. Em outras palavras, para que o texto da Constituição, nos capítulos da família, da saúde e da educação fique mais de acordo consigo mesma, com os próprios valores.

Assim, merece revisão o texto do art. 226 para tirar-lhe o caráter sexista, para incorporar a luta das mulheres e das muitas identidades representadas no ativismo dos grupos de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, *queers* e todas as formas de expressão dignas de respeito, consignando o os direitos das pessoas de autodeterminação sobre seus corpos e sua saúde reprodutiva.

Imperativo outrossim seria repensar o art. 206 e seguintes, orientando-se pelos mesmos valores acima referidos para determinar a educação para a diversidade e para a proteção e segurança dos educandos, no intuito de potencializar a capacidade de cada um de transformar a própria realidade.

Atendendo as diretrizes internacionais sobre direitos humanos e os pactos dos quais o Brasil é signatário, o art.196 e seguintes devem tratar da saúde reprodutiva. É necessário incluir no capítulo do direito à saúde (arts 196 e ss) os direitos sexuais e reprodutivos entendidos entre os que exigem um duplo papel do Estado, de atuar por meio de políticas públicas (para saúde sexual e reprodutiva) para conferir segurança ao seu exercício e de abster-se conforme o efetivo exercício do direito de autodeterminação individual e da liberdade compreendendo o livre e seguro exercício da sexualidade e da reprodução, sem violência ou discriminação.

O Estado brasileiro há de superar o papel repressivo e punitivo referente às liberdades sexuais e reprodutivas e passar a promover os direitos sexuais e reprodutivos, assegurando a saúde dos cidadãos e cidadãs. Neste imperativo redirecionamento há de nortear-se pelos conceitos dos Programa de Ação do Cairo sobre “saúde reprodutiva”, entendida como um estado de completo bem-estar físico, mental, social nos diversos aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos, garantindo às pessoas uma vida sexual segura e satisfatória a partir de sua autodeterminação.³⁰⁶

Os direitos sexuais e reprodutivos embora originem-se das lutas feministas,

306 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Programa de Ação do Cairo. Comissão Nacional de População e Desenvolvimento*, 1996, par. 7.3 .

não representam exclusivamente os interesses das mulheres. Atendem à toda forma de expressão de sexualidade e aos diferentes grupos igualmente discriminados e excluídos da atenção e da tutela dos Estados. Com fundamento nos princípios democráticos deve-se reconhecer os direitos reprodutivos e sexuais a outros sujeitos tais como homossexuais, transexuais, travestis, dentre outros. Tal luta por igualdade e respeito transpassa o gênero e se afigura também em relação à classe social, à cor da pele e às demais possíveis formas de negação de direitos³⁰⁷

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reafirmamos o pensamento de que o momento político presente não é o adequado para promover alterações no texto constitucional brasileiro, em razão da democracia de baixa densidade instalada no Brasil, da fragilidade de fundamentos e do padrão do debate instaurado nos espaços públicos remodelados pelas novas mídias.

Há um risco de o debate sobre mudanças ser dominado e desconstruído, e dele resultar a implementação de mais retrocessos do que os muitos que se tem vivido no Brasil.

Acreditamos existir um panorama midiático que agride os ideais humanitários em contextos democráticos, como bem observado pela Comissão interamericana de Direitos Humanos, em visita ao Brasil. Com isso os princípios fundantes da Constituição Federal de 1988 são desmantelados na construção narrativa, sem fundamentos científicos, difundida nos novos meios de comunicação em massa.

Não há espaço para dialogar sobre mudanças constitucionais, nesse momento. O mais recomendado, nos parece, é defender os valores constitucionais postos na Constituição de 88, assegurando a preservação dos avanços democráticos tão duramente conquistados nas lutas dos sujeitos.

Entretanto, em um momento de estabilidade democrática propício a mudanças é imperioso mudar o texto do art. 226, construindo ali uma normatividade mais consentânea com os valores humanitários e democráticos da Carta Cidadã. É mister tirar-lhe o caráter sexista, abrindo espaços para os reconhecimentos das muitas famílias, das muitas expressões identitárias que confluem para células sociais diversas, para a autonomia das mulheres e os direitos de regência e

307 TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco e MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. (2019) **Cidadania Reprodutiva e o Alargamento da Exigência de Respeito aos Direitos Humanos. Um Ensaio Sobre A Efetivação Dos Direitos Sexuais e Reprodutivos.** X Encontro Internacional do CONPEDI. Valência.

determinação sobre seus corpos e sua saúde reprodutiva.

A introdução da saúde reprodutiva no texto constitucional é antes de tudo medida emancipatória, que permite o enfrentamento de tabus e preconceitos, a fim de assegurar o exercício da cidadania reprodutiva, consubstanciada no atingimento da vivência sexual e da capacidade reprodutiva com plena dignidade e autonomia.

Consigne-se ainda a necessidade de compreender que a sexualidade integra a vida humana e as relações sociais. É imperativo reconhecer constitucionalmente a educação sexual como direito fundamental das crianças para sua integral formação, para sua proteção e para o pleno exercício da cidadania.

Essas seriam inclusões para reafirmar os valores constitucionais da Carta Cidadã de 1988.

**TERCEIRA PARTE - O JUDICIÁRIO E A GARANTIA
DA CONSTITUIÇÃO: AS EXPERIÊNCIAS E AS
EXPECTATIVAS**

EL PODER JUDICIAL EN BRASIL: BALANCE Y PERSPECTIVAS ANTE LOS 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988

João Paulo Allain Teixeira³⁰⁸

1. INTRODUCCIÓN

Reflexionar sobre el poder judicial brasileño en los 30 años de la Constitución de 1988 implica un esfuerzo en el sentido de la contextualización de la actuación de jueces y tribunales en sintonía con la historicidad en la que están inscritos. A partir de este presupuesto, el presente trabajo adopta como telón de fondo el proceso histórico de formación de la sociedad brasileña y sus reflejos para los diferentes aspectos de la cultura jurisdiccional en el país. Después de 30 años del proyecto de redemocratización representado por el texto de 1988, es posible identificar la permanencia de un modelo autoritario que tiene en el colonialismo y en la esclavitud importantes claves interpretativas. La actual configuración institucional y la actuación del poder judicial brasileño pasa por un intenso proceso de evaluación en lo que se refiere a las posibilidades de realización de las promesas traídas por el texto constitucional de 1988.

En cuanto al diagnóstico del funcionamiento del poder judicial en los 30 años de vigencia de la Constitución brasileña, el presente texto busca discutir un conjunto de aspectos que superan los límites de la normatividad, en un intento de reconstrucción del desarrollo de la cultura jurídica nacional en las últimas tres décadas y sus reflejos para la jurisdicción. Son elementos importantes en ese proceso los contrastes y tensiones existentes entre el ideal normativo del texto constitucional y el sustrato social y teórico dirigidos a la concreción de la “Constitución Ciudadana”.

El texto tiene como objetivo viabilizar la comprensión de los límites y posibilidades de la jurisdiccionalidad en Brasil en una doble perspectiva: por un lado, destacando el perfil socioeconómico del magistrado brasileño, y de otro lado,

308 João Paulo Allain Teixeira é Professor da Universidade Federal de Pernambuco, da Universidade Católica de Pernambuco e das Faculdades Integradas Barros Melo. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Teorias críticas do Direito pela Universidade Internacional de Andaluzia, Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa REC - Recife Estudos. Bolsa Produtividade em Pesquisa do CNPq

rescatando la consolidación de las principales matrices teóricas sobre el derecho adoptadas a partir de la promulgación de la Constitución de 1988. De la misma forma, apunta a un esfuerzo necesario en el sentido de la apertura y democratización del poder judicial, de los tres poderes, el único cuyos miembros no son elegidos, y por eso, los canales de participación ciudadana con respecto a la jurisdicción necesitan ser garantizados por vías distintas, pero igualmente amparadas por referenciales de legitimidad democrática.

2. EL PODER JUDICIAL BRASILEÑO: ESTRUCTURA Y ATRIBUCIONES

En la clásica formulación de la separación de poderes, corresponde al poder judicial la función de decir el derecho, “*juris dicere*”. La configuración traída por la Constitución Federal de 1988 atribuye al poder judicial el papel de guardar y tutelar los derechos fundamentales. Para tal misión, el texto constitucional estableció una estructura relativamente compleja, con la previsión de una justicia común (estatales y federal) y justicias especiales (electoral, militar y del trabajo), encabezadas por el *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) y por el *Supremo Tribunal Federal* (STF).

La Constitución brasileña estableció para la actuación jurisdiccional un conjunto de principios que orientan la actividad decisoria. Entre ellos, el conjunto de normas que orienta el desarrollo de una actividad procesal establecida en bases democráticas, tales como el principio del contradictorio, amplia defensa, juez natural, etc. Además, ha revestido la actividad jurisdiccional de un conjunto de prerrogativas atribuidas a los magistrados, tales como la vitalidad, inamovibilidad, irreductibilidad de vencimientos.

La jurisdicción constitucional en Brasil obedece a un modelo híbrido reuniendo en una única estructura, el modelo norteamericano de Suprema Corte y el modelo europeo de Tribunal Constitucional. Con ello, el control de constitucionalidad en Brasil es atribuido a la Suprema Corte Federal, órgano del poder judicial, a quien corresponde el juicio de demandas involucrando la constitucionalidad de leyes y actos normativos federales, sea por vía de excepción (control difuso), sea por vía de excepción (control difuso) la vía de acción (control concentrado).

El acceso a la carrera de magistrado se ordena a través de concurso público, siendo el concurso para juez, por la buena remuneración y por las garantías constitucionales, uno de los más buscados de Brasil. En el país, proliferan los

cursos de bachillerato en derecho en el país. La mayoría enfatiza una formación eminentemente técnica, en detrimento de una formación que contemple las tensiones y desafíos inherentes a la complejidad social, cultural y económica de América Latina y de Brasil.

Promulgada en un contexto post-autoritario, la Constitución de 1988 atribuyó al Poder Judicial un papel central en el contexto de la institucionalidad brasileña. Tributaria de la tradición inspirada por el escenario europeo del final de la II Guerra Mundial, la Constitución diseñó el poder judicial como una gran trinchera en la defensa de los derechos. Después de un largo período de dictadura civil-militar, Brasil alcanzó este modelo de consenso constitucional a partir de la desconfianza hacia los demás poderes, convergiendo para el reconocimiento de un poder judicial que asumió inédito protagonismo en las relaciones sociales en el país.

En consecuencia de la explosión de litigiosidad y del aumento exponencial de las demandas llevadas a la apreciación de las instancias jurisdiccionales, se verificó la elevación de la tasa de congestión de las demandas bajo la apreciación del poder judicial brasileño³⁰⁹.

El aumento de la judicialización de las demandas sociales y la constatación de un rol de dificultades en la eficiencia de la prestación jurisdiccional justificaron un proceso de reformas procesales y estructurales con el objetivo de adecuar la actuación del poder judicial a las demandas sociales del país.

En ese contexto, la propuesta de reestructuración de los juicios dedicados a demandas con limitación de valores bajo demanda. Los Juicios Especiales civiles y criminales, surgen a través de la Ley 9099/95. Los juicios especiales pasan a actuar en el espacio anteriormente ocupado por los juicios de pequeñas causas, instituidos bajo el régimen constitucional anterior.

309 “El primer grado de jurisdicción es el segmento más sobrecargado del Poder Judicial y, por consiguiente, el que presta servicios judiciales más allá de la calidad deseada. Los datos del Informe Justicia en Números 2018 revelan que de los 80 millones de procesos que tramitan en el Poder Judicial brasileño en el año 2017, el 94% está concentrado en el primer grado. En esta instancia están, también, el 85% de los procesos ingresados en el último trienio (2015-2017); El 84% de los servidores cubiertos en el área judicial, el 69% del cuantitativo de cargos en comisión, el 61% en valores pagados a los cargos en comisión, el 75% del número de funciones comisionadas y el 66% de los valores pagados por el ejercicio de las funciones de confianza. El porcentaje de servidores del área judicial en el primer grado de jurisdicción debería seguir la proporción de los nuevos casos, es decir, del 87%. Sin embargo, el porcentaje en 2017 fue del 85,3%, con un aumento del 0,4 punto porcentual en relación al año 2016, restando, además, avanzar en 1,7 punto porcentual para alcanzar la equivalencia. Esta diferencia implica una necesidad de transferencia de 6.414 servidores del 2º al 1er grado, aún por realizarse. Además, es la instancia más congestionada. Mientras que la tasa de congestión del 2º grado es del 54%, en el primer grado es de 20 puntos porcentuales más: el 74%. La carga de trabajo del magistrado es el doble (7.219 en el primer grado y 3.531 en el segundo grado) y los Indicadores de productividad de los servidores y de los magistrados son mayores en la primera instancia. Estos datos, por tribunal y segmento de justicia, están presentados en el Informe Justicia en Números 2018” (<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>)

También en 1996 y con el propósito de perfeccionar las formas de solución alternativas de conflictos, surge la justicia arbitral con la Ley 9307/96. La disciplina legislativa de las formas alternativas de solución de conflictos tiene también en la Ley 13.140 / 2015 un marco relevante.

Entre las reformas en ámbito constitucional destacamos la promulgación de la Enmienda Constitucional de número 45, fechada en 2004 (EC 45/04), dedicada a la “Reforma del Poder Judicial” que introdujo en el ordenamiento jurídico brasileño un nuevo tratamiento jurisdiccional para las demandas llevadas a su apreciación. La EC 45 aparece en diciembre de 2004, en la estela de un diagnóstico elaborado por el Banco Mundial sobre el funcionamiento del poder judicial en América Latina y el Caribe. El documento técnico 319 publicado en 1996 y relatado por Maria Dakolias³¹⁰ destaca los puntos de estrangulamiento del poder judicial, apuntando medidas que podrían contribuir a una prestación jurisdiccional en una supuesta relación de adecuación con las demandas sociales de la región.

3. EL PERFIL SOCIAL DE LOS JUECES BRASILEÑOS

Brasil posee en 2018 cerca de 20 mil jueces en actividad. Para ayudar a comprender el perfil de la magistratura brasileña, dos grandes investigaciones fueron realizadas y divulgadas en 2018. La primera, patrocinada por la *Associação dos Magistrados Brasileiros* (AMB), y la segunda patrocinada por el propio *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ).

La encuesta realizada por la AMB (Asociación de los Magistrados Brasileños) realizada en 2018 busca trazar y evidenciar el perfil del magistrado brasileño en números. En el marco de la investigación “Quiénes somos - La Magistratura que Queremos”, contó como investigadores los profesores Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho y Marcelo Baumann Burgos habiendo sido coordinada la comisión por el Ministro Luis Felipe Salomão, del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ).

El resultado de la investigación reveló un perfil predominantemente masculino, blanco, hétero y católico de los jueces brasileños. La encuesta revela que a pesar de un fuerte ingreso de mujeres en la magistratura brasileña entre los años 1999 y 2009, cuando el total de mujeres en la magistratura llegó a más del 40% de los magistrados ingresantes en el primer grado, los últimos años revelaron

310 DAKOLIAS, Maria. “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para Reforma”. Washington: Banco Mundial, 1996

una caída en ese número , apuntando a un escenario en que actualmente de los jueces con actuación en el primer grado en actividad, el 36,7% son mujeres y el 63,3% son hombres. En el segundo grado, el número de mujeres es aún menor, el 21,2%, contra 78,8% de hombres.³¹¹

En cuanto a la cuestión étnica, la investigación del CNJ (Consejo Nacional de Justicia) apunta en el perfil sociodemográfico de los magistrados brasileños que el 80,3% se declara blanca, siendo el 16,5% los que se declaran pardos y sólo el 1,6% se declaran negros³¹².

La investigación del CNJ apunta también que la mayoría de los magistrados brasileños tienen origen en los estratos sociales más altos, con padres y madres con rango de escolaridad en el nivel de la enseñanza superior completa³¹³.

En cuanto al aspecto religioso, las repuestas ofrecidas por los magistrados brasileños en la investigación de la AMB indican la predominancia de la religión católica entre los jueces brasileños (59,9%).

En comparación con estos datos, con los datos del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística)³¹⁴ percibimos un descompaso entre la magistratura brasileña y la pluralidad social brasileña, habiendo un fuerte desequilibrio en lo que se refiere a la representatividad en cuanto a la diversidad étnica y de género en el judicial brasileño. De acuerdo con los últimos datos del censo IBGE, la población brasileña en la PNAD 2015 es de unos 204,9 millones de personas, de las cuales el 51,5% son mujeres y el 48,5% son hombres. Otro dato de la investigación revela que en 2015 más de la mitad (53,9%) de las personas se declaraban de color o raza negra o parda. El porcentaje de las personas que se declaraban blancas fue del 45,2%.

Podemos destacar aquí que el perfil relativamente homogéneo de los integrantes del poder judicial brasileño, oriundos mayoritariamente de un solo segmento social, es factor que dificulta la percepción de la complejidad de las relaciones socioculturales en Brasil. Cuestiones relevantes para la afirmación y

311 WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. "Quem Somos: A Magistratura que Queremos". Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2018. P. 24.

312 JUSTIÇA EM NÚMEROS. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> P.8.

313 JUSTIÇA EM NÚMEROS. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> P.15.

314 IBGE, "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios". Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?=&t=o-que-e>

consolidación de la democracia, implicando por ejemplo derechos de minorías, derechos de las mujeres y temas relativos a cuestiones indígenas, quilombolas, etc. tienden a ser tratadas de modo simplista e inadecuado por las instancias jurisdiccionales brasileñas. Esta singularidad indica la permanencia de una lógica colonial, heredera de un pasado remoto, pero aún presente en las estructuras de poder de la institucionalidad brasileña.

4. BALANCE Y PERSPECTIVAS JUDICIALES EN LOS 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988

En los años que siguieron a la promulgación de la Constitución de 1988, surgió un amplio debate doctrinal y jurisprudencial orientado a la definición de un marco institucional dentro del cual el gobierno preferencialmente se movería para alcanzar sus objetivos institucionales. Considerando las circunstancias históricas, esta definición se mostró de gran relieve, ya que el país salía de un régimen autoritario, encontraba desafíos distintos en la institucionalidad democrática recién afirmada.

El *mainstream* teórico que luego se estableció se funda en el “constitucionalismo de la efectividad” que se ampara en el debate europeo del final de la segunda mitad del siglo XX, del cual son exponentes destacados la “Teoría de los Derechos Fundamentales” y la “Teoría de la Argumentación Jurídica”, ambos de Robert Alexy. La comprensión del derecho en una dimensión principiológica, consagrando la posibilidad de una lectura moral del derecho, a partir de la configuración de los principios como verdaderos comandos normativos. La peculiar característica de los principios sería el hecho de actuar como “mandados de optimización” a ser aplicados ante las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. En la experiencia brasileña sin embargo, el recurso argumentativo a la “ponderación” o a la “proporcionalidad” ganó contornos mágicos. Y así, se consagró un modelo dogmático en el que la mera referencia argumentativa a estas fórmulas provocó un horizonte de amplia aceptación en la comunidad jurídica nacional. En síntesis, el recurso argumentativo la “ponderación”, “proporcionalidad”, “dignidad humana”, etc, acabó por permitir la legitimación performativa de un espectro decisorio virtualmente ilimitado³¹⁵

315 La hipótesis puede ser verificada mediante consulta a las bases jurisprudenciales públicamente disponibles por los tribunales brasileños. En consulta al sitio del STF en agosto de 2017 encontramos para la expresión “proporcionalidad” 1012 registros en sentencias y 6 documentos en Repercusión General. Para la expresión “razonabilidad” aparecen 978 registros de documentos en sentencias y 8 documentos en Repercusión General. Para “ponderación”, son 329 registros para las sentencias y 4 registros para Repercusión General. Por supuesto, es necesario emprender una investigación refinada para llegar definitivamente a esta conclusión, pero el elevado número de registros sugiere una amplia utilización argumentativa de las expresiones investigadas.

Este proceso, fruto de una recepción inadecuada del debate europeo de la posguerra, alentó, desde el punto de vista doctrinal y desde el punto de vista de la propia institucionalidad estatal, la creciente judicialización de las disputas políticas y en gran medida la politización del poder judicial. Como resultado de este proceso, se naturalizan solipsismos y personalismos de toda suerte, inscribiendo el ejercicio de la jurisdicción en el horizonte de un moralismo que favorece con frecuencia el arbitrio.³¹⁶

En los 30 años de la Constitución de 88, es posible percibir un cierto llamamiento al populismo judicial así como una incertidumbre en cuanto al papel del poder judicial en cuanto a la consolidación de la democracia en el país. Esta constatación se deriva de la percepción de que ante la conflictividad política instalada en Brasil a partir de la segunda mitad de la década de 2010, el poder judicial se convirtió en agente tensionador, dejando en segundo plano su papel de agente pacificador.

Las posturas asumidas por el sistema de justicia brasileño a partir de 2016 con el Impeachment de Rousseff y las lecturas heterodoxas de los derechos y garantías fundamentales en el contexto de la llamada “Operação Lava Jato” apuntan a una profundización en las tensiones políticas y sociales en el país. El énfasis en la expansión del estado policial, amparado en el punitivismo y un cierto desprestigio de una mirada garantista (capaz de concebir el derecho como instrumento de realización de la ciudadanía), contribuyendo a promover una ruptura con el modelo institucional inaugurado por el texto constitucional de 1988.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como agenda para los próximos años, parece ser inaplazable el enfrentamiento de un conjunto de cuestiones con el objetivo de favorecer la apertura y la democratización institucional del poder judicial. Entre los elementos de esta agenda la apertura a la sociedad brasileña mediante el desarrollo de mecanismos

316 En la decisión de 2006, el ministro Humberto Gomes de Barros del Superior Tribunal de Justicia sintetiza en el juicio del AgReg en ERESP 279.889-AL, la esencia de la desconexión entre la práctica de los tribunales y la reflexión académica sobre el derecho en Brasil: “No me importa el que piensan los adoctrinadores. Mientras sea ministro del Superior Tribunal de Justicia, asumo la autoridad de mi jurisdicción. El pensamiento de aquellos que no son ministros de este Tribunal importa como orientación. A ellos, sin embargo, no me someto. Interesa conocer la doctrina de Barbosa Moreira o Athos Carneiro. Decido, sin embargo, conforme a mi conciencia. Necesitamos establecer nuestra autonomía intelectual, para que este Tribunal sea respetado. Es necesario consolidar el entendimiento de que los Sres. Ministros Francisco Peçanha Martins y Humberto Gomes de Barros deciden así, porque piensan así. Y el STJ decide así, porque la mayoría de sus integrantes piensa como esos ministros. Este es el pensamiento del Superior Tribunal de Justicia y la doctrina que se amolde a él. Es fundamental expresar lo que somos. Nadie nos da lecciones. No somos aprendices de nadie. Cuando venimos a este Tribunal, validamente asumimos la declaración de que tenemos notable saber jurídico - una imposición de la Constitución Federal. Puede que no sea verdad. En cuanto a mí, ciertamente, no es, pero, a efectos constitucionales, mi investidura me obliga a pensar que así sea “

que permitan la participación popular en la actuación del poder judicial. Estos mecanismos tanto pueden contemplar la participación de representantes de la población en instancias de corrección, así como en espacios de deliberación en cuanto al presupuesto de los tribunales.

En el marco de los tribunales superiores conviene establecer límites temporales para el ejercicio de la función mediante el establecimiento de mandatos. Esta providencia puede contribuir a la ampliación de la representatividad de los diferentes segmentos sociales en las instancias más elevadas de la jurisdicción brasileña.

En lo que se refiere al *Conselho Nacional de Justiça*, los asientos son mayoritariamente ocupados por representantes del sistema de justicia, favoreciendo la endogenia y el corporativismo³¹⁷. La reestructuración y democratización de la participación en las deliberaciones del Consejo puede también funcionar como un importante elemento a favorecer la legitimidad democrática del poder judicial brasileño.

Evidentemente, ninguna de esas providencias conseguirá alcanzar satisfactoriamente los objetivos pretendidos si no existe una preocupación con la reformulación de la enseñanza jurídica en las facultades brasileñas, hoy prioritariamente dirigidas a una comprensión del derecho en una dimensión abstracta, donde la normatividad casi nunca es percibida como reflejo de una sociedad plural y compleja.

De la misma forma, si el poder judicial es reflejo de las tensiones que emergen de la sociedad, la adecuación de la prestación jurisdiccional depende de la capacidad del poder judicial para contemplar esta complejidad tanto a nivel estructural y en el nivel funcional.

317 Constituição Federal de 1988, **Art. 103-B**. “O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

PROPUESTA DE REFORMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

Antonio de Cabo de la Vega³¹⁸

I

Formular una propuesta de reforma del sistema de control de constitucionalidad, pese a tratarse de un tema de larga tradición y que entronca con el propio surgimiento de la disciplina en época moderna al hilo del debate acerca de quién debe ser el guardián de la constitución³¹⁹, encierra tan pocas posibilidades de éxito que resulta, *a priori*, una empresa poco aconsejable.

Y ello porque, si, en general, no parece existir una gran correlación entre el aparato dogmático a través del que se expresa una constitución, y el funcionamiento más o menos armonioso, emancipador o garantista del orden constitucional resultante —ya que éste depende en mayor medida de un conjunto de variables económicas, políticas, sociológicas y culturales, que del acierto o error del constituyente—, ello alcanza dimensiones especialmente relevantes al hablar de la justicia constitucional y, dentro de ella, del control de constitucionalidad.

Efectivamente, los tribunales son recordados por sus resultados y no por las normas que los regulaban, por las personas que los integraron y no por el sistema de acciones o recursos. Se habla así del Tribunal Warren norteamericano o de la Corte Constitucional colombiana de Carlos Gaviria, y poca gente se acuerda de si hubo o no reformas de orden procesal o sustantivo en la regulación constitucional de los recursos, o de si se optó por uno u otro sistema de acciones.

En definitiva, si la confianza en lo que, en expresión que ha quedado ya relegada casi al olvido, se llamó “ingeniería constitucional”³²⁰ no parece tener mucha cabida en nuestro tiempo, tanto por lo que de ingenuo tiene en sus pretensiones de “varita mágica constitucional”, como —y lo que es mucho más grave— por lo que de elitismo epistemológico refleja, en incompatible oposición a

318 Antonio de Cabo de la Vega é Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Complutense de Madri. É diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Críticos da Universidade Complutense de Madrid.

319 Kelsen, H., *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

320 Sartori, G., *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, C. de México, FCE, 2017.

una concepción democrática de la regulación del poder, ello resulta todavía más acusado cuando hablamos de control de constitucionalidad de las leyes.

No olvidemos que estamos aquí entre el choque de legitimidades de mayor intensidad concebible en un sistema constitucional, entre el órgano que ostenta la legitimidad democrática directa y quien, en principio, debe defender, mediante un procedimiento técnico-político, la legitimidad (teóricamente) aún mayor del poder constituyente expresada en el ordenamiento constitucional. Y no se trata tan sólo del problema clásico de la objeción contramayoritaria³²¹, sino del hecho de que, en los sistemas constitucionales actuales, las leyes son, con frecuencia, el resultado (virtuoso o no) del acuerdo negociado entre, por un lado, las diferentes fuerzas políticas con representación democrática y, por otro, el conjunto de poderes (legales, alegales o ilegales) que determinan los límites de lo posible, que presionan para reorientar las normas conforme a sus preferencias y que colonizan para hacer valer sus intereses privados³²². Por eso, cuando las normas aparecen finalmente publicadas en el boletín oficial, difícilmente podrán ser excluidas de él con un razonamiento técnico-jurídico, en ausencia de unas condiciones sociales (políticas, económicas, culturales, etc.) que propicien ese cambio de rumbo.

En definitiva, el desempeño de un tribunal encargado del control de constitucionalidad de las normas depende, en primer término, de variables sociológicas, internas y externas. Internas relativas a la personalidad de los magistrados que lo integran, al equilibrio de fuerzas existente dentro del tribunal, a las relaciones que los magistrados mantengan con las fuerzas políticas, con la sociedad civil, con los poderes económicos, con los actores del concierto internacional, o con los medios de comunicación. Y externas dependientes, por un lado, de la fuerza real del bloque de poder que impulsó la aprobación de la norma (es hegemónico, es dominante, es coyuntural, está en una coyuntura “bonapartista”)³²³ y, por otro, de la existencia de actores capaces de movilizarse con la suficiente fuerza como para dar “legitimidad” a la decisión técnico-política del tribunal contra el *statu quo*.

Estas “complejidades” se traducen en que los tribunales suelen guardarse

321 Friedman, B., The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. *New York University Law Review* 73 (2), 1998, 333-433.; Friedman, B. (2000), The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics. *University of Pennsylvania Law Review* 148 (4), 2000, 971-1064.; Friedman, B., The History of the Countermajoritarian Difficulty Part Three: The Lesson of Lochner. *New York University Law Review* 76 (5), 2001, 76 y ss.; Friedman, B., The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession. *Yale Law Journal* 153, 2002, 112 y ss.; Friedman, B., The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstructions's Political Court. *Georgetown Law Journal* 1, 2002, 91 y ss.

322 De Cabo, C., *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2001.

323 Marx, K., *El dieciocho de brumario de Luis Bonaparte*, Madrid, Alianza Editorial, 1992

mucho, con un uso bien controlado de los retrasos y dilaciones procesales, de manifestarse sobre normas aprobadas en la legislatura actual o por el partido o líder político en ese momento en el poder, reservando sus afiladas armas garantistas para normas derogadas, que ya hayan cumplido su función normativa o impulsadas por fuerzas, mayorías o equilibrios de poder del pasado o, con florentino refinamiento, para los votos particulares en aquellas decisiones que ya se sabe que no prosperarán.

Sin ánimo de caer en una visión excesivamente mecanicista del funcionamiento de la justicia constitucional y reconociendo que, en ocasiones, aparecen muestras de autonomía relativa de su actuación o de apertura de vías “intersticiales”³²⁴ entre las diferentes expresiones del poder real, parece razonable, eso sí, guardar un prudente escepticismo sobre las capacidades taumatúrgicas de un cambio normativo que afecte a la legitimidad activa, a los plazos o a la sustanciación de los procesos.

II

Si esto es así, con carácter general, existen algunas peculiaridades del orden constitucional español que abonan esta reducción en la confianza en las bondades de una reforma. Estas peculiaridades son el resultado de uno de los caracteres más frecuentemente mencionado en las valoraciones críticas de la constitución del 78³²⁵, la multiplicación de los compromisos dilatorios³²⁶ en aras del consenso, que han terminado por desconstitucionalizar amplias regiones de nuestro sistema político-constitucional (de manera constantemente eminente, en lo territorial). Esta desconstitucionalización, esta remisión al legislador estatutario, orgánico u ordinario, esta prolongación artificial del proceso constituyente, hace que, en el caso del sistema de control de constitucionalidad español, éste haya quedado reducido a su mínima expresión. Recordemos que nos enfrentamos a un título IX que sólo cuenta con siete artículos (159 a 165) y que, en lo relativo al control de constitucionalidad, es exiguo lo que se señala. En concreto, no hay más regulación que la que ofrecen los artículos 161.1 a), 161.2; 162.1 a), 163, 164.1, 164.2 y 95.2.

Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio es-

324 Mann, M., *Las fuentes del poder social*, vol. 1. Madrid, Alianza Editorial, 1991.

325 Capella, R. (Ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid, Trotta, 2003.

326 Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2011

pañol y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

(...)

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Artículo 162

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

(...)

Artículo 163

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Artículo 164

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Artículo 95

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Así las cosas, salvo algunos errores manifiestos que se señalarán más tarde, la respuesta corta a la pregunta sobre qué se debería reformar podría ser: “dado que apenas se regula nada, bien pueden quedarse las cosas como están...”.

Tan manifiesta fue esa insuficiencia regulatoria, que la ley orgánica que norma al tribunal constitucional tiene el número 2 de 1979, es decir, es la segunda de todas las leyes orgánicas, sólo precedida por la 1 (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE, núm. 239, de 05 de octubre de 1979)) y seguida de las leyes 3 y 4 (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE, núm. 306, de 22 de diciembre de 1979) y Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE, núm. 306, de 22 de diciembre de 1979)), todas ellas normas, por diferentes razones, de inaplazable urgencia.

Muy en el espíritu de la época, se pensó que poniendo al frente a una personalidad intachable (a don Manuel García Pelayo) la cosa podría ir tirando y encaminarse por sí misma hacia un rumbo “consensuado”, tan deseado como ciertamente indefinido. Efectivamente, el tribunal constitucional se inauguró con algunas sentencias escolares (en el mejor sentido de la palabra), llenas de didactismo político y no exentas de vertientes activistas entre 1980 y 1986, como, por ejemplo la STC 76/1983, de 5 de agosto (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983) que dejaba sin efecto el pacto entre los dos partidos mayores –UCD y PSOE– para “reencauzar” el proceso autonómico, en parte como “respuesta” al fracasado golpe de estado del 23 de febrero de 1981. Como es sabido, esta primera etapa terminaría con un baño de realidad, al imponerse la decisión favorable al gobierno en el caso RUMASA (STC 111/1983, de 2 de diciembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1983)) que conduciría (según todos los indicios) a la dimisión de García Pelayo, a la condena del estado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 23 de junio de 1993, en el caso *Ruiz Mateos c. España*) y a una senda de inanidad, crisis y desprestigio, incrementados periódicamente por las dificultades (políticas) para lograr su renovación y por diversas

muestras de “seguidismo” jurisdiccional con el poder.

III

Todo lo anterior no obsta para que tampoco resulte justificado razonar que, dado que las normas tienen una capacidad limitada para influir en la vida constitucional y en el sistema de control constitucional de las leyes, entonces, tengamos una regulación manifiestamente insuficiente, inadecuada o, directamente, errónea.

Sea poco o mucho lo que una depurada técnica legislativa pueda aportar, no existen razones para mantener conscientemente normas que se consideren inadecuadas.

Puestas así las cosas, me parece que podríamos distinguir tres tipos de reformas: reformas necesarias, reformas convenientes y reformas deseables.

Entiendo por reformas *necesarias* aquellas que se derivan de la lógica interna de la regulación constitucional, es decir, aquellas que podrían considerarse, de manera más o menos estricta, como intentos de superar antinomias o colmar lagunas creadas por el propio constituyente.

Como reformas *convenientes* incluiré aquellas que pretenden completar o mejorar la regulación existente, sin introducir cambios de concepto ni suscitar cuestiones deliberadamente ignoradas por el constituyente.

En ambos casos, se trataría, por tanto, de razonamientos, en la terminología de Ferrajoli, internos al derecho³²⁷.

En cambio, las que calificaré de reformas *deseables*, provendrían de una perspectiva externa al derecho, como es natural, de mi propia perspectiva externa. Es decir, aquellas modificaciones que, conforme a mis postulados morales y políticos, podrían contribuir a diseñar un sistema más deseable en términos emancipatorios.

No se tratan, en cambio, posibles reformas que supusieran un cambio total del sistema (como sería convertirlo de concentrado en difuso, por ejemplo), ni que involucraran cambios en la arquitectura interna del tribunal constitucional o del sistema constitucional de reparto de poderes (como sería, por ejemplo, la elección por votación directa de los magistrados del tribunal).

IV

327 Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2018.

Por diferentes razones, unas existentes ya en el momento de aprobación del texto constitucional, y otras sobrevenidas, creo que podemos señalar siete ámbitos en los que en aras de la corrección sistemática, de la depuración técnica y de la seguridad jurídica convendría realizar una intervención operativa sobre el texto constitucional para salvar antinomias o colmar lagunas.

1. EL ARTÍCULO 163.

Parece que existe un consenso generalizado³²⁸ en que el texto que finalmente acabó por incorporarse a la constitución incluye diferentes patologías. La más evidente de todas aparece en su inciso final, cuando se afirma que los efectos de la cuestión “en ningún caso serán suspensivos”. Como es sabido, los efectos de la presentación de una cuestión, como no podría ser de otra forma, son *siempre* suspensivos.

Es cierto que, convencionalmente, se ha optado por realizar un cierto ma-labarismo interpretativo y entender que esta suspensión se refiere a la vigencia de la ley y no al proceso, y así lo especifica el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, nada en el texto nos permite acercarnos a este entendimiento; y ampliar de tal manera las capacidades de la interpretación, de forma que pueda extraerse como sentido de la norma, exactamente lo contrario de lo que ésta dice, no es más que apostar por una incontrolable pendiente resbaladiza. Si el constituyente está equivocado porque establece una regulación irrazonable de la cuestión que la vuelve de todo punto inútil, lo que hay que hacer es rectificar ese error y no pretender que no existe.

Hay, por otra parte, una serie de pequeñas trabas técnicas en la regulación de esta institución que ha provocado, que, en términos generales, no se haya incorporado a la vida ordinaria de los tribunales, ni haya conseguido esa difusión del cuidado por la normatividad constitucional entre la justicia ordinaria, que es su objetivo primario. Tema sobre el que se volverá al final.

2. EL PRETENDIDO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Como consecuencia, esencialmente, de la indefinición del modelo territorial en la constitución, y con el objetivo de tratar de dar algo de solidez al reparto competencial, la LOTC creó en el art. 28.1 un pretendido “bloque” que serviría

328 De Cabo, A., Artículo 163. La cuestión de inconstitucionalidad. En Óscar Alzaga (Ed.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1999, 275-298, 1999.

de parámetro para la constitucionalidad de las normas³²⁹.

Artículo 28.

Uno. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

(...)

Como es bastante obvio, una norma de rango legal, no puede establecer qué preceptos son o no parámetro de la constitucionalidad, lo único que podría hacer es repetir lo dispuesto constitucionalmente. Sin embargo, el problema es que no hay nada dispuesto en la constitución en este sentido. Nuevamente, sólo malabarismos interpretativos permiten convertir normas infraconstitucionales en normas supralegales. Si se considera necesario mantener esta institución, lo adecuado es otorgarle el conveniente rango constitucional. Lo mismo cabe decir de los reglamentos del art. 72.1 constitucional.

3. LAS RELACIONES CON EL SISTEMA DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, EN PARTICULAR, EL PROBLEMA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN SEDE CONSTITUCIONAL.

En parte por no haberse producido la incorporación de España a las comunidades europeas entonces existentes en el momento de redacción y aprobación de la constitución, todo el tema de las relaciones entre ordenamientos y jurisdicción quedó en una extraña tierra de nadie, sin más punto de referencia que el límite procedimental del artículo 93. Hoy, más de cuarenta años después, no es razonable que no se dé rango constitucional a estas relaciones. Sin entrar en cómo debería abordarse el tema desde el punto de vista competencial y de sistema de fuentes, para lo que ahora interesa, no tiene sentido que el TC continúe realizando sus razonamientos como si tuviera ya el monopolio, ya la última palabra en la interpretación de las normas, cuando esto, para bien o para mal, no es así, en los casos en que la norma en cuestión proviene de la UE. Aunque decisiones como el Auto 86/2011³³⁰ han comenzado a dar entrada a la petición de cuestión prejudicial, tratándose de un tema que afecta a la arquitectura misma del TC como “máximo” intérprete, debería quedar regulada, en sede constitucional. Aunque

329 De Cabo, A., Nota sobre el bloque de constitucionalidad. En *Jueces para la Democracia* 24, 58-65, 1995.

330 Arroyo Jiménez, Luis, *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*. En *WP IDEIR* 8, 2011.

fuera del ámbito de esta propuesta, razonamientos análogos serían de aplicación a la necesaria regulación constitucional de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. EL CONTROL DE LAS NORMAS ESTATUTARIAS PARA LAS QUE ESTÁ PREVISTA LA REALIZACIÓN DE UN REFERÉNDUM.

La doctrina ya había señalado en diferentes ocasiones el peligro para la estabilidad democrática que suponía que un texto refrendado popularmente fuera controlado *a posteriori* en lo relativo a su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional³³¹. De declararse inconstitucional, se estaría desautorizando la sanción que el propio electorado habría dado a dicho texto. Aunque es cierto que la LO 12/2015 ha venido a modificar las modalidades de control en este caso, nuevamente nos encontramos con una decisión que afecta a opciones sobre el peso del principio democrático dentro de nuestro ordenamiento, por lo que su regulación debe ser constitucional y no legal. Dejando de lado que, por el mismo camino que se reformó la LO en el 2015, podría reformarse en sentido contrario y reaparecería el problema.

5. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

El Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia, en vía pretoriana (STC 83/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016)) que le corresponde revisar la constitucionalidad de las declaratorias de estado de alarma, excepción o sitio. Con independencia del acierto o de la competencia del TC para adoptar esa decisión³³², de lo que no cabe duda es de que las normas sobre estados de excepción son una de las piedras de toque del constitucionalismo como sistema de límites y vínculos al poder. Precisamente porque los estados de excepción son estados de anormalidad constitucional, es por lo que su regulación debe estar previamente establecida por el propio texto constitucional y no quedar al albur de un posible cambio de orientación jurisprudencial de un tribunal, que podría verse muy presionado en el contexto político que diera lugar a las citadas declaratorias. El mismo argumento puede hacerse extensivo al control de la aplicación del artículo 155.

331 Fossas, E., El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía. En *Constitución y democracia ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Madrid, Universitas Editorial, 3559-3584, 2012.

332 Garrido López, C., Naturaleza jurídica y control constitucional de las decisiones constitucionales de excepción. En *Revista Española de Derecho Constitucional* 37 (110), 43-73, 2017.

6. EL CONTROL POSTERIOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

La constitución prevé un sistema de control previo de los tratados internacionales con el fin de evitar que se produzca la incorporación al ordenamiento de una norma inconstitucional que, sin embargo, sería válida y obligatoria en el plano internacional. Es decir, una norma que sería, simultáneamente, incompatible con nuestro ordenamiento y parte del mismo. Sin embargo, la constitución no excluye que dichos tratados puedan ser objeto de control posterior, lo que recrudece el problema que, justamente, se quiere evitar. Tendríamos una norma que los poderes internos no podrían aplicar por ser declarada inconstitucional, pero que seguiría siendo parte de nuestro ordenamiento y de obligado cumplimiento para el estado en sede internacional, en tanto no se produjera su denuncia³³³.

Esta inconsecuencia se deriva de la forma tan extraordinariamente restringida en que se ha regulado el control previo, poniendo numerosas cortapisas a las capacidades de actuación del TC (legitimidad activa, justicia rogada, coherencia con el *petitum* de la demanda).

7. EL CONTROL PREVIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Aunque la constitución no contiene límite sustantivo alguno a la reforma constitucional, al permitir la que denomina “reforma total” (sin perjuicio de las disquisiciones doctrinales acerca de lo que sería no una reforma total, sino una nueva constitución o, incluso, la que supusiera la creación de un texto que ya no mereciese tal nombre), lo que sí hace es establecer un doble procedimiento, dependiendo del contenido afectado.

Que esta opción es una opción problemática se muestra, por ejemplo, en el hecho de que el gobierno debiera consultar sobre la adecuación procedimental de los cambios necesarios para dar cabida en nuestro ordenamiento al después frustrado Tratado por el que se instituye una constitución para Europa. En definitiva, resulta evidente que podría darse el caso de que una reforma que debiera tramitarse por el procedimiento más agravado, terminara siéndolo por el menos. En principio, disponiendo de la mayoría necesaria para impulsar el procedimiento del artículo 167, no habría ningún sujeto legitimado para oponerse constitucionalmente a esta decisión.

Parece, pues, que si queremos cerrar el círculo de la ausencia de actos sin

333 Henríquez Viñas, M. L., Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. En *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 5 (1), 2007, 119-126.

control, debería operarse una reforma para provocar el pronunciamiento constitucional. Existen, en realidad, dos opciones, o permitir el control posterior de la reforma por motivos procedimentales o establecer un control formal previo. Lo segundo parece preferible en la medida en que el procedimiento de reforma puede implicar la intervención del electorado en referéndum, con los problemas antes señalados.

En un plano de menor formalismo jurídico, también cabría establecer un pronunciamiento previo sobre la adecuación de la pregunta. Es decir, comprobar que no se trata de preguntas no relacionadas con lo que se pretende reformar, capciosas o de difícil comprensión. Estos mecanismos existen en otros ordenamientos, por ejemplo, en los artículos 443 y 438 de la constitución de Ecuador.

8. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS OMISIONES.

Ni el constituyente, ni el legislador se han ocupado de manera directa de la cuestión de la omisión constitucional. Aunque, como es sabido, existen sentencias del TC que total o parcialmente inciden sobre las omisiones³³⁴, parece necesario que este tema quede definido en la norma constitucional, puesto que se trata un problema insoslayable de la realidad constitucional de cualquier país.

V

Entre las reformas *convenientes*, es decir, aquellas encaminadas a disponer de una mejor técnica legislativa, de un ordenamiento más ordenado y completo, aunque no directamente exigidas por otras normas o problemas constitucionales, podríamos mencionar:

9. ENUMERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS.

La forma en que se discutió y aprobó el texto constitucional (la imposibilidad de retomar artículos ya aprobados para no poner en riesgo el consenso alcanzado) hizo que abunden las cláusulas abiertas de cierre. Así sucede con el artículo 161.1.

A esta situación se ha venido a sumar el reconocimiento por parte del legislador orgánico de algunas de las lagunas constitucionales existentes en materia de control (entre otras), por lo que ha creado diferentes procesos adicionales a los existentes en la constitución.

334 Villaverde Menéndez, I., *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Ambas realidades son poco deseables, tanto el tener una referencia abierta (“de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas”), como la existencia de una suerte de doble categoría de competencias: las directamente constitucionales y las derivadas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por ello, habría que reformar el artículo 161.1 incluyendo todas las existentes y, en su caso, las que se crearan de entre las propuestas en la sección IV.

10. DETERMINACIÓN DE LOS PARÁMETROS DE ACTUACIÓN.

La ya citada parquedad con la que la constitución ha tratado el tema del control constitucional (y de las competencias del Tribunal Constitucional, en general) ha hecho que no exista indicación alguna sobre los parámetros de su actuación. Principios como el de conservación de la norma, justicia rogada, congruencia u otros relativos a los métodos de interpretación, a las formas de ponderación, etc., aunque han ido siendo creados por la jurisprudencia, podrían figurar en forma ordenada y sistemática en el texto constitucional.

De esta forma se conseguiría una actuación más previsible de este órgano y, con ello, una mayor seguridad jurídica, además de que se contribuiría a relativizar el peso de la objeción contramayoritaria, al actuar el tribunal siguiendo los parámetros que le fija el constituyente y no los que, eventualmente, pueda fijar el tribunal. Un ejemplo de este tipo de precisiones lo encontramos en los artículos 2 a 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador.

11. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS.

También en esta materia es poco lo que aclara el texto constitucional (dejando de lado el enigmático “salvo que en el fallo se disponga otra cosa”), que, en todo caso, no contempla más que una versión muy simplista de la inconstitucionalidad como nulidad *ex tunc*. Igual que antes se indicaba, el tribunal ha ido ampliando (por ejemplo, en la STC 45/1989, de 20 de febrero (BOE núm. 52, de 02 de marzo de 1989)) la nómina de las clases de resoluciones (nulidad demorada, inconstitucionalidad sin nulidad, etc.), pero en decisiones *ad hoc*, que podrían sistematizarse con las mismas ventajas antes señaladas *sub* 10).

12. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS.

Nada dice, en concreto, nuestra constitución sobre la forma de ejecución

de las sentencias, ni sobre las formas de garantía de su eficacia. Aunque en el caso concreto del control abstracto de constitucionalidad no existen, por lo común, especiales problemas de ejecución, el hecho cierto es que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se ha reformado para tratar de hacer frente a lo que el legislador ha interpretado como un vacío. Dada la transcendencia que han adoptado estas decisiones (especialmente, en lo relativo a la suspensión provisional de normas autonómicas por impugnación del gobierno) parece más adecuado que dicha regulación tenga el oportuno rango constitucional, más allá de las razones de oportunidad que puedan haber llevado al legislador a actuar en su momento.

VI

Entiendo por reformas *deseables* aquellas que contribuirían a una noción más democrática y dialógica de la justicia constitucional, en la idea de que pudieran contribuir a un proyecto de transformación emancipador.

13. LOS SUJETOS CON LEGITIMACIÓN ACTIVA.

Todo el texto constitucional gira en torno a la idea de que la democracia es eminentemente la democracia representativa y que la forma principal y casi exclusiva en que ésta se manifiesta es a través de los partidos.

Esta tendencia general se ha trasladado a la regulación de los sujetos legitimados para ejercer el control de constitucionalidad. En la práctica, esto ha supuesto que, hasta la irrupción de Podemos, el control sólo aparecía como consecuencia de la discrepancia entre los dos partidos mayores. O, en el caso autonómico, por la discrepancia entre el partido autonómico mayor y el correspondiente partido mayoritario nacional.

La escasa relevancia de la defensoría del pueblo en esta materia, no ha contribuido a mejorar un sistema cerrado a la participación. Muchas son las formas en que podría ampliarse el catálogo de los sujetos legitimados, desde la acción popular hasta el reconocimiento a diversas instituciones de la sociedad civil, pasando por la ampliación de órganos, la reducción de quórum exigido o la posibilidad de recursos también contra normas que no sean del ámbito propio (unas comunidades frente a otras, municipios frente al estado, etc.).

14. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS.

Nuestra constitución ha tomado una posición muy radical en favor de la seguridad jurídica de forma tal que, transcurridos tres meses desde la aprobación

de las leyes, éstas se vuelven inatacables aunque sean manifiestamente inconstitucionales (dada la inoperancia de la cuestión de constitucionalidad por las razones antes señaladas y sobre las que se vuelve más abajo).

Existe, además, un problema adicional. Un plazo tan perentorio puede resultar insuficiente para detectar las llamadas inconstitucionalidades por el resultado, es decir, aquellas que no provienen de una contradicción *prima facie* con un texto de la constitución, sino que se derivan de la creación de un estado de cosas inconstitucional (*cf.* Sentencia de Unificación 559 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia), como con frecuencia sucede con normas que (con o) sin afán discriminatorio, sin incluir discriminaciones aparentes, terminan creando situaciones de perjuicio para ciertos colectivos o minorías. Una flexibilización de los plazos abriría la posibilidad de atacar este tipo de normas.

15. UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Más allá de todo lo ya señalado antes sobre la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que, potencialmente, podría servir para salvar el abismo que separa a la constitución de la jurisdicción ordinaria. Una tradición paleopositivista y legicéntrica, sumada a las disposiciones de la propia constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han hecho que los jueces prácticamente se hayan desentendido de lo constitucional actuando en forma montesquiana como bocas de la ley.

No parece razonable que, cuando un juez considere que la norma que deba aplicar es inconstitucional, tenga la facultad y no la obligación de intentar evitarlo. Una regulación de nueva planta de la institución debería velar por insertar el espíritu constitucional en la actuación de la justicia.

Y ello porque, siguiendo a De Cabo³³⁵ “el resultado práctico de la cuestión de inconstitucionalidad es que los jueces no deben tratar de aplicar la Constitución, sino extremar la búsqueda de una ley (pre- o post-constitucional, constitucional o no en su contenido) y aplicarla, salvo cuando reciban la indicación contraria del Tribunal Constitucional. Casos recientes, como la STC 126/1997 (preferencia del varón en la sucesión en títulos nobiliarios), parecen confirmar esta interpretación, en la medida en que el Tribunal Supremo ha quedado totalmente desautorizado por el Tribunal Constitucional en su intento de hacer de

³³⁵ De Cabo, A., Artículo 163. La cuestión de inconstitucionalidad. En Óscar Alzaga (Ed.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1999, 275-298, 1999.

la Constitución un texto normativo vivo, obligándole a volver a una aplicación mecánica de la legalidad, incluso en el caso del derecho preconstitucional”.

16. UNANOCIÓN MÁS DIALÓGICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

La constitución ha abierto muy pocos espacios para el diálogo interinstitucional a la hora de interpretarla y aplicarla. Su papel de intérprete supremo se ha traducido en una visión de todo o nada en el ejercicio de las potestades de control constitucional. Una visión de este tipo acentúa el conflicto frente al diálogo y resulta manifiestamente inadecuada frente a realidades como la omisión constitucional³³⁶.

Como ya se mencionó antes de pasada, la ecuación control igual a expulsión del ordenamiento por nulidad *ex tunc*, no responde a las complejidades de las sociedades actuales. Existen numerosas formas de facilitar este diálogo entre el Tribunal Constitucional, el legislativo, el ejecutivo y, en última instancia, el electorado, así como para facilitar la integración de la tarea del Tribunal Constitucional en el orden jurisdiccional ordinario. Aunque existen algunos ejemplos en sentencias aisladas de intentos dialógicos, se trata de una realidad marginal que podría corregirse con la oportuna reforma constitucional.

336 De Cabo, A. y Pisarello, G., ¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos. En Raúl Morodo y Pedro de Vega (Eds.) *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, IJ-UNAM y Facultad de Derecho, UCM, 1807-1830, 2000.

PROPOSTA DE REFORMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia³³⁷

1. INTRODUÇÃO

O presente texto decorre do “II Congreso Hispano Brasileño de Derecho Constitucional: ¿qué reformas para la Constitución española y brasileña?”, que aconteceu na Universidade de Salamanca entre os dias 10 e 11 de setembro de 2019 quando tive a oportunidade de fazer a exposição e discussão sobre o complexo sistema de controle de constitucionalidade do Brasil e propor algumas mudanças ao mesmo.

Após um primeiro evento no qual se discutiram os problemas nos sistemas constitucionais brasileiro e espanhol a proposta do congresso de 2019 foi o de apontar propostas de reforma para superá-los. No caso do Brasil a impressão geral dos conferencistas foi no sentido de que, dado o atual momento, mais do que pensar em reformas há que se tentar garantir que não haja (mais) retrocessos. Assim é que, do lado brasileiro e minha exposição lá e aqui também segue esse caminho, o maior problema têm sido as ameaças de perda de direitos e garantias e o maior temor é que, ao se abrir a porta para reformas constitucionais, os danos podem ser ainda maiores.

Assim é que no presente irei expor um pouco sobre como funciona o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, apresentar alguns “leading cases” que marcaram esse sistema no atual sistema constitucional bem como fazer algumas críticas, seja à normatividade atual seja a algumas posturas dos Tribunais brasileiros, particularmente ao STF ao se colocarem como “guardiões da Constituição”.

337 Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia é Professor na Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Pós-doutorado na Universidade do Porto (Portugal) Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

2. ORIGENS E CONFIGURAÇÃO ATUAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A instituição do controle de constitucionalidade judicial no Brasil advém da adoção do regime republicano em 1889³³⁸. O Decreto n. 848 de 1890, que organizou a Justiça Federal, previu o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no art. 9º, parágrafo único, alínea *b*. Historicamente, atribui-se uma importante função de poder ao Poder Judiciário no republicanismo. Por exemplo, na própria exposição de motivos do Decreto, Campos Salles salienta que o Poder Judiciário tem uma missão de equilíbrio institucional, não sendo mero aplicador das leis (Campos Salles²⁰¹⁰).

Durante os primeiros anos o controle de constitucionalidade foi pouco usado, havendo, inclusive, um caso curioso que Rui Barbosa chamou de “Crime de Hermenêutica”. Em 1896, um juiz no Rio Grande do Sul deixou de aplicar alguns dispositivos da Lei de Organização Judiciária de seu Estado que tratavam do júri popular (a lei acabava com o sigilo das votações e com a possibilidade das recusas peremptórias). Foi movida ação contra o magistrado, que foi condenado. Rui Barbosa ajuizou Revisão Criminal perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo Rui, estava-se condenando o juiz por *rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos*³³⁹. O STF deu provimento à Revisão Criminal fundado na competência que todo juiz possui de declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei que tenha de apreciar.

Ainda que de forma atribulada, é importante lembrar que, com o controle difuso/incidental de constitucionalidade, todo juiz no Brasil é um “juiz constitucional”, não fazendo sentido por aqui a diferença entre uma jurisdição ordinária diversa da jurisdição propriamente constitucional³⁴⁰.

338 É bem verdade que, ao contrário do que preza a doutrina tradicional, não é que inexistia um controle de constitucionalidade sob a Constituição do Império de 1824. O controle de constitucionalidade era deferido aos órgãos legislativos. Como, por exemplo, a Lei (“Ato Adicional”) 16 de 1834, que modificava a Constituição do Império conferiu aos presidentes de Províncias e à Assembleia Geral competência para se oporem às leis que afrontassem a Constituição (Continentino, 2017, p. 2526).

339 Prevalecendo tal absurdo – dizia Rui Barbosa – a função do juiz reduzir-se-ia à “*mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã [...], ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo*” (Barbosa, *apud* Rodrigues, 1965, p. 84-85).

340 Cf. Bahia (2016, p. 145) e Curi, Nunes & Bahia (2009). Como já dissemos noutro lugar: “Qualquer que seja o modelo de jurisdição adotado nos dias de hoje, esta deverá ser lida a partir da Constituição, de maneira que toda jurisdição, seja ou não estatal, será sempre uma jurisdição constitucional. No que toca ao Judiciário, isso implica, em que, países como o Brasil nos quais há o controle difuso de constitucionalidade das leis, todo juiz, de qualquer grau – bem como qualquer outro órgão responsável por resolver litígios –, tem o compromisso de fazer valer a Constituição e, logo, os direitos fundamentais (art. 5º, §1º – CR/88). Além disso, em face dos arts. 4º, II e 5º, §§ 2º e 3º da Constituição, eles também deverão levar sempre em conta os direitos

A forma concentrada surgiu na década de 1960 com uma emenda à Constituição de 1946 já sob a ditadura militar. A EC 16/65 deu nova redação ao artigo 101 da Constituição, passando o mesmo a dispor que o Procurador-Geral poderia representar ao STF quando leis ou atos normativos estaduais ou federais colidissem com os *princípios do art. 7º, VII da Constituição*. A Representação de Inconstitucionalidade era vista como um instrumento excepcional, sendo o controle difuso o meio ordinário de controle da constitucionalidade (ver, *e.g.*, RTJ 102/750). Os efeitos da decisão, após um período de debates no STF, ficam definidos como sendo “*erga omnes*” (como no modelo kelseniano original) e “*ex tunc*” (como no modelo norte-americano)³⁴¹.

A Constituição de 1988 manteve o sistema de controle difuso e, quanto concentrado, foram criadas novas ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI.) (uma remodelação da Representação de Inconstitucionalidade), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO.), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC.) (introduzida pela EC. 3/93), e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Uma mudança importante encontra-se na atribuição de legitimidade ativa em sede de controle concentrado. Houve um enorme alargamento da legitimidade ativa para a propositura das ações (art. 103, CR/88). No entanto, o STF criou interpretação restritiva quanto aos legitimados do art. 103 ao estabelecer o critério da “*pertinência temática*”, a partir da qual o STF restringe a competência de alguns dos legitimados ao controle concentrado — Governadores, Mesas das Assembleias Legislativas, Confederações Sindicais e Entidades de Classe de âmbito nacional. Para que estes possam intentar uma ação em controle concentrado necessitam mostrar o peculiar “*interesse processual*” na apreciação da norma questionada (não bastando, portanto, a capacidade postulatória) (cf. RTJ 161/03).³⁴²

A Constituição ainda deixa claros os papéis do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República. Ao contrário de Constituições anteriores,

humanos previstos em Tratados e Convenções Internacionais – fazendo o que vem sendo chamado de “controle de convencionalidade” (Nunes, Pedron & Bahia, 2019, p. 68).

341 Sobre esse debate cf. Buzaid (1985, p. 132), Aragão (1961, p. 365), Baracho Júnior (1995), Mendes (1998, p. 251-252), RTJ 102/755, RTJ 71/570, RTJ 76/346 e RTJ 76/346.

342 Além da “*pertinência temática*”, há outras limitações específicas. No que toca aos sindicatos, por exemplo, o STF considera que apenas as entidades organizadas sob a forma de “*Confederações*” possuem legitimidade, o que exclui as “*Federações*”, ainda que de âmbito nacional (RT 677/240 e RTJ 146/421). Quanto aos partidos políticos, apenas os Diretórios Nacionais possuem legitimidade (RTJ 138/89). As “*entidades de classe de âmbito nacional*”, por sua vez, têm de possuir associados em pelo menos nove Estados e estes associados têm de estar ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional (RT 675/245 e RTJ 147/03).

nas quais o Procurador-Geral exercia também a defesa da lei, atualmente será ou autor das ações de controle concentrado ou, necessariamente, chamado como *custos legis* (art. 103, VI e §1º – CR/88). Já o Advogado-Geral da União será representante do autor (Presidente da República, Mesa da Câmara ou Mesa do Senado) ou chamado a defender a lei ou ato normativo questionado (art. 103, §3º).

Quanto aos efeitos, a Constituição estabelece que as decisões dadas em ADI., ADC. e ADPF. terão eficácia contra todos e efeito vinculante (vinculante aos demais órgãos judiciários e à Administração Pública) (art. 102, §2º – CR/88 – redação atual após duas emendas terem alterado o texto)³⁴³. Ademais, com a regulamentação das ações pelas leis 9.868/99 e 9.882/99, complementa-se ao estabelecer que os efeitos temporais da decisão serão, em regra, retroativos ao início de vigência da norma questionada. Uma novidade trazida, no entanto pelas leis é que o STF pode modular o alcance (temporal e pessoal) de sua decisão quando a maioria de 2/3 de seus membros entender que há “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Não só isso, o STF também pode, ao invés de simplesmente declarar a norma como inconstitucional e, logo, nula, estabelecer qual (quais) de suas possíveis interpretações está de acordo ou não com a Constituição (respectivamente, interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade sem redução de texto). No caso da ADC. a Constituição estabelece que se a omissão for do Executivo ele será comunicado para resolvê-la em 30 dias e se a omissão for do Legislativo ele será apenas comunicado³⁴⁴.

Vale lembrar que a ADO. foi criada para resolver um problema de “caixa” do governo à época³⁴⁵ e tem o objetivo de ver (re)afirmada no STF a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Ela apenas pode ser utilizada quando houver controvérsia (judicial/administrativa) quanto à aplicação da lei (art. 14, III da lei

343 Considerando que o efeito vinculante significa que nenhum outro Tribunal ou órgão da Administração Pública decidam diferentemente do já estabelecido pelo STF (no controle concentrado), o prejudicado (em um processo ordinário ou em razão de ato administrativo) pode usar da Reclamação para impor a decisão daquele Tribunal.

344 A pouca relevância prática da comunicação ao Congresso Nacional fez com que a ADO. venha sendo a ação menos usada dentre as quatro. Uma mudança no cenário da omissão inconstitucional, no entanto, começou quando o STF passou a dar efeitos concretistas ao Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI – CR/88), o que restou estabelecido igualmente na lei que o regulamentou (lei 13300/16). Sobre isso cf. Bomfim & Bahia (2019).

345 Como lembra Cunha (1997, p. 148), EC. n. 3/93 foi aprovada no intuito de minorar a situação gerada por várias *perdas* judiciais sofridas pela União em razão de um grande número de ações que questionavam a constitucionalidade de medidas governamentais, notadamente nas áreas de previdência e tributos (e.g., o aumento de “147,06%” dos aposentados e pensionistas, o “FINSOCIAL” e a “COFINS”). Assim, a Emenda Constitucional veio (junto a outras medidas) tentar resolver o *problema de “caixa”* da União através de duas medidas: criou o Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão Financeira (IPMF) e a ADC. Por um lado, ganhava-se mais uma fonte de receitas, para dar conta dos aumentos de despesas e indenizações a que estava sujeita a União, por outro, criava um mecanismo através do qual aquela poderia resolver *per saltum* e *in abstracto* a questão da (in)constitucionalidade de certas medidas.

9.868/99). Por fim, a ADPF, apesar de possuir, na prática, objetivo muito similar à ADI, dela se diferencia, principalmente, em razão do tipo de norma que pode ser objeto de uma e outra (Nunes, Bahia, Câmara & Soares, 2013).

3. IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO DE 1988

O controle de constitucionalidade tem sido um meio extremamente importante de garantia da Constituição, não apenas para sua proteção – contra ações violadoras de outros poderes e agentes – mas também para o desenvolvimento do projeto emancipador e garantista do atual regime. O aumento do número de ações e de legitimados ativos, a previsão de “*amici curiae*”, a ampliação dos efeitos e a possibilidade de controle da omissão tanto via ADO, quanto por Mandado de Injunção (MI.) fizeram o controle de constitucionalidade no Brasil ganhar um peso político e jurídico sem comparação com períodos anteriores.

Sem qualquer pretensão de exaustão podemos citar alguns “*leading cases*” dessa história:

- I. **Crimes Hediondos:** decisão que considerou inconstitucional a vedação de progressão em crimes hediondos por violar a garantia da individualização da pena (HC. n. 82.959, de 2006 e cuja tese foi transformada na Súmula Vinculante n. 26). A decisão inicialmente foi dada de forma incidental e encaminhada ao Senado que mandou suspender o trecho da lei que proibia a progressão. Algum tempo depois o Congresso Nacional alterou a lei para adequá-la à Constituição.
- II. **Prisão Civil do Depositário Infiel:** essa é uma decisão que conjuga os controles de constitucionalidade e de convencionalidade³⁴⁶: no RE. n. 466.343 o STF estava diante da viabilidade da prisão civil em tal caso permitida pela Constituição e, de outro lado, o que prevê o Pacto de San José que o Brasil havia ratificado pouco depois de aprovada aquela. Sem entrar aqui no mérito acerca da figura criada que deu/reconheceu status “*infraconstitucional mas supralegal*” aos Tratados/Convenções de Direitos Humanos, é importante assinalar que a decisão do STF representa um importante momento de afirmação de que a Constituição é um projeto aberto de novos direitos e de inclusão de novos sujeitos de direito (Bahia, 2014 e 2019).

346 Sobre o controle de convencionalidade ver Mac-Gregor (2011).

- III. Aborto de Anencéfalos (ADPF. n. 54) e Pesquisa com Células-tronco (ADI. n. 3510):** duas decisões muito polêmicas e nas quais houve grande debate entre os “*amici curiae*” e demais atores que participaram das ações. Na primeira o STF entendeu, por uma declaração de nulidade sem redução de texto, que a interrupção de gravidez em caso de feto anencefálico estava fora da incidência das normais penais que proíbem o aborto. No outro caso o Tribunal decidiu que não violava o direito à vida o uso de embriões não viáveis para pesquisa com células-tronco. Em ambas o debate sobre a “origem da vida” não impediu que o STF proferisse decisões progressistas.
- IV. União Homoafetiva (ADPF. n. 132 / ADI. n. 4277):** em 2011 o STF, em decisão unânime, declarou inconstitucional dispositivo do Código Civil e procedeu a uma interpretação conforme a Constituição para entender que a união estável também abrange uniões entre pessoas do mesmo sexo. Assim, ao tomar o que a Constituição diz sobre uniões estáveis (art. 226, §3º), ao invés de ler o dispositivo de forma isolada, interpretou-o em conjunto com a vedação de qualquer forma de discriminação por parte do Estado (art. 3º, IV), a dignidade humana (art. 1º, IV), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e a cláusula de abertura do §2º do art. 5º da CR/88. Dois anos depois o CNJ regulamentou a matéria para esclarecer que, reconhecida a união estável, decorreria logo a possibilidade de sua conversão em casamento – Resolução. n. 175³⁴⁷.
- V. Mudança de Nome e de Sexo no Registro de Nascimento de Pessoas Trans (ADI. n. 4.275 e RE. n. 670.422):** em 2018 o STF decidiu que pessoas trans podem requerer a mudança de nome e do sexo no registro de nascimento sem necessidade de processo judicial e, mais importante, sem precisar de laudo médico/psicológico e/ou de cirurgia de transgenitalização. Na sequência o CNJ regulamentou a matéria através do Provimento n. 73/2018³⁴⁸.
- VI. Criminalização da Homotransfobia (ADO. n. 26/MI. n. 4733):** em 2019 o STF, por maioria, reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a violência contra pessoas LGBTI, a despeito de vários Projetos já terem sido apresentados sobre a

347 Sobre o caso ver: Ferraz, Leite, Ommatti & Vecchiatti (2017) e Bahia & Vecchiatti (2013).

348 Cf. Vecchiatti (2018), SILVA (2019) e Camilloto (2019).

matéria; do País ser líder invicto de crimes contra aquela minoria e também apesar do que dizem a Constituição e Normas Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário. Além de estabelecer que o Parlamento tem de elaborar lei sobre a matéria, estatuiu que enquanto esta não for aprovada, que será aplicada provisoriamente a lei de racismo³⁴⁹.

VII. Presunção de Inocência e Prisão em 2º Grau (HC. n. 126.292, ADC. n. 43, ADC. n. 44 e ADC. n. 54): impossível falar dessa matéria sem fazer referência ao trabalho incansável de Lenio Luiz Streck quanto à correta interpretação do dispositivo constitucional e ao papel do STF ao lidar com o controle de constitucionalidade no caso. Como mostra o autor, o que o STF tem feito quanto a matéria é não apenas violar a Constituição – ao entender ser possível a prisão logo após decisão em 2º Grau sem previsão constitucional ou legal – mas também inverter a lógica própria do controle de constitucionalidade:

Existe uma técnica para salvar um texto jurídico, chamada “interpretação conforme a Constituição”, (...) surgiu para os casos em que a nulificação de uma lei pode vir a causar maiores problemas do que se ficasse hígida no sistema. (...) Caso contrário, a lei seria fulminada. Sempre. (...) A fórmula é: este dispositivo só é constitucional se entendido no sentido de x. A ICC é uma declaração positiva, ou seja, a ICC é uma decisão interpretativa de rejeição (da ação que visava inquina-la de inconstitucional!), que ocorre quando uma determinada lei é considerada como constitucional pelo tribunal (...), *desde que ela seja interpretada num sentido conforme a Constituição* (...). Por que estou dizendo isso? Para falar da decisão do STF que “rejeitou” (na verdade, ver-se-á que não é bem assim) as ADCs que visavam a *declarar constitucional* o artigo 283 do CPP. Isto quer dizer que, para que o Judiciário não aplique o artigo 283, ele deve dizer que ele é inconstitucional. Aliás, isso está escrito no artigo 28 da Lei 9.868 (...). Lendo os votos, em especial os votos dos ministros Fachin e Barroso, constata-se que o STF está criando um curioso hibridismo nos institutos de ADI e ADC. A decisão do ministro Fachin que foi seguida pelos demais tem no seu dispositivo o seguinte: “Voto por declarar a *constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.” Bom, em primeiro lugar, se isso é verdadeiro, afastadas as interpretações de que fala o ministro, nada resta do dispositivo. É inconstitucional, mas, ao mesmo tempo, é constitucional? Em segundo

349 Ver, e.g.: Deslandes, Bahia & Rios (2018), Vecchiatti (2019), Bahia & Bacha (2015) e Abilio (2016).

lugar, quem pretende declarar a constitucionalidade do artigo 283 são os subscritores das ADC's 43 e 44. Portanto, quem dá provimento às ADC's está dando razão aos petionários e sufragando a constitucionalidade do dispositivo, como deixou claríssimo a ministra Rosa Weber no seu voto. Estranhamente, vejo nos votos vencedores que eles “declaram a constitucionalidade do artigo 283 com interpretação conforme”. Só isso já daria razão à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Partido Ecológico Nacional (...). Vejamos: se a ICC é uma decisão parcial positiva e é, sempre, *uma decisão interpretativa de rejeição* — porque rejeita *a leitura inconstitucional de uma parte ou sentido* — como se pode fazer isso no bojo de ADC? Logicamente incongruente. Frise-se: nenhum país do mundo tem ADC; não há declaração positiva de constitucionalidade. *A ICC foi feita exatamente por isso*. Já que não há ação positiva, criou-se uma maneira de salvar textos. No Brasil, fez-se o contrário nas ADC' 43 e 44. Mas, o que quereria significar o que segue no dispositivo do voto? (...) *Uma interpretação conforme que afaste a interpretação que os autores queriam*. Ou seja: os autores queriam que onde está escrito que o artigo 283 diz x, o STF dissesse que, de fato, está escrito x. Ou dissesse que *é não-x*. Só que o STF, por maioria, deu interpretação conforme ao mesmo dispositivo 283 para dizer que ele não diz o que os autores dizem que ele diz. Mas, afinal, o que então, diz o artigo 283? Sua interpretação deverá ser a *contrario sensu*, uma vez que o relator diz que deve ser afastada a interpretação que os autores propõem? (Streck, 07.10.2016)³⁵⁰

Como se disse a lista não pretende ser exaustiva, mas apenas exemplificativa do papel fundamental que o controle de constitucionalidade tem exercido sobre a interpretação e a aplicação (ou não) da Constituição – e também do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. O fato é que ele tem tido um peso muito grande quando se pensa em muitas das principais decisões (jurídico-) políticas do país, demonstrando não apenas uma judicialização da política, mas também, nalguns casos, ativismo judiciário.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIÁRIO

O fenômeno pelo qual o Judiciário passou a tratar de questões que antes eram consideradas “não judicializáveis” por serem questões “meramente políticas” (“*interna corporis*”) é bem conhecido de todas as democracias ocidentais pós 2ª-Guerra. Tal fenômeno demorou a se fazer presente no Brasil, pois que antes da atual Constituição o Judiciário, em regra, se valia do argumento quanto às “questões políticas” para não se confrontar com o Poder Executivo.³⁵¹

350 Ver também: Streck (07.06.2016, 11.08.2016 e 30.06.2016), Streck & Breda (2019), Cattoni, Ribeiro & Costa (2016) e Bacha, Bahia, Pedron & Cattoni (2016).

351 O STF, ao longo de sua existência, se valeu da doutrina das *political questions* para deixar de apreciar certas questões politicamente *polêmicas*. De fato, essa doutrina americana, a despeito de nunca haver sido bem definida no Brasil, esteve presente ao longo da história do STF. Cite-se também o caso do Vapor Júpiter, quando Rui Barbosa impetrou o *HC*. (coletivo) n. 406 e o *HC*. n. 410. Aqui, em razão do descumprimento por parte do Executivo de pedido de informações feito pelo STF, a ordem de soltura foi concedida. Rui Barbosa ainda

Tratar de questões que antes eram deixadas à discricionariedade política vem na esteira de conferir normatividade à Constituição. Esta deixou de ser uma “carta de boas intenções” ou um documento dirigido somente ao legislador para ser compreendida como norma jurídica. Assim, como dito, o fenômeno da judicialização da política vem como decorrência “natural” do constitucionalismo do pós-Guerra. Um exemplo disso é a chamada “judicialização da saúde”, fenômeno jurídico pelo qual, uma vez que não se consegue obter pelas vias administrativas determinado tratamento médico ou um medicamento, apela-se para a via judiciária (Pinto, Bahia & Santos, 2017).

Outra coisa é o ativismo judicial. Nos últimos vinte anos, o Poder Judiciário, munido de novas concepções teóricas (notadamente o chamado “princípio da proporcionalidade”, de inspiração germânica)³⁵², tem mudado sua postura, caminhando fortemente para o que se denomina “ativismo judiciário”³⁵³. Se, de um lado, há decisões que fazem uma leitura expansionista e inclusiva a respeito da Constituição, há também outras – como a mencionada acima acerca da presunção de inocência – que marcam retrocessos. Como alerta Boaventura de S. Santos, o uso do Judiciário pode ser uma faca de dois gumes, pode se dar tanto na busca por avanços no que toca aos Direitos Fundamentais mas também pode ser utilizado por setores conservadores interessados justamente em barrar avanços democráticos – algo que ele chama de *contrarrevolução jurídica*, lembrando ações como as que visam anular políticas de cotas para negros em universidades; ações contra demarcação de terras indígenas e quilombolas; criminalização do MST, etc. (Santos, 2009).³⁵⁴

Quando Ministros do STF dizem que, ao aplicar a Constituição – pois que essa é sua tarefa primordial, da mesma forma (mas ainda mais) que qualquer juiz –, precisam antes “ouvir a voz das ruas” ou “corresponder aos sentimentos da sociedade”³⁵⁵, percebe-se que há um grave problema para o qual não solução que eu consiga imaginar que possa ser feita quanto a alguma “reforma do texto constitucional”. Quando o Judiciário sai do seu papel de garantidor da autori-

impetrou os *HC*. n. 412 e 415 em favor do Senador (e Almirante) Wandenkolk e outros oficiais do Exército ou Armada, envolvidos no caso do navio Júpiter. O STF, pressionado pelo Governo – é atribuída a Floriano a afirmação de que “os ministros do Supremo iriam precisar de ordens concessivas de habeas corpus caso viessem a libertar o Almirante Wandenkolk” (Cruz, 2004, p. 213). Sobre a doutrina das questões políticas, cf. Kimminich (1989, p. 26) e Sampaio (2002, p. 255).

352 Sobre o tema: Habermas (2010, p. 326), Cattoni (2016) e Bahia (2006).

353 Ou também pode ser chamado de “populismo judiciário” (Bahia & Bacha, 2018, p. 176).

354 O mesmo se poderia falar hoje, além da questão da presunção de inocência, de outras decisões do STF também em controle de constitucionalidade, como as proferidas em relação ao processo de impeachment da ex-Presidente Dilma Rouseff. Sobre a questão, e.g.: Bahia, Bacha & Cattoni (2017).

355 Cf. declarações publicadas na Gazeta do Povo (2012) e no Conjur (2019). Para uma crítica: Streck (2018 e 2019) e Bahia, Bacha & Cattoni (2018).

dade da Constituição e demais normas para se colocar como “superego de uma sociedade órfã” (Maus, 2000) temos um grave problema. A Constituição coloca o judiciário, como fator contramajoritário – ao não submetê-lo ao escrutínio do voto popular e conferir garantias à magistratura –, justamente porque (e para que) ele não é (não seja) influenciado pela opinião pública.³⁵⁶ Assim, ele nunca deve decidir de acordo com o “ibope” que determinado tema esteja tendo para um ou outro lado! Incrível como chegamos a um tempo em que o óbvio precisa ser novamente dito.

Assim é que, quando o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, é utilizado como forma de se restringir direitos e/ou excluir pessoas do gozo dos mesmos direitos que outras em situação similar – num e noutro caso com o objetivo de não confrontar o Executivo/Legislativo, a grande mídia e/ou a “opinião pública” –, não há que se falar em judicialização da política mas em ativismo judicial. Dito de outra forma, o ativismo judicial ocorrerá quando o Poder Judiciário, se valendo de suas prerrogativas, atua proativamente, violando os limites da separação de poderes, mas também quando viola os direitos e garantias constitucionais. Os meios para isso são bastante conhecidos: manipulação da pauta do Tribunal, pedidos de vista, aceleração/retardamento de julgamento de casos polêmicos, entrevistas na mídia sobre casos pendentes de julgamento (o que viola a LOMAN, para dizer o mínimo), etc.

A qualidade das decisões “ativistas” também pode ser medida pela fundamentação que apresentam: ao invés de argumentos de princípio, o que se vê são questões de política, nos termos postos por Dworkin (2001). Uma vez que seu escopo é metajurídico (Cintra, Grinover & Dinamarco, 2003), precisam contornar as teses jurídicas, uma possível explicação, inclusive, para a baixa discussão, em tais decisões, do que argumentado pelos “*amici curiae*” e/ou do que é debatido nas audiências públicas (Bahia & Matos, 2016). O problema é que, como juízes constitucionais, o compromisso dos mesmos, como já dito, é com a Constituição, as Normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as demais normas infraconstitucionais. O que tem de guiar decisões judiciais é o que prescreve

356 A questão contramajoritária vem, justamente, responder ao longo debate sobre a legitimidade de um poder não eleito anular decisões democráticas de outro que, justamente, recebeu voto popular. Como já dissemos noutra sede: “Após muitas discussões que vão desde Alexis de Tocqueville no século XVIII até as discussões do século XXI de Mark Tushnet, Larry D. Kramer e Cass Sunstein, por exemplo, passando por Hans Kelsen, Carl Schmitt, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino, dentre outros, a legitimidade da jurisdição constitucional é assunto central na Teoria da Constituição e do Estado. De qualquer forma, não há uma resposta definitiva sobre como o judicial review pode se tornar um momento democrático” (Bahia & Bacha (2018, p. 165). É que o Judiciário, recebendo poderes da Constituição, deve atuar para garantir direitos fundamentais, ainda que contra a vontade ocasional da maioria representada no Parlamento.

o Direito, por mais tautológico que possa parecer isso precisa ser repisado³⁵⁷.

O Judiciário não decide sobre como gerar maior bem-estar para as pessoas como um todo ou alguma meta fora do Direito, mas de acordo com o que, deontologicamente, determina o Direito. É por isso que questões de princípio (os direitos fundamentais) são trunfos contra a vontade da maioria, pois que não se decide porque a opinião pública aponta em um/outro sentido – esse papel pertence (ou deveria pertencer) ao Legislativo –, de forma que temos o direito de sermos tratados “com igual respeito e igual consideração”, o que exige integridade e coerência principiológica por parte do Judiciário e o distancia daquilo que diz a (pseudo) “voz das ruas”.

5. A MODO DE CONCLUSÃO: POSSÍVEIS CAMINHOS DE REFORMA DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como já adiantado, houve certo consenso entre aqueles que participaram do evento que deu origem à presente obra de que, no caso brasileiro, o momento é menos de reformar e mais de tentar assegurar as conquistas constitucionais. De toda sorte, como o objeto do II Congresso eram as reformas, irei tratar aqui de algumas questões que, penso, poderiam melhorar o sistema.

- a. Uma primeira é que é preciso que nossos juízes, de qualquer grau, além de se submeterem suas decisões sempre à Constituição, lembrem-se também de fazê-lo às Normas Internacionais dos Direitos Humanos – qualquer que seja o caso, qualquer que seja o controle (concentrado ou difuso). A decisão que tratei acima sobre a prisão civil do depositário infiel foi um bom exemplo de como o **controle de convencionalidade** pode ajudar a reconhecer novos direitos e/ou novos sujeitos de Direito. Um outro exemplo é o da Audiência de Custódia, também prevista no Pacto de San José (art. 7º, item 5) e que passou “desapercebida” por

357 “Retomando, então, a relação entre princípios e diretrizes políticas, pode-se afirmar que **um princípio prescreve um direito** e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade ou devido processo legal; ao passo que **uma diretriz política estabelece um objetivo ou uma meta a ser alcançado**, que, geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. Dworkin atribui o *status* de trunfos aos princípios, que, em uma discussão, devem se sobrepor a argumentos pautados em diretrizes políticas, excluindo a possibilidade de os juízes tomarem decisões embasadas nessas diretrizes. Esse raciocínio marca a posição antiutilitarista assumida por Dworkin, de modo a rejeitar qualquer forma de males feitos aos indivíduos em favor de uma melhoria para o bem-estar geral. Supremacia do público sobre o privado, que de modo recorrente se mostra como um pseudopúblico de algum agente que o privatiza em prol de determinados interesses privados (privilegiados). Essa atividade jurisdicional, então, tem de abraçar a afirmação de que é possível uma **resposta correta** para o julgamento de dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto” (Theodoro, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, p. 60-61).

anos por nossos juízes até que estes, finalmente, a reconheceram como um direito e a questão foi definida pelo STF na ADPF. n. 347 e pela Resolução n. 213/2015 do CNJ.

- b. Apesar da Constituição falar em “**fundamentação das decisões**” judiciais ou administrativas (art. 93, X), isso ainda é um grande mal-entendido, particularmente quando se trata da defesa de direitos fundamentais face a outras normas. Nesse sentido é preciso aplicar os comandos da Constituição – e sua explicação contida nos §§1º e 2º do art. 489 do CPC/2015 – ao controle de constitucionalidade: por exemplo, os argumentos trazidos pelos sujeitos que participam do processo (inclusive quem é chamado para falar nas audiências públicas e quem participa como “amicus curiae”), precisam ser considerados, inclusive quando contrariam a tese adotada pelo Tribunal, pois do contrário há violação também ao direito ao contraditório – art. 489, §2º, IV c/c arts. 9º a 11 do CPC/2015; a decisão sobre o sentido que um princípio como “presunção de inocência” possui não pode advir de uma leitura pobre, literal ou genérica da Constituição (art. 489, §2º, I, II e III e §2º do CPC/2015), mas precisa estar fundada em questões de princípio que levem à leitura sob a melhor luz (Dworkin, 2001) da mesma; precedentes, Súmulas, repercussão geral das questões constitucionais, etc., são um *principium* de decisão, não substituindo a necessidade de fundamentação (art. art. 489, §2º, V e VI do CPC/2015)³⁵⁸.
- c. **Algumas questões práticas que poderiam/deveriam ser revistas:** (i) tirar do Relator, nas ações de controle concentrado, o poder de decidir monocraticamente sobre o aceite ou não de pedido de “amicus curiae” – ou, ao menos, prever expressamente, que a decisão denegatória é recorrível ao Pleno: ora se o controle concentrado de constitucionalidade se propõe a criar um ambiente plural de debate para que a decisão possa ser melhor estruturada, a inadmissão por decisão monocrática vai em sentido contrário; (ii) revisão sobre o Poder do Presidente do Tribunal poder “manipular” a ordem de julgamento dos feitos e (iii) previsão legal de prazo máximo de duração de “pedido de vista”, com atribuição de sanções em caso de descumprimento: a atual previsão apenas regi-

358 Como já mostramos noutra lugar: “O juiz Edward Re deixa isso claro: o precedente é um ponto de partida; ‘o caso decidido estabelece um princípio, e ele é, na verdade, um *principium*, um começo’. A partir dele e, diante de um novo caso (e das especificidades deste), poder-se-á, de modo discursivo e profundo, verificar se o precedente deverá, ou não, ser repetido (aplicado). Haver um precedente não anula a “necessidade” de interpretação, não há “grau zero” no tocante à hermenêutica jurídica.” (Bahia, 2012, p. 60).

mental não surte efeitos práticos e não é raro que aqueles expedientes (*ii* e *iii*) sejam usados com fins ilegítimos (retardar a solução de certas ações), contrariando o devido processo legal; (*iv*) tornar obrigatório (o que hoje é apenas facultativo) o pedido de informações do STF para que os demais Tribunais informem sobre a norma questionada: mais um elemento de democratização do debate e, com isso, de melhoria do julgamento, uma vez que a decisão, apesar de se dar em controle “concentrado”, poderia ser menos “abstrata”; (*v*) rever a jurisprudência acerca da “pertinência temática”, que não possui previsão constitucional e restringe o uso das ações de controle concentrado quando o que a Constituição fez foi, justamente, ampliar; (*vi*) de forma similar ao que foi feito com o Mandado de Injunção (como tratado acima), a ADO. também deveria ter revistos os efeitos de sua decisão através de uma PEC nesse sentido: assim, a mora inconstitucional do legislador poderia encontrar no Judiciário uma resposta eficiente e abrangente.

As ideias aqui postas poderiam contribuir, com questões mais teóricas e outras mais práticas, a tornar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro mais democrático e inclusivo, de forma que a vivência constitucional nos Tribunais seja a do reconhecimento de que o projeto constituinte de 1988 não está pronto mas implica numa corresponsabilidade de patriotismo constitucional (Cattoni, 2006) de todos, agentes institucionais ou não, no sentido de inclusão constante de novos direitos e novos sujeitos de direito. O controle de constitucionalidade não tem a ver apenas com a manutenção de autoridade da norma superior dentro de uma pirâmide normativa, é, antes de tudo, uma oportunidade de se dizer que direitos temos sob um sistema quando escolhemos reger nossas relações interpessoais pelo *medium* do Direito.

As constituições são documentos que pretendem regular ad infinitum a vida política e social de um país. Paradoxalmente, essa pretensão exige que elas tenham a abertura para a mudança, pois a vida em sociedade é dinâmica. São documentos que devem mostrar continuamente uma vitalidade que as apresente, nas crises, não como um problema, mas como parte da solução. Os estudiosos do Direito Constitucional precisam sempre avaliar a conexão entre a Constituição e a realidade. O estudo do Direito Constitucional não pode ser, apenas, um exercício descritivo e interpretativo do texto. Precisa pensar a Constituição em perspectiva, como um documento do passado que é referência para o presente e que aponta possibilidades para o futuro. Este livro pretende refletir sobre as constituições de Brasil e Espanha, identificando problemas e indicando possíveis reformas. É escrita por um conjunto de professores, professoras, pesquisadores e pesquisadoras de Direito Constitucional de diferentes universidades dos dois países. Os textos refletem debates que travaram os seus autores em dois eventos organizados pela Rede Hispano-Brasileira de Direito Constitucional.



tirant
lo blanch

ISBN 978-65-5908-037-3



9 786559 080373