IX Jornadas de Jóvenes Investigadores

Instituto de Investigaciones Gino Germani

1, 2 y 3 de Noviembre de 2017

Marja Mangili Laurindo

Doctoranda en Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa

Catarina (PPGD-UFSC), Florianópolis, Brasil

marjamangili@gmail.com

Eje 10

El neoconstitucionalismo y la instrumentalización de la ley en Brasil

Palavras-clave: Neoconstitucionalismo; Poder Judicial; instrumentalización de la ley; Brasil.

**Introducción**

El presente artículo es producto de una investigación promovida en el Programa de Pos Grado en Derecho de la Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC), Florianópolis, Brasil, y es amparado financieramente por el Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico y Tecnológico (CNPq).

Por intermedio de análisis bibliográfica este trabajo pretende comprender el neoconstitucionalismo, corriente teórica advenida de las reformas constitucionales en el período posterior a la Segunda Guerra, y su desarrollo en Brasil, procurando situar-lo en la historia autoritaria y de capitalismo dependiente brasilenã. El discurso afirma la necesidad de que el derecho se direccione hacia una efectividad de determinados valores, a fin de que atrocidades cometidas por el nazismo (teóricamente amparado en la rigidez de la regla), no llegaran a hecho una vez más. Al poder judicial le cabería el control de asuntos políticos de demasiada importancia por intermedio de decisiones pautadas sobre todo en los principios constitucionales, en clara manifestación de un activismo judicial. En Brasil, con el aumento de lo que se intitula de “eficacia expansiva de las decisiones judiciales”, se ha valorizado cada vez más el trabajo del poder judicial, en detrimento de acciones políticas del pueblo. Los tribunales brasileños han decidido, no raramente, en desacuerdo a la ley: sustituyen al derecho firme (una Constitución Federal y leyes) por teses jurídicas. El escenario actual lleva a creer que la decisión basada en principios no positivados, a merced de la conciencia del juez, conduce rápidamente a un poder judicial sin una metodología adecuada, que pauta sus decisiones en una moral subjetiva en un escenario histórico autoritario de instrumentalización política de las leyes. Al atribuir a los jueces la función de decidir conforme a la propuesta neoconstitucionalista, es decir, sobre la base del argumento de la autoridad técnica e intelectual de los magistrados, se pondrían en riesgo las más básicas conquistas, como la democracia representativa, por la cual es posible elegir pautas jurídicas legítimas.

**El Neoconstitucionalismo**

A lo largo de la segunda mitad del siglo veinte, algunos juristas atribuyeron al juspositivismo, corriente jurídica que alcanzó su auge en la primera mitad del siglo XX, la responsabilidad por las atrocidades promovidas por el fascismo: después de todo, tal corriente afirma la validez de la ley independientemente de su contenido moral . El fin de la Segunda Guerra Mundial exigía, para tales juristas, una nueva forma de comprender el derecho, a fin de que los valores morales y de justicia social fueran incorporados a él. El Derecho debería absorber los principios, y no sólo guiarse en la formalidad de la ley.

Surgía una nueva perspectiva de derecho, algo a medio camino entre derecho natural y derecho positivo, pretendiendo una superación de ambas concepciones de Derecho. Al mismo tiempo que imperaba la necesidad de reconocimiento de valores inherentes al hombre, Por medio de instrumentos jurídicos. Así, según Agra, el término "neoconstitucionalismo" nació de la necesidad de nombrar algo que no podría ser enmarcado en los conceptos de "constitucionalismo", "juspositivismo" o "jusnaturalismo" (Agra, 2008, p. 435).

El derecho y su interpretación por sus operadores deberían estar orientados por principios. A diferencia de las normas jurídicas, los principios no se aplican por subsunción, sino por la ponderación de su aplicador en el caso jurídico particular, en una especie de malabarismo entre valores para la resolución de problemas de la mejor manera posible.

En ese sentido, un nuevo sistema interpretativo se consolidó. Las normas ya no se identificaban exclusivamente con las reglas, es decir, no dependían sólo de la producción legislativa y de la subsunción del poder judicial. Los principios se aplicarían directamente por los tribunales, principalmente por los tribunales constitucionales (que pasaron a decidir cuestiones eminentemente políticas), aun cuando contrariar la ley del parlamento.

Agra (2008) afirma que uno de los aspectos que hicieron posible el desarrollo de tal corriente fue la "quiebra del patrón normativo que había sido desarrollado en el siglo XVIII, basado en la supremacía del parlamento", envuelta por cuestiones de globalización y posmodernidad.

De esta forma, dice Barroso (2005), el ascenso del nuevo constitucionalismo provocó la alteración de la configuración de los Poderes, por la cual el Poder Judicial se superpuso al Poder Legislativo. Volviendo a las cuestiones de los derechos fundamentales en lo que se refiere a la exigencia por moralidad, los tribunales constitucionales ya no se veían ante casos que demandaban interpretación puramente técnica, subsumida, pero exigían ponderación de principios conflictivos. Se requería, por lo tanto, una nueva forma de interpretar el derecho, distinta de la tradicional: no siempre sería posible obtener una respuesta objetiva en la letra de la ley. A partir de entonces, al juez estaría autorizado a desempeñar la función de colegislador.

El neoconstitucionalismo se sitúa en oposición al positivismo jurídico clásico, principalmente por medio de la adopción de la idea de que los principios y reglas deben distinguirse cualitativamente ante la concepción de los derechos fundamentales, que eleva a la Constitución como norma superior en detrimento de las demás reglas no por fundamento de formalidad, sino por el valor. Principios y reglas pasan a equivaler, y ya no se habla más en subsunción, sino en ponderación normativa. De ello, se puede deducir que "el modelo normativo del neoconstitucionalismo no lo descriptivo o lo prescriptivo, sino el axiológico" (Agra, 2008, p. 435).

Ideológicamente, el neoconstitucionalismo se distingue del constitucionalismo clásico porque su preocupación no es la liberal de limitación y separación de los poderes, sino la concreción de los derechos fundamentales. De esta forma, "la doctrina clásica de la separación de los poderes no cumple más su función" (Agra, 2008, p. 436). En realidad, se muestra con un verdadero obstáculo a la concreción de los derechos fundamentales (Agra, 2008, p. 436): "surge una legalidad superior a la legalidad ordinaria, desplazando la primacía del legislador infraconstitucional para el cumplimiento de la voluntad del sujeto constituyente, comportando de forma plural más variados segmentos de la sociedad "

El autor va adelante y afirma que

el neoconstitucionalismo representó el fin de los modelos político-institucionales, en que el poder establecido no tenía ningún compromiso con la concreción de los dispositivos establecidos en la Constitución, pudiendo implementar libremente las políticas públicas en nombre del principio de la soberanía popular[[1]](#footnote-1). (Agra, 2008, p. 437).

Por ser una mezcla entre realismo jurídico, jusnaturalismo y positivismo jurídico, el neoconstitucionalismo, a diferencia de éste, defiende que la validez del derecho no es fundamento suficiente para la obediencia a la ley. En ese sentido, la ley ordinaria puede perder su primacía como fuente de derecho para las normas constitucionales (Agra, 2008).

El neoconstitucionalismo surge, en fin, como la teoría que promete efectivizar las garantías constitucionales que parecen estar atrapadas por la ley: la constitución pasa a ser planteada por encima del principio de la legalidad y del parlamentarismo a él atado.

Si, por una vía, la nueva constitucionalización del Derecho autoriza una mayor discrecionalidad del Poder Judicial en lo que se refiere al control de constitucionalidad, por otra el Poder Legislativo pasa a encontrar más límites en la elaboración de leyes. El Poder Judicial sirve como el parámetro máximo de control de constitucionalidad y, así, "condiciona la interpretación de todas las normas del sistema" (Barroso, 2005, p.17), a fin de instituir, por fin, un "orden objetivo de valores "que vinculan todos los niveles de poderes y la sociedad civil (Barroso, 2005, p. 19).

La mayoría de los críticos del neoconstitucionalismo apunta a al menos cuatro características fundamentales: el fundamento normativo deja de ser la regla y pasa a ser el principio, es decir, la aplicación de la norma ya no se da por subsunción, sino por ponderación; Su objetivo no es la justicia general, sino la particular, promovido no más por la norma general legislativa, sino por la particular del poder judicial. Para Neves, esas características no son lo que parece apuntar al jaque de la cuestión, ya que toda decisión, sea subsumida o ponderada, tiene su propio de subjetivismo. Todo proceso de comunicación, afirma el autor, involucra estos dos procesos. En ese sentido, es imposible controlar el factor subjetivo de estos procesos. Lo que es posible controlar son las "condiciones de posibilidad de la crítica" de esas mismas decisiones (Neves, 2013, p. 180).

**Redemocratización y neoconstitucionalismo en Brasil**

Según Neves, la fascinación con la principiologia creció a finales del siglo XX e inicio del siglo XXI, período en que las dictaduras latinoamericanas, incluida la brasileña, fueron depuestas. Al mismo tiempo que se iniciaba un debate sobre la democracia en el ámbito de la teoría política, en el ámbito jurídico surgía la idea de constitucionalización del derecho (Neves, 2013, p. 171).

Es necesario afirmar, según Neves, que el autoritarismo y el constitucionalismo no se excluyen. El autor recuerda que, durante el período del nazi-fascismo, era muy inconveniente al Führer un modelo jurídico tal como lo propuesto por Hans Kelsen: los fines del nazismo eran mejor alcanzados por medio de principios, como la idea de "realización del espíritu general ", proveniente de la tradición hegeliana (Neves, 2013, p. 173). En el régimen dictatorial brasileño tampoco fue diferente: "no hubo dominio de una teoría formalista de la argumentación jurídica y constitucional". Uno de los exponentes de la doctrina jurídica brasileña del período, Miguel Reale, incluso compartió el modelo axiológico hegeliano, que sirvió contra una metodología formalista del derecho en favor del autoritarismo militar (Neves, 2013, p. 173-174). En América Latina, a diferencia de los regímenes europeos, la inconsistencia ideológica de la clase dominante exigía aún más la flexibilidad de las reglas, que se rompían conforme a la ocasión de acuerdo con las necesidades de los intereses políticos particulares.

De acuerdo con Barroso (2005), la Constitución Federal de 1988 marcó la redemocratización en el país y también la era del nuevo constitucionalismo. La Constitución pasó a vigilar no sólo formalmente, sino materialmente, conforme el autor, a través de la normatividad de sus principios, a ser aplicados por los tribunales por medio de control difuso concentrado, que pueden rechazar aplicación a la ley si la consideran inconstitucional.

Desde la Constitución de 1988, de ese modo, el Poder Judicial brasileño se presenta como una institución autorizada a actuar políticamente. Las cuestiones políticas de la sociedad brasileña, como el aborto, la unión entre personas del mismo sexo, el uso de células madre, no pasan directamente por el pueblo o por su representante, el parlamento, sino por el Poder Judicial.

¿Pero lo que confiere al Poder Judicial ese papel de decidir políticamente en detrimento de los demás poderes? Según Barroso,

Los métodos de actuación y de argumentación de los órganos judiciales son, como es sabido, jurídicos, pero la naturaleza de su función es innegablemente política [...]. Sin embargo, a pesar de desempeñar un poder político, el Poder Judicial tiene características diversas de las de los demás poderes. Es que sus miembros no son invertidos por criterios electivos ni por procesos mayoritarios. Y es bueno que sea así. La mayoría de los países del mundo reserva una porción de poder para que sea desempeñado por agentes públicos seleccionados sobre la base del mérito y el conocimiento específico. Idealmente preservado de las pasiones políticas, el juez debe decidir con imparcialidad, basado en la Constitución y en las leyes[[2]](#footnote-2). (Barroso, 2005, p. 46).

Dimoulis (2008, p. 8) señala que no hay ningún indicativo de que el Poder Judicial es más competente que el Poder Legislativo para proteger la Constitución, ya que "si el legislador no puede huir a la tentación del arbitrio, ¿por qué el juez podría?".

También Hassemer (2013) apunta a tal duda. A diferencia de un principio, una norma no necesita ser "probada", fundamentada. De este modo, la corrección y la legitimidad de una decisión jurídica, en un sistema codificado democrático, depende sólo de su adecuación a la norma.

Cuando una jurisprudencia se puede socorrer de normas codificadas, o problema de exigencias de legitimación se pone de modo diferente. La norma codificada ya no necessita ser legitimada en la fundamentación de la decisión. Ella "vigora". Aquí, la demostración de la "corrección" de la determinación de que la deducción de la decisión jurídica puede hacerse una demostración; una invocación de principios fundamentales ya no es necesario - e, en regla, es considerada sospecha. Quien, en uno sistema codificado, se reportar en "buena-fe", "buenos costumbres" o "caráter condenable" para legitimar a su decisión, arrisca-se un ser sospechoso de estar a contornar o distorsionar las normas codificadas, de no llevar a serio el derecho codificado, que alega haber concretado los principios jurídicos fundamentales. [...]. Un sistema codificado solamente puede hacer una reducción, describa aquí, de las exigencias de legitimación de las decisiones jurídicas, si se reconoce que la norma codificada representa principios jurídicos consentidos. Una invocación de la norma significa, entonces, simultáneamente, una invocación de principio de una norma é portadora. Una norma transporta la regla de decisión del derecho jurídico para una decisión jurídica[[3]](#footnote-3). (Hassemer, 2013, p. 288).

La mayor preocupación de la crítica al neoconstitucionalismo es la fundamentación de las decisiones jurídicas, que pueden plantearse muchas veces contra la decisión del legislativo, es decir, de los representantes democráticamente elegidos. Para autores como Barroso, el poder judicial es "representante argumentativo" del pueblo.

Los juristas brasileños parecieron incorporar el discurso jusmoralista. Esta creciente referencia a valores extrajurídicos, considerando la relevancia democrática de un judío con límites, causa la sensación de que hay una falta de referencia material -la ley- a las decisiones jurídicas.

Sin embargo, la misma calidad que permite a la ley llegar a resultados previsibles y válidos -al menos formalmente- para todos igualmente, es decir, la calidad de la estabilidad del derecho tal como defendido por tal escuela de pensamiento jurídico, también plantea críticas. Evidentemente, por razón de su garantismo contra arbitrariedades, el derecho positivo es, en cierta medida, conservador: él anhela, sobre todo, el mantenimiento de un cierto status; Es, por lo tanto, una fotografía de la sociedad en determinado tiempo. Además, como afirma Bobbio, es posible entender ver qué de absolutismo en aquella doctrina, considerando que ella defiende la centralidad del poder de emanar leyes (Bobbio, 1995).

Sin embargo, existen instrumentos que limitan el ejercicio de ese poder concentrado de producción de leyes. Uno de ellos es la división, dentro del propio seno del Estado, del poder en tres, subdividiéndolo en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, competentes para frenar el uno al otro e impedir un desequilibrio que culminara con el abuso de autoridad de los demás. De esta forma, tanto el que gobierna, como el juez y los legisladores, debe estar constantemente sometido a las leyes, evitando cualquier tipo de despotismo por concentración de poder a través de contrapesos, o mejor, contrapoderes.

Siendo el derecho una herramienta versátil, para que no sea arbitraria es preciso que su sistema sea políticamente situado en una democracia representativa, en la que los ciudadanos puedan participar en el proceso de creación legislativa, modificando, según las necesidades, las leyes. En consonancia con la democracia representativa al molde liberal, "La subordinación de los jueces a la ley tiende a garantizar un valor muy importante: la seguridad del derecho, de modo que el ciudadano sepa con certeza si el propio comportamiento es o no conforme a la ley”. (Bobbio, 1995, p. 40, traducción nuestra).

**3. Legalismo brasileño: autoritarismo y democracia**

Entender el Poder Judicial brasileño, situado en el contexto de la coyuntura sociopolítica y económica nacional, parece ser una tarea compleja sin los amparos de una literatura extranjera. Una simple consulta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia evidencia que las fundaciones jurídicas de las decisiones apelan al uso de conceptos provenientes de la tradición anglosajona. A través de la "ponderación entre principios", los jueces están autorizados a colocar en la balanza, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la salud y, por el otro, el principio de la tripartición de los poderes: el Poder Judicial pasa a realizar funciones que extrapolarían su competencia en términos clásicos, adentrando el campo de la política[[4]](#footnote-4).

La historia de la legalidad en Brasil no puede ser comprendida de la misma manera que la conocida historia de la legalidad europea, tan bien descrita en diversos libros tan accesibles a los estudiantes de derecho. En Brasil, dice Mascaro (2008, p. 81), la legalidad "se formó en la peculiaridad de la explotación periférica, en una dialéctica explotada en relación al capitalismo central" (traducción nuestra).

Además de la simple anotación de que la historia aquí se pasó de forma diferente por contra de la excentricidad capitalista periférica, es posible afirmar que los conceptos clásicos como el de "soberanía", "formulados a partir de un cuadro teórico general de economías capitalistas autónomas, Se desplazan y pierden referenciales puros "(Mascaro, 2008, p. 81-82, traducción nuestra).

Por medio de una lectura que se pretende total de la realidad brasileña, pasando por cuestiones políticas, económicas y sociales, la comprensión de la juridicidad nacional es atravesada por las contradicciones de aquella peculiaridad, es decir, el derecho brasileño sería reflejo de una realidad económica en que coexisten elementos modernos y premodernos, donde se ve coronelismo y burocracia. Su soberanía estatal siempre fue, como producto de esas condiciones materiales periféricas, meramente formal (Mascaro, 2008, p. 82).

La construcción jurídica legalista se dio al margen de las transacciones comerciales de los productos coloniales hacia la metrópoli, ya que viene como un comando de ésta, como un producto de relaciones autónomas, como el del patrimonialismo.

Los intereses de Portugal sobre la colonia fueron esencialmente económicos, lo que favoreció la negligencia de cualquier tipo de derecho técnicamente autónomo, tanto en la esfera pública-en que la tecnicidad sirve para atender a los intereses surgidos de la relación entre el Estado y la burguesía- Y en el caso de que se trate de un problema de salud pública. Por lo tanto, la legalidad brasileña se "restringe la esfera de la legalidad a los intereses económicos y políticos del Estado portugués" (Mascaro, 2008, p. 84, traducción nuestra). Las relaciones de derecho privado eran regidas por los "donatarios, emprendedores y dueños de las tierras en suelo brasileño" (Mascaro, 2008, p. 84, traducción nuestra). Se trataba, después de todo, de un “Estado con su derecho, pero una sociedad sin ley” (Mascaro, 2008, p. 84, traducción nuestra).

Lo que debería ser un derecho privado horizontal se comprendía en reflejos del derecho público: los individuos se veían entre iguales por derecho, pero subordinados, en una relación vertical con los grandes propietarios de tierras. De esta forma, todo ese derecho se construyó por medio de “redes de protección y compadrio, de amistades y enemistades” (Mascaro, 2008, p. 85, traducción nuestra).

No había, defiende Mascaro, un momento en que la legalidad se desvinculara de la voluntad política. Había leyes que garantizaban la subordinación de los particulares al Estado y leyes que establecían la subordinación económica entre los grupos sociales; no existía, sin embargo, una sociedad de leyes (Mascaro, 2008, p. 86).

Por lo tanto, "teniendo en cuenta el carácter subordinado de las relaciones sociales y jurídicas, el favorecimiento, la corrupción, el dependentismo personal, todas esas relaciones crearán tipos de vínculos sociales más allá de una instancia de neutralidad legalista" (Mascaro, 2008, p. 886, traducción nuestra).

El fin de la esclavitud y el surgimiento de un proletariado urbano, así como la defensa de los derechos sociales en la primera mitad del siglo XX, dieron lugar a un nuevo arreglo estatal y, por consiguiente, a una nueva forma jurídica, o una nueva instrumentalización de la legalidad (Mascaro, 2008).

Dependiendo del Estado, la burguesía nacional pasa a depender crecientemente del capital internacional, principalmente a partir de la década de 1950, cuando tal dependencia toma nuevos contornos, ampliándose más allá de la simple dependencia del mercado externo como consumidor de los productos nacionales: su sistema productivo sería Dominado por el capital externo. En el escenario de crecimiento nacional, la burguesía se expande bajo el control del capital internacional (depende de los préstamos y del mercado consumidor de sus productos), la legalidad sirve para el favorecimiento de esa burguesía nacional por el fortalecimiento del contrato y de la propiedad privada (Mascaro, 2008).

Dice Mascaro:

Esse capitalismo periférico y dependiente resulta en una clara imposibilidad de una instancia jurídica neutralizadora y técnica, como no caso típico del capitalismo central. A instancia jurídica neutra como un proyecto de capitalismo, en el caso de capitalismo periférico y dependiente, no se legitima por la neutralidad o por el mero tecnicismo, sino por la propia operacionalidad política en favor de la maximización de los intereses burgueses. Por lo tanto, las ganancias en el capitalismo dependiente no se dan sólo por las formas tradicionales del contrato, sino por la asociación con el Estado y con beneficios públicos e incluso amortización del riesgo privado por el Estado (...). No se trata, entonces, de una legalidad que conquistó una neutralidad de la ciudadanía o de un rescate inabalable de los derechos personales, pero si de una legalidad instrumentada por el tipo de capitalismo de participación directa del Estado de dependencia internacional[[5]](#footnote-5). (Mascaro, 2008, p. 94).

En cuanto país dependiente de los de capitalismo central, por ser prácticamente un país donde hay exportación, pero no consumo, la legalidad fluctúa en la esfera de circulación alta: sirve para regular las relaciones de la economía nacional; En la esfera baja, sin embargo, prevalecen "vínculos tradicionales de interconexión social, controlados por relaciones estatales legales de opresión y sobreexplotación de la plusvalía" (Mascaro, 2008, p. 66, traducción nuestra). En ese sentido, el concepto de soberanía, para Mascaro, amparado en la idea de neutralidad jurídica, no puede aplicarse a la realidad brasileña, ya que tal neutralidad está fundada en la tecnicidad solamente posible en el capitalismo central. De esta forma, "La legalidad de un capitalismo dependiente, formado en la base de relaciones sociales de subordinación estatal y social, adquiere contornos históricamente autoritarios" (Mascaro, 2008 p. 66, traducción nuestra), como aquella que rige las relaciones de esclavitud y trabajo.

Mascaro vuelve a las capitanías hereditarias para explicar que la ausencia de una administración directa y también de una institucionalización por parte de la Corona contribuyeron a una legalidad instrumental, lugar para la satisfacción de aquellos situados al cumbre de las relaciones sociales verticales (Mascaro, 2008).

Si en los países centrales la legalidad se da de forma horizontal, en los países de capitalismo periférico se da verticalmente, justamente por su modo de producción y exportación particular, que influyen directamente en el modo de sociabilidad de clases pautada en "afectos", Como señala Sérgio Buarque de Holanda (2014), por los cuales las relaciones públicas y privadas se dan por medio de complicidad, apadrinamiento y favorecimiento. Según Holanda, el brasileño rehúsa reconocer la existencia de un principio "superindividual de organización y que el propio culto religioso se vuelve entre nosotros excesivamente humano y terreno, toda nuestra conducta ordinaria denuncia con frecuencia un apego singular a los valores de la personalidad configurada por el hombre Recinto doméstico" (Holanda, 2014, p. 185, traducción nuestra).

La gradual industrialización ha abierto margen para la horizontalidad de las relaciones a través de la exigencia por derechos civiles, sociales y políticos; Sin embargo, las relaciones económicas mantuvieron el control vertical autoritario. La burguesía necesita de margen de maniobra y la ley a este propósito sirve como periférica. La legalidad se entiende como un potencial obstáculo a la rentabilidad, y tal visión se extiende más allá de las relaciones económicas internacionales (Mascaro, 2008). En general, sin embargo, el manejo de la legalidad prevé acciones que pueden estar de acuerdo o no con ella. De esta forma, dice Mascaro (2008, p. 100, traducción nuestra): "Los privilegios de clase reciben, así, o respaldo legal o en la efectividad social ignoran incluso la legalidad, en el caso de la universalidad de ésta".

Según Chaui, la sociedad brasileña siempre fue autoritaria, en la medida en que nunca logró concretar (hasta principios del siglo XXI, dice Chaui) "ni siquiera los principios (viejos, de casi cuatro siglos) del liberalismo y del republicanismo" (Chaui, 2013, p. 257, traducción nuestra). Hasta entonces, parece imposible distinguir entre lo que es público y lo que es privado; el brasileño parece incapaz de "tolerar el principio formal y abstracto de la igualdad ante la ley", donde "las relaciones sociales se efectúan bajo la forma de la tutela y del favor (jamás del derecho), y la legalidad se constituye como círculo fatal del albedrío (De los dominantes) a la transgresión (de los dominados) y, de ésta, al arbitrio (de los dominantes)” (Chaui, 2013, p. 257, traducción nuestra).

Como sociedad autoritaria, las leyes siempre han sido armas para preservar privilegios y el mejor instrumento para la represión y la opresión, y, dice la autora, es de conocimiento general que "para los amigos, todo; para los enemigos, la ley" (Chaui, 2013, p. 263, traducción nuestra). Las leyes en Brasil se producen con el fin de que puedan ser violadas. En ella, no hay espacio para el público: todo se determina dentro de la esfera privada, "de suerte que la voluntad y el albedrío son las marcas del gobierno y de las instituciones 'públicas'"[[6]](#footnote-6) (Chaui, 2013, p. 263, traducción nuestra).

Para Mascaro, en ese escenario, la legalidad no es un medio para el establecimiento de derechos y deberes, sino para la “própria afirmação da efetivação social de poderes e hierarquias” (Mascaro, 2008, p. 101, traducción nuestra).

Si los años 80 fueron marcados por el intento del establecimiento de una legalidad democrática con la Constitución de 88, los años 90 y sus políticas neoliberales afectaron directamente a la esfera jurídica (Mascaro, 2008).

En esa época Brasil experimentaba el proceso de sustitución de importaciones, el surgimiento de una clase media y del operario urbano: surgían nuevas formas de relación jurídica más allá del coronelismo existente hasta el inicio del siglo XX (Mascaro, 2008). “la salida de la economía agrícola monocultora y exportadora representa la necesidad de estructuración de las relaciones jurídico-institucionales garantizadoras de niveles más elaborados de contrato y de propiedad privada” (Mascaro, 2008, p. 166, traducción nuestra). Sin embargo, dice Mascaro:

La institucionalización creciente del país - la legalidad siendo renovada en nuevos tipos contractuales, siendo consolidada en las relaciones de trabajo, en la propiedad intelectual, etc. - no se verifica en el plano político, el cual, exceptuando un interregno democrático de 1946 a 1964, siempre se ha guiado por un tipo de organización social autoritaria (...)[[7]](#footnote-7). (Mascaro, 2008, p. 166, traducción nuestra).

Los derechos sociales traídos por la Constitución de 88 (más allá del modelo liberal clasico, trajo en sí garantías a la salud, previdencia, etc.), a pesar de que hayan rompido con un supuesto formalismo estabilizador de la esfera jurídica dictatorial (Mascaro, 2008), “fez criar nichos de juridicidade e de conquistas sociais específicos, não necessariamente paralelos nem atrelados a mudanças jurídico-político-sociais da redemocratização brasileira” (p. 171). Esto porque, a pesar de haber habido un cambio significativo en la esfera jurídica, en la esfera político-institucional permanecieron resquicios del período de Dictadura y del propio coronelismo, teniendo en vista la poca alteración en lo que se refiere a la hegemonía político-económica del país. De esta forma, la Constitución de 88 no fue suficiente para democratizar las prácticas económicas y jurídicas. Se mantuvo el mismo modelo oligárquico de política, contaminado por las prácticas ancestrales de corrupción y negociación, en desacuerdo con la nueva propuesta constitucional.

La década de los 90, de cualquier forma, causó un retroceso en los derechos constitucionalmente establecidos. Es en ese período que la economía nacional pasa a depender cada vez más del mercado externo y se lanza al sistema financiero internacional, poniéndose a merced de decisiones internacionales.

Las prácticas sociopolíticas brasileñas tradicionales y las nuevas directrices económicas internacionales no atentarían sólo a la materialidad de las normas constitucionales, sino también a la democracia formal. Los nuevos aspectos de esta institucionalización sólo parecen perfeccionar los instrumentos que hacen de la legalidad un medio para alcanzar intereses privados (Mascaro, 2008, p. 178).

**Conclusión**

La historia de Brasil, con las particularidades de su realidad periférica, parece evidenciar el vínculo entre lo jurídico y lo político. En el caso de los Estados Unidos, la mayoría de los países de la Unión Europea (UE) y de la Unión Europea (UE) Que pasa a ser señalado como "representante argumentativo" e ilustrado del pueblo.

Al atribuir a los jueces la función de decidir conforme a la propuesta neoconstitucionalista, es decir, sobre la base del argumento de la autoridad técnica e intelectual de los magistrados, se pondrían en riesgo las más básicas conquistas, como la democracia representativa, por la que es posible, elegir pautas jurídicas legítimas.

De cualquier manera, lo que permanece como un mensaje central con respecto a la actuación del poder judicial es la necesidad de contención de la libertad de los jueces, siempre teniendo en vista el mantenimiento de las relaciones sociales existentes, lo que, en algunos aspectos, es algo deseable en un proceso de Estado democrático de Derecho. La imperiosidad de transformaciones políticas, sociales y económicas ciertamente se plantea como algo necesario ante nuestras experiencias históricas. Legitimar el poder judicial, sin embargo, como vehículo de tales transformaciones (algo para el cual este poder no tiene legitimidad desde el punto de vista democrático) no se compatibiliza con una argumentación jurídica seria, especialmente en el contexto histórico brasileño de capitalismo dependiente, en el que la ley sirvió, muchas veces, como instrumento para fines políticos particulares. Más que esperar que sean los más fuertes también los más justos, la discusión debería girar en torno a la limitación de esta fuerza para la que parece que no hay control suficiente.

Sería muy difícil hablar de democracia sin hablar de Derecho, un instrumento formal mínimo que garantice a los ciudadanos las herramientas necesarias para valer sus derechos por una vía legítima, pública, universal. A partir del momento en que el Derecho, en su formalidad, pasa a ser deslegitimado en nombre de una pretendida autoridad intelectual de los jueces y por la fuerza del argumento de eficiencia económica, su principio democrático corre serio riesgo.

**Bibliografía**

**Agra**, W. M. (2008). Neoconstitucionalismo e superação do positivismo En Dimoulis, D. & DUARTE, É. O. (coord.), *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método.

**Neves**, M. (2013). Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes.

**Barroso**, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 240, p. 1-42.

**Bobbio**, N. (1995). O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone.

**Chaui,** M. (2013). Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro. São Paulo: Autêntica.

**Dimoulis**, D. (2008) Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). Artigos Direito GV, São Paulo. Disponível em: &lt;https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2856&gt;. Acesso em: 20 dez. 2015.

**Hassemer**, W. (2015). Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFMAN, A.; HASSEMER, W (Org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

**Holanda**, S. B. de. (2014). Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras.

**Mascaro**, A. (2008). Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin.

1. Traducción nuestra. En el original: “o neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos político-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular” (Agra, 2008, p. 437). [↑](#footnote-ref-1)
2. Traducción nuestra. En el original: “Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política [...]. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis.” (Barroso, 2005, p. 46). [↑](#footnote-ref-2)
3. Traducción nuestra. En el original: “Quando a jurisprudência se pode socorrer de normas codificadas, o problema das exigências de legitimação põe-se de modo diferente. A norma codificada em si já não precisa de ser legitimada na fundamentação da decisão. Ela “vigora”. Aqui, demonstração de “correção” da decisão apenas significa que a dedução da decisão jurídica a partir da norma pode ser demonstrada; a invocação de princípios fundamentais já não é necessária – e, em regra, é considerada suspeita. Quem, num sistema codificado, se reportar à “boa-fé”, aos “bons costumes” ou ao “caráter condenável” para legitimar a sua decisão, arrisca-se a ser suspeito de estar a contornar ou distorcer as normas codificadas, de não levar a sério o direito codificado, que aliás alega ter concretizado os princípios jurídicos fundamentais. [...]. Um sistema codificado só pode realizar a redução, aqui descrita, das exigências de legitimação das decisões jurídicas, se for reconhecido que a norma codificada representa princípios jurídicos consentidos. A invocação da norma significa, então, simultaneamente, a invocação do princípio de que a norma é portadora. A norma transporta a regra de decisão do princípio jurídico para a decisão jurídica.” (Hassemer, 2013, p. 288). [↑](#footnote-ref-3)
4. El fenómeno de la judicialización de la política, descrito por autores como Ran Hirschl, parece difundirse en conformidade con la globalización del capital. [↑](#footnote-ref-4)
5. Nuestra traducción. En el original: “Esse capitalismo periférico e dependente resulta numa clara impossibilidade de uma instância jurídica neutralizadora e técnica, como no caso típico do capitalismo central. A instância jurídica neutra como fecho da reprodução capitalista, no caso do capitalismo periférico e dependente, não se legitima pela neutralidade ou pelo mero tecnicismo, mas sim pela própria operacionalidade política em favor da maximização dos interesses burgueses. Portanto, os ganhos no capitalismo dependente não se dão apenas pelas formas tradicionais do contrato, mas sim pela associação com o Estado e com benefícios públicos e até mesmo amortização do risco privado pelo Estado (...). Não se trata, pois, de uma legalidade que conquiste a neutralidade da cidadania ou do resguardo inabalável dos direitos pessoais, mas sim de uma legalidade instrumentalizada por um tipo de capitalismo de participação direta do Estado e de dependência internacional.” (Mascaro, 2008, p. 94) [↑](#footnote-ref-5)
6. “De ahí la fascinación de los teóricos y de los agentes de la modernización por los modelos tecnocráticos que les parecen dotados de la impersonalidad necesaria para definir el espacio público”. (Chaui, 2013, p. 263, traducción nuestra). [↑](#footnote-ref-6)
7. En el original: “A institucionalização crescente do país – a legalidade sendo renovada em novos tipos contratuais, sendo consolidada nas relações de trabalho, na propriedade intelectual etc. – não se verifica no plano político, o qual, excetuando-se um interregno democrático de 1946 a 1964, sempre se pautou por um tipo de organização social autoritário (...)”.(Mascaro, 2008, p. 166). [↑](#footnote-ref-7)