

Los siguientes artículos son el preprint previo al proceso final de revisión de estilo, maquetación y versión final con todas las correcciones. Pero antes de que pasen a dicho proceso y luego de haber pasado por la revisión de los editores, el comité científico y editorial, además de su revisión por pares doble ciego, se procede a colocarlos a disposición del público en general, especialmente dirigido a la comunidad científica, para que haga observaciones finales a los artículos, atendiendo la apuesta de la revista de mantener la ciencia abierta y por tanto la revisión abierta luego de pares, razón por la cual podrán realizar sus observaciones al correo: editor.ratiojuris@unaula.edu.co indicando el nombre del artículo, pagina, y párrafo o texto que deba ser revisado.

ADPF 132: ¿El Supremo Tribunal Federal cambió la Constitución Brasileña o la Constitución cambió el Supremo Tribunal Federal?

ADPF 132: Did the Supremo Tribunal Federal change the Brazilian Constitution or the Constitution changed the Supremo Tribunal Federal?

ADPF 132: O Supremo Tribunal Federal mudou a Constituição Brasileira ou a Constituição mudou o Supremo Tribunal Federal?

Marcio Ortiz Meinberg¹

Recibido: 5 de julio de 2021– Aceptado: 26 de agosto de 2021- Publicado 30 de noviembre de 2021

DOI:

Resumen

El propósito de este artículo es analizar si el Supremo Tribunal Federal (STF) modificó la Constitución de Brasil durante el juicio de la Alegación de incumplimiento de un precepto fundamental nº 132/RJ (ADPF 132) o si solo cumplió con su rol institucional (determinado por la propia Constitución Federal). Dicho cuestionamiento se deriva de la existencia de dos concepciones divergentes del ordenamiento jurídico y, dependiendo de cuál se adopte, la interpretación del papel del STF en ADPF 132 será diferente. La metodología adoptada es la “Dogmática Jurídica” conforme fue propuesta por Alexy y Dreier. En conclusión, presentaremos nuestra respuesta razonada a la pregunta planteada en el título de este artículo.

Palabras-clave: Tribunales constitucionales; Derechos Fundamentales; Control de Constitucionalidad; ADPF 132; Supremo Tribunal Federal de Brasil

Abstract

The purpose of this article is to analyze if the Supremo Tribunal Federal – STF (Brazilian Supreme Court) modified the Brazilian Constitution during the trial of the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (ADPF 132) or if it simply fulfilled to its institutional role (determined by the Federal Constitution itself). The question arises from the existence of two opposing conceptions of legal system, and, depending on which one is chosen, the interpretation of the STF role in the ADPF 132 shall be different. The methodology chosen is the Legal Dogmatics, as proposed by Alexy and Drier. To conclude, we will present our reasoned answer to the question of the title of this article.

¹ Doctorando y Mestre en Derecho Constitucional por la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Abogado em São Paulo, Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4861-2500>. Google scholar: https://scholar.google.com.br/citations?user=IOAR_nkAAAAJ&hl=pt-BR&oi=ao. Correo electrónico: marcio.meinberg@gmail.com

Keywords: Constitutional Courts; Fundamental Rights; Constitutionality Control; ADPF 132; Brazilian Supreme Court.

Resumo:

O objetivo deste artigo é analisar se o Supremo Tribunal Federal (STF) modificou a Constituição do Brasil durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (ADPF 132) ou se apenas cumpriu sua função institucional (determinada pela própria Constituição Federal). Esse questionamento decorre da existência de duas concepções divergentes quanto ao ordenamento jurídico e, dependendo de qual delas for adotada, a interpretação do papel do STF na ADPF 132 será diferente. A metodologia adotada é a "Dogmática Jurídica" proposta por Alexy e Dreier. Concluiremos apresentaremos nossa resposta fundamentada à questão levantada no título deste artigo.

Palavras-chave: Tribunais Constitucionais; Direitos Fundamentais; Controle de Constitucionalidade; ADPF 132; Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Introducción

Desde hace algún tiempo, el Supremo Tribunal Federal – STF (tribunal supremo y tribunal constitucional de Brasil) ha estado en el centro de atención. El discreto STF del pasado, apodado “ese otro desconocido” por el entonces ministro² Aliomar Baleeiro (miembro del STF entre 1965 y 1975), se ha transformado en un tribunal famoso, integrado por jueces célebres que son reconocidos en lugares públicos y cuyas posiciones son objeto de debate en toda la sociedad brasileña.

Algunos como Recondo y Weber, (2019) atribuyen todos estos hechos a causas concretas, como:

- a) la creación de **TV Justiça**, que permitió a gran parte de la población poder asistir a sesiones que antes solo estaban acompañadas por miembros de los círculos legales y por los escasos periodistas especializados;
- b) el enjuiciamiento de **casos penales contra políticos** destacados, que llevó a la Corte Suprema al noticiario político;
- c) el **fin del tradicional autocontrol** de la corte, que comenzó a inmiscuirse de manera más elevada en el desempeño de las demás Potencias, lo que también le dio protagonismo político a la corte; o
- d) el juicio de grandes **temas de alta relevancia social**, como el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo (2011), el aborto (2012, 2016 y 2020), experimentos científicos con células madre (2008), las cuotas raciales (2012), las drogas (en curso), entre otros, que por su carácter controvertido también atrajeron la atención del público en general.

Para cada una de estas causas, es posible identificar el origen en factores externos o el origen en factores internos al propio STF.

² Los miembros del STF en Brasil también se denominan ministros.

En el caso de TV Justiça, la creación de la emisora, en sí misma, ya podría considerarse un factor externo, ya que su origen está en la Ley nº 10.461 / 02, es decir, una iniciativa del Congreso Nacional con la sanción del Presidente de la República (pero la cuestión no es tan sencilla, ya que fue un ministro del STF, Marco Aurélio Mello, quien, en ejercicio de la Presidencia de la República, sancionó la ley aprobada por el parlamento). A su vez, como factores internos, cabe recordar que TV Justiça es administrada directamente por el STF, por lo que todos los temas y programas que transmite son responsabilidad del tribunal (así como la actitud de los ministros en las sesiones, que pueden o no generar mayor interés público).

En el caso de enjuiciamiento de casos penales contra políticos hay un evidente factor externo, que fue el cambio del sistema de “prerrogativa de aforamiento” en favor de los parlamentares, por la Enmienda Constitucional nº 35/01 (“EC nº 35/01”). Antes de esta enmienda, diputados y senadores sólo podrían ser procesado penalmente con previa autorización de la respectiva casa (redacción original del artículo 53, párrafo primero³, de la Constitución Federal de Brasil), pero, a partir de la citada EC nº 35/01, en lugar de la licencia, se estableció la posibilidad de que la respectiva cámara parlamentaria suspenda la acción jurisdiccional (redacción actual del art. 53, párrafo primero, de la Constitución Federal), es decir, la carga política para bloquear los procesos penales por parte del Congreso ha incrementado drásticamente. A su vez, el factor interno es innegable, ya que, además de la necesidad de autorización para tramitar (o la ausencia de suspensión), la celeridad del relator en el proceso en STF y el control de la agenda por parte del presidente del tribunal también son decisivos para que tales acciones se juzguen antes de la prescripción.

El fin del tradicional autocontrol judicial del STF (“judicial self-restraint”) en general se atribuye principalmente a factores internos, ya sea el cambio de postura de los ministros (que adoptaron actitudes que antes condenarían), o el cambio en la composición del tribunal (con la entrada de nuevos miembros, y menos “comedidos”). A su vez, es posible identificar factores externos para las intervenciones del STF en las actividades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo: el propio juego político pasó a utilizar la Supremo Tribunal Federal como un espacio de revancha de disputas en las que la oposición fue derrotada: de 1995 a 2002, durante el gobierno del presidente Fernando Henrique Cardoso (Partido de la Social Democracia Brasileña –PSDB- en coalición con el Demócratas –DEM-), los partidos de oposición Partido de los Trabajadores –PT- y El Partido Comunista de Brasil PCdoB se destacaron por tales acciones; posteriormente, de 2003 a 2010, los partidos PSDB y DEM hicieron lo propio durante los gobiernos de los presidentes Lula y Dilma (PT en coalición con el PCdoB). En resumen, las “intervenciones” del STF son el resultado de un cambio en la postura interna de la corte, pero dependieron también de la iniciativa externa (que vino de políticos que pertenecen a los Poderes del Estado que irían a sufrir las intervenciones).

Por último, si bien no menos importante, el enjuiciamiento de temas de gran relevancia social tiene como factor externo la proposición de las propias acciones jurisdiccionales, cuyo origen está en la propia Constitución Federal de 1988, que amplió significativamente

³ En Brasil, los párrafos de las leyes son indicados con este signo: § (que no significa sección).

la lista de sujetos legitimados para excitar el control de constitucionalidad. A su vez, el factor interno provino de la colocación en la agenda de tales acciones (ya que el control de la agenda por parte del presidente del STF es completamente arbitrario), pero también de la postura mucho más “garantista” de los ministros, que optaron por la concretización efectiva de los derechos y garantías constitucionales, en lugar de simplemente identificar su violación, pero sin un compromiso efectivo.

En este último punto en particular, las diversas decisiones del STF, si por un lado fueron aclamadas como esenciales para la implementación del programa establecido por la Constitución de 1988, por otro lado, fueron criticadas por supuestamente “alterar” la Constitución Federal, modificando su contenido de forma ilegítima. De todos modos, a partir de esta provocación, la pregunta que surge en este artículo es: ¿el STF cambió la Constitución Brasileña o fue la Constitución la que cambió el STF?

Así, el objetivo fundamental de este artículo es responder a la pregunta planteada anteriormente (¿el STF cambió la Constitución Brasileña o fue la Constitución la que cambió el STF?), con eso identificando si el STF cumple correctamente su función institucional establecida por la estructura jurídica brasileña.

Para ello, evaluaremos dos hipótesis contrarias entre sí:

La primera hipótesis es que el STF superó sus funciones institucionales durante el juicio de ADPF 132 y, de manera ilegítima, modificó el contenido de la Constitución a través de la interpretación de sus normas para crear un nuevo instituto jurídico: la unión entre personas del mismo sexo. Esta hipótesis presupone una concepción de sistema em que ha prevalencia del Legislador sobre los demás Poderes.

La segunda hipótesis, contraria a la primera, es que la Constitución Brasileña de 1988 cambió las funciones del STF, otorgándole nuevos poderes, precisamente para que la Corte pudiera materializar las normas constitucionales y crear nuevos institutos de manera totalmente legítima. Eso justificaría que en la ADPF 132 si fuera reconocida la unión entre personas del mismo sexo (como cumplimiento de la Constitución y no su modificación). Esta hipótesis presupone una concepción de sistema em que ha prevalencia del Intérprete sobre los demás Poderes.

La metodología adoptada es la “Dogmática Jurídica” conforme fue propuesta por Alexy y Dreier. Según Alexy (2011, p. 33-38), la “Dogmática jurídica” tiene tres dimensiones: analítica, empírica y normativa. La dimensión analítica es la “disección sistemático-conceptual del derecho vigente” (Alexy, 2011, pp. 33-34), que puede darse mediante el análisis de conceptos elementales, construcciones jurídicas o el examen de la estructura del ordenamiento jurídico y su fundamento. La dimensión empírica puede ser el conocimiento del derecho positivo válido o la aplicación de premisas empíricas en argumentos jurídicos (Alexy, 2011, p. 34). Finalmente, la dimensión normativa "se refiere a la elucidación y crítica de la práctica jurídica, especialmente de la praxis jurisprudencial" (Alexy, 2011, p. 35).

En este artículo, la dimensión analítica será a través del estableciendo de definiciones y de la sistematización de los conceptos necesarios para clasificar la decisión (ADPF 132) según las dos concepciones de sistema; la dimensión empírica será a través de la analice de la decisión del STF; y la dimensión normativa será la oferta de una respuesta jurídica adecuada a la pregunta planteada.

ADPF 132: reconocimiento de la unión homoafectiva en Brasil

Para ilustrar el tema, partiremos de una de las decisiones más destacadas del STF en los últimos años, la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (ADPF 132), que reconocía la unión entre personas del mismo sexo como un instituto jurídico.

La “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental) es una clase de acción constitucional existente en Brasil, previsto en el art. 102, párrafo primero, de la Constitución Federal de 1988, y regulada por la Ley nº 9.882/99. La ADPF puede ser propuesto ante el Supremo Tribunal Federal, con el propósito de evitar o reparar un perjuicio a un precepto fundamental resultante de un acto del Poder Público.

Los sujetos legitimadas para interponer la ADPF son las mismas para la acción directa de inconstitucionalidad (el Presidente de la República, la Mesa Directiva del Senado Federal, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, las Asambleas Legislativas de los Estados o la Cámara Legislativa del Distrito Federal, los Gobernadores de los Estado o del Distrito Federal, el Procurador-General de la República, el Consejo Federal de la “Ordem dos Advogados do Brasil”, partido político con representación en el Congreso Nacional y confederación sindical o entidad de clase nacional, según el art. 103, de la Constitución Federal). Los requisitos de la ADPF son: i) la violación de un precepto fundamental, ii) la causa del daño es un acto del Poder Público, iii) la prueba de controversia judicial y iv) la cláusula de subsidiariedad (no haber otro medio efectivo para remediar el daño). Ni la Constitución ni la ley nº 9.882/99 establecen conceptualmente el significado de “Precepto Fundamental”, y la jurisprudencia del STF estableció que son preceptos fundamentales: los Principios Fundamentales (Título I de la Constitución), los Derechos y Garantías Fundamentales (Título II de la Constitución), las Cláusulas Pétreas (Cláusulas de Piedra) (art. 60, párrafo cuarto) y los Principios Sensibles que justifican la intervención federal en los Estados y el Distrito Federal (art. 34, VII).

El ADPF 132 fue propuesto el 27/02/2008 por el Gobernador del Estado de Rio de Janeiro para garantizar la “interpretación conforme a la Constitución” de la legislación discriminatoria (que sirvió de base para negar el régimen jurídico de la unión estable a las uniones del mismo sexo, violando el derecho a la igualdad, la libertad y la autonomía de la voluntad, así como los principios de la dignidad humana y seguridad jurídica) con el fin de “asegurar los beneficios previstos en la ley también a los parejas de uniones homoafectivas estables” y la declaración de que las decisiones judiciales que niegan dicha equivalencia violan preceptos fundamentales.

La decisión fue relatada por el ministro Carlos Ayres Britto del STF y juzgada en conjunto con la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 4.277, propuesta en el 05/05/2011 por la

Procuraduría General de la República y que trata del mismo tema. El STF juzgó por unanimidad que la ADPF 132 era plenamente válida, con el ministro Dias Toffoli declarándose impedido y con diferencias laterales entre los ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes y Cezar Peluso en cuanto a los motivos (que trataremos más adelante).

El caso es que, antes de ADPF 132, no existía la unión homoafectiva en el ordenamiento jurídico brasileño, pero entonces empezó a existir. Así, través de la interpretación, un órgano del Poder Judicial ha creado un instituto jurídico entonces inexistente.

Inmediatamente, quienes se oponen a la decisión señalaron que el STF estaría modificando la Constitución Federal de manera ilegítima. A su vez, los partidarios del ADPF 132 afirmaron que la propia Constitución otorga al STF poderes para fundamentar una decisión como esta. Detrás de estas posiciones divergentes (a menudo de naturaleza estrictamente política y no jurídica) es posible identificar dos concepciones opuestas del sistema jurídico.

Dos concepciones acerca del sistema jurídico

El conocido concepto de sistema jurídico no ha estado con la humanidad durante tanto tiempo. En la antigüedad, por ejemplo, en el derecho romano, no se entendía el sistema como un orden predeterminado del que surgen las consecuencias: para los romanos, la mayor virtud de un jurista era la "prudencia", sin que las decisiones estén predeterminadas por otro elemento.

Posteriormente, en la Edad Media, las nociones de soberanía y vasallaje comenzaron a establecer algún tipo de coordinación (esta noción jerárquica marca una especie de trascendencia de un poder hacia el otro, hacia el infinito, que ya se asemeja a una forma de sistema), pero todavía estaba extremadamente fragmentado (como un reflejo del propio feudalismo). Paralelamente, la tradición cristiana occidental (monoteísta, por cierto), con su concepto de dogmas, comienza a demandar métodos para buscar la articulación de los diferentes paradigmas que, aunque no discutibles, generan dudas interpretativas, ya que son contradictorias entre en sí mismo (entre estos métodos destaca el "Decreto de Graciano"⁴).

Con el advenimiento de la Reforma Protestante en el siglo XVI, la "unidad trascendental" de la Edad Media se rompe: los reformadores inicialmente liderados por Lutero se diferenciaron de aquellos que habían establecido previamente los cánones y comenzaron a reclamar para sí mismos el derecho a interpretar directamente las escrituras, sin ningún vínculo dogmático con la comprensión del clero católico. Si, por un lado, la Edad Media representó el orden, el monoteísmo, la unidad y una especie de sistema en el infinito; por otro lado, la Reforma trajo ruptura, diversidad de interpretación y fragmentación de facto (aunque también hubo fragmentación en el Edad Media, se unificó en forma trascendental).

⁴ El monje Graciano, entre 1140 y 1142, buscó recopilar el Derecho Canónico que existía en su época y, ante las normas contradictorias que identificó, elaboró la "Concordia discordantium canonum", un método para armonizar las distintas alternativas, sin negar cualquiera de ellas (porque, todas eran paradigmáticas).

Al mismo tiempo que la Reforma protestante rompió con la unidad de la Edad Media, otro movimiento, iniciado poco antes, también tendría grandes consecuencias: el Renacimiento. Tal movimiento provocaría enormes transformaciones culturales, políticas y sociales en Europa, reivindicando la supremacía de la racionalidad, que impulsaría la evolución de la ciencia. La ciencia, basada en la experimentación, el método y los resultados, desarrollaría una concepción moderna de sistema (aunque vinculado específicamente a cada una de las diversas áreas científicas).

Todavía pasaría mucho tiempo antes de que las ideas científicas comenzaran a influir de manera efectiva en el pensamiento jurídico. A partir del siglo XVII, la palabra “sistema” comenzó a popularizarse, pero fue solo en el siglo XIX cuando esta palabra sería usada en relación con el Derecho. Entonces surgieron algunas preguntas: ¿Es el ordenamiento jurídico un sistema? Si es así, ¿cuál es su repertorio y estructura? ¿Quiénes son tus elementos y cuáles son las reglas de relación entre ellos?

En nuestra opinión, las respuestas mejor estructuradas a todas estas preguntas sobre el sistema jurídico las ofreció Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, que buscaba un enfoque totalmente racional y científico del derecho. Para Kelsen, lo principal para la caracterización de un sistema jurídico es su ordenamiento bajo criterios de validez, de modo que la norma inferior se ha incluido en el sistema en perfecta concordancia (de contenido y competencia) (Bobbio, 1989, p. 53-54) con la norma superior, que a su vez se incluyó en el sistema en perfecto acuerdo con su superior y así sucesivamente, hasta la norma hipotética fundamental (que trae mucha similitud con la coordinación trascendental de la Edad Media).

En cierto modo, la formulación del sistema idealizada por Kelsen reconoce una posición fundamental para el Legislador, ya que cualquier norma válida, de alguna manera, encontrará su fundamento en una ley. Así, identificamos aquí la primera concepción del sistema jurídico: aquella en la que el Legislador tiene primacía y los demás Poderes solo aplican o revelan el entendimiento del Legislador.

Aunque bastante coherente y elegante desde un punto de vista teórico, esta concepción del sistema jurídico aún enfrenta una dificultad concreta: el ordenamiento jurídico es una maraña legislativa que fue producida por diferentes órganos, en diferentes momentos, con diferentes objetivos y sin las mismas motivaciones. El ordenamiento en sí mismo no tiene un significado lógico, coherente y racional.

Mucho antes de Kelsen, la Escuela Histórica de Derecho, dirigida por Savigny, entendiendo que el verdadero Legislador no tiene una visión global del “sistema” jurídico, entendió que la búsqueda de la coherencia entre las reglas era tarea del adoctrinador, a través de la interpretación de las normas. La interpretación doctrinal haría la costura necesaria para atribuir lógica entre la estructura inicialmente incoherente de las normas, identificando un significado global hasta ahora oculto. Se puede decir que la doctrina identifica tal sentido (ya existente) o crea tal sentido (construido, puesto que no existe).

Independientemente de la concepción, para orientar la identificación/ creación del significado global del "sistema", la doctrina necesitaba la figura ficticia del "Legislador

racional" (Nino, 1989), que sería una figura singular (a pesar de la multiplicidad de autores), permanente (nunca muere), único (igual para todas las normas), consciente (conoce todas las normas), finalista (todas las normas tienen una función), omnisciente (conoce todos los hechos, ya sean presentes, futuros o pasados), omnipotente (la norma solo se detiene si el Legislador quiere), justa (presunción de justicia en todas sus manifestaciones), coherente (incluso cuando se contradiga), omni-comprensible (disciplina todos y cada uno de los aspectos de la vida), económica (nunca redundante), operativa (todas las palabras tienen utilidad) y precisas (palabras utilizadas en sentido técnico). Es curioso cómo esta concepción de "Legislador racional" se refiere directamente a los esfuerzos de Graciano por identificar el acuerdo entre los desacuerdos canónicos (sin embargo, en lugar del "Legislador racional", buscó la "verdad divina").

Ocurre que el trabajo del Legislador, que hay que interpretar, es la ley escrita, que se formuló desde el lenguaje natural (aunque trata de cubrirse como un lenguaje técnico / artificial). El lenguaje natural (Ferraz Júnior, 2009, p. 10) se compone de varios términos amplios o vagos, a veces con significados multívocos (a lo largo de este ensayo llamaremos términos con características tales como "términos líquidos", para usar una referencia de Zygmunt Bauman). Además, el lenguaje está compuesto por el texto y el contexto, este último delimitando el uso de determinadas palabras. En resumen, la tarea del Intérprete es la reconstrucción de la norma, pero, al mismo tiempo que se refiere al texto escrito, modifica su significado (Ascarelli, 1959, p. 7).

La doctrina está llena de técnicas, reglas y métodos para la interpretación de normas. Algunos refuerzan el papel del Legislador, de modo que dependería del Intérprete simplemente revelar la norma. Un ejemplo clásico es también de Kelsen (2000), para quien la norma sería un marco, determinado por el Legislador, dentro del cual el Intérprete tendría cierta libertad, pero totalmente limitada por el Legislador. Otro ejemplo en este sentido son los métodos clásicos de Savigny (literal, lógico, histórico y sistemático), que también están claramente fijados por el trabajo del Legislador.

Tal visión, del Intérprete como mero revelador del trabajo del Legislador (entendiendo más allá de lo que se escribió, pero también su intención), se justifica más cuando se relaciona con normas producidas con mucha objetividad, lo que hoy llamamos "normas-reglas". Como tales, son normas que tienen modalidades deónticas (obligar, prohibir o permitir), cuyo incumplimiento daría lugar a una sanción a ser aplicada por el Estado.

De ello se desprende que los textos legales vigentes, cada vez más, se elaboran con menos objetividad y más valores. Y cada vez más el lenguaje que utiliza el Legislador está lleno de términos con significados multívocos, amplios o vagos (Delmas-Marty, 2004, p. 143-145). Las Constituciones de la posguerra son ejemplos muy evidentes de esta nueva forma de acción del Legislador, que incluyó valores, principios y programas en esos textos normativos (uso y abuso del lenguaje natural) (Ferrajolli, 2002, p. 51)⁵. Estos serían llamados "normas-principios".

⁵ Ferrajolli es un crítico del uso de un lenguaje impreciso y ambiguo, que entiende como una especie de violación de la Separación de Poderes y la subordinación de los jueces a la ley.

La interpretación de normas-principios desde la perspectiva del Legislador ya no es suficiente, ya que esos conceptos fluidos necesitan ser concretados durante el trabajo del Intérprete (se desarrollaron varias teorías y técnicas con este objetivo, siendo la “Teoría de la Ponderación y Principios” Robert Alexy⁶, considerado el más exitoso y popular (Augsberg, 2016), aunque no exento de críticas). La realización de tales normas solo es posible con la acción creativa del Intérprete (de lo contrario, la norma-principio no se puede realizar, quedando sin fuerza normativa)⁷. Así, al establecer un nuevo formato para las normas, el Legislador delegó parte de la actividad creativa al Intérprete (aunque se quedó con una fracción). En resumen, ¿habría sido el propio Legislador quien lo hubiera querido!

Finalmente, llegamos a las dos concepciones contrapuestas del ordenamiento jurídico que se revelan en el desacuerdo sobre el papel del STF en el ADPF 132⁸.

Un punto de vista proviene de la supremacía casi absoluta del Legislador como creador de reglas. El Intérprete solo tiene que revelar el trabajo del Legislador. Quienes siguen esta concepción se basan en los métodos antiguos de interpretación y siempre refuerzan el texto de la ley.

Otro punto de vista entiende que la posición central del sistema es la del Intérprete, porque sin ella la creación de la norma no se efectiva. La posición del Legislador no se niega, pero mitiga. Los seguidores de esta concepción se apoyan en los nuevos métodos de interpretación (especialmente constitucional) y refuerzan la concretización de la norma (de la cual el texto sería solo un paso).

Una posible crítica a esta segunda concepción es que la primacía del sistema pasa al Intérprete, que en última instancia es un juez, es decir, una persona ilegítima, que no fue electa y no representa la voluntad popular (subvirtiéndolo la jerarquía de fuentes) (Ferrajolli, 2012, p. 52).. Se podría entender esta situación como una especie de estado de excepción (Agamben, 2004) en el que el responsable de la erosión del poder del Legislador es el Poder Judicial y no el Poder Ejecutivo (una especie de Carl Schmitt de adentro hacia afuera) (Fischer-Lescano, 2016).

Además, a diferencia del trabajo del Legislador, que se traduce en un texto objetivo y general, el trabajo del Intérprete es siempre circunstancial (rara vez general) y, muchas veces, su fundamento está tan ligado al caso concreto y a las partes involucradas, que le falta mucha objetividad. En consecuencia, la actuación del Intérprete es constante y no puntual, por lo que este Estado de Excepción es una Dictadura Constitucional permanente.

⁶ La “Teoría de la ponderación y los principios” de Robert Alexy (2011) parte de la distinción entre reglas y principios formulada originalmente por Ronald Dworkin. Según Alexy, ambas serían especies de normas, la diferencia es la forma de aplicación, mientras que las “normas-reglas” se aplican por subsunción (“todo o nada”), las “normas-principios” (“all-or-nothing”), los “principios-normas” son un orden de optimización y tienen una dimensión de peso y se pueden ponderar. Alexy desarrolla (a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán) una metodología de cómo debe llevarse a cabo dicha ponderación (las llamadas “máximas” de Necesidad, Adecuación y Proporcionalidad en sentido estricto).

⁷ Y, como enseña Konrad Hesse (2009), la Constitución tiene fuerza normativa.

⁸ Cabe aclarar que, como el centro de la divergencia es el cambio (o no) de la Constitución por parte del STF, entendemos que se trata de un debate interno al positivismo.

Dado que los elementos de la Excepción están dentro del ordenamiento, el Poder Judicial no lo utilizará excepcionalmente para fundar un nuevo sistema (como una Revolución según Arendt (2011), sino para mantenerlo y sostenerlo⁹.

En defensa de esta segunda concepción, se pueden plantear varios argumentos (diferentes entre sí y a menudo conflictivos) que apuntan a la NECESIDAD de un sistema no piramidal (en el modelo de Kelsen), ya sea porque el poder real se ejerce en una multiplicidad de correlaciones de fuerza que forman una cadena (Foucault, 2011, p. 14) y no necesariamente una pirámide (tal vez formen un rizoma según Deleuze y Guattari (1995)). También es posible defender esta segunda concepción, apuntando a la necesidad de un nuevo modelo de sistema, que refleje mejor la complejidad de la sociedad actual, sus nuevas formas de subjetividad autodirigidas (Ladeur, 2018), la multiplicidad de relaciones fronteras¹⁰ o la fragmentación de los individuos en una pluralidad de universos (Ferraz Junior, 2014, p. 72). De esta forma, un modelo con primacía del Intérprete establece varios puntos adicionales de ingreso de información en el sistema (diferente al modelo en el que solo el Legislador sería una puerta de este tipo), lo que permitiría establecerse una forma de soberanía democratizada (Foucault, 1979, p. 10).

Paralelamente, la propia globalización establece un sistema con una pluralidad de fuentes de derecho (nacional, internacional y supranacional) con expansión de las áreas de incidencia (en la vida de las personas) (Losano, 2005, p. 281), lo que lleva a la formación de una red o anillos extraños (con jerarquías encaballadas) (Delmas-Marty, 2004, p. 98-111).

Análisis del ADPF 132 desde su fundamento

Como se entiende a partir de la sentencia del ADPF 132, la decisión se basó en el entendimiento de que la Constitución no establece un significado específico para la palabra “familia” (el artículo 226, “caput”, de la Constitución, solo confiere especial protección estatal a esta entidad, que es la base de la sociedad) y que, considerando el principio de isonomía y la prohibición de la discriminación, no puede excluirse la unión entre personas del mismo sexo simplemente porque el tercer párrafo del artículo 226 de la Constitución Brasileña trata de la unión entre el hombre y la mujer ”:

“Art. 226. La familia, base de la sociedad, tiene una protección especial por parte del Estado.

§¹¹ 1º El matrimonio es civil y la celebración es gratuita.

§ 2º El matrimonio religioso tiene efecto civil, según los términos de la ley.

§ 3º A los efectos de la protección del Estado, la unión estable entre hombres y mujeres es reconocida como entidad familiar y la ley debe facilitar su conversión en matrimonio.

⁹ Según Walter Benjamin (2013, p. 132), la violencia/dominio/soberanía tiene dos funciones esenciales para el Derecho: establecer el Derecho o mantener el Derecho (también Derrida (2010) p. 73). Estaríamos ante el segundo caso, pero en él la “velocidad” de la violencia es bastante lenta, por lo que la violencia no es fuerza, sino poder (Canetti (1995), p. 281-283).

¹⁰ Fischer-Lescano (2016), p. 51. Es importante señalar que Andreas Fischer-Lescano no es un seguidor de la “Teoría de los principios y ponderación” de Alexy.

¹¹ En Brasil, el signo § significa un párrafo de la ley (§ no significa sección).

§ 4º También se entiende como entidad familiar la comunidad formada por alguno de los padres y sus descendientes.

§ 5º Los derechos y deberes relacionados con la sociedad conyugal son ejercidos por igual por hombres y mujeres.

§ 6º El matrimonio civil puede disolverse por divorcio. (Redacción dada por la Enmienda Constitucional No. 66 de 2010)

§ 7º Con base en los principios de la dignidad de la persona humana y la paternidad responsable, la planificación familiar es una decisión libre de la pareja, y corresponde al Estado proporcionar los recursos educativos y científicos para el ejercicio de este derecho, siendo vedada cualquier forma coercitiva por parte de instituciones oficiales o privadas.

§ 8º El Estado asegurará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para frenar la violencia en el contexto de sus relaciones.”

(Traducción libre)¹²

Así, la interpretación del artículo 1.723 del Código Civil brasileño (Ley nº 10.406/02) bajo la Constitución concluye en la necesidad de reconocer la unión entre personas del mismo sexo como familia:

“Art. 1.723. Se reconoce como entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constituir una familia.

§ 1º La unión estable no se constituirá si los impedimentos del art. 1.521; la incidencia del ítem VI no aplica si la persona casada está separada de facto o judicialmente.

§ 2º Las causas suspensivas del art. 1.523 no impedirán la caracterización de la unión estable”.

(Traducción libre)¹³

De hecho, no existe una definición constitucional de “familia” como la unión entre un hombre y una mujer, todo lo contrario: el artículo 226 de la Constitución y sus párrafos establecen una serie de relaciones que también pueden ser consideradas como familiares.

¹² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e 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.

§ 8º 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.

¹³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Ante esto, se concluye que el propio Legislador delegó en el Intérprete la tarea de definir el concepto "familia" (exactamente lo que hizo la Corte Suprema).

Se podría argumentar que el STF está interpretando la palabra "familia" de manera diferente a lo que habría sido el entendimiento original del Legislador. Por tanto, para una conclusión como esta, sería necesario identificar el "entendimiento original del Legislador" sin la ayuda del texto constitucional (que no establecía la definición de "familia"). Ahora bien, la identificación de la voluntad del Legislador sin utilizar el texto de la constitución es solo otro argumento retórico para la interpretación basada en elementos externos al texto. De esta forma, la definición vuelve a ser responsabilidad del Intérprete (en este sentido, Andrés Ollero Tassara, señalaría que "todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza detrás del poder político y la interpretación") (Tassara, 2019, p. 2.).

Como tal, no hay cambio en la Constitución por parte del STF en la ADPF n° 132, ya que el Intérprete solo dio sustancia a un concepto vago que no fue definido objetivamente (a opción del propio Legislador).

Por otro lado, es un hecho que, mediante ADPF 132, el Tribunal Supremo Federal creó un instituto jurídico que hasta entonces no existía en el ordenamiento jurídico brasileño. Pero esto no se debió a un cambio en la Constitución (el llamado cambio constitucional), sino a una "interpretación conforme a la constitución". Es una técnica mediante la cual, durante el control de constitucionalidad, se altera el sentido de una norma infraconstitucional, para que su transcurso se entienda de acuerdo con la constitución. En este caso, de hecho, la Corte Suprema cambió el sentido del artículo 1.723 del Código Civil (infraconstitucional), de modo que también englobaba la unión entre personas del mismo sexo entre sus hipótesis (se cambió la norma del Código Civil y no de la Constitución).

Pero nuevamente es necesario señalar que esto no sucedió debido a la arbitrariedad del Intérprete: esta es una hipótesis expresamente prevista en la Ley No. 9.868 / 99, artículo 28, Párrafo Único. Una vez más fue decisión del Legislador, quien delegó tales poderes en el Intérprete.

En conclusión, independientemente de la concepción del ordenamiento jurídico, en ambos casos es correcta la decisión del STF en ADPF 132.

Desde el punto de vista en el que el Legislador tendría primacía, la decisión es acertada, ya que el Legislador formuló la ley con un alto grado de abstracción y no estableció objetivamente el concepto de familia. Además, fue el Legislador quien introdujo en el sistema la técnica de "interpretación conforme la constitución", lo que le permitió al Intérprete cambiar la legislación infraconstitucional para adecuarla a la Constitución.

Desde el punto de vista en el que el Intérprete tendría primacía, la decisión también es correcta, ya que el Intérprete es quien estableció el significado del término "familia" (que proviene del lenguaje natural y no podría, por tanto, tener una definición técnica) y, además, corrigió la legislación infraconstitucional en el sentido de su interpretación de la Constitución.

Conclusión

Finalmente, vamos a responder a la provocación inicial: ¿el STF cambió la Constitución Brasileña o fue la Constitución la que cambió el STF?

Fácil sería responder que ambas afirmaciones son correctas: si, por un lado, el STF cambia la Constitución cada vez que interpreta los “términos líquidos” y establece un nuevo significado para sus normas; por otro lado, fue la Constitución que introdujo esos “términos líquidos” en el sistema, con el fin de reforzar el papel interpretativo del STF (es decir, cambió la función de la Corte).

Pero no estamos de acuerdo con esta doble respuesta. A nuestro entender, fue la Constitución que cambió el STF. El Legislador (Asamblea Nacional Constituyente de 1988) tomó una decisión deliberada de reforzar el papel del STF y, al mismo tiempo, fue abundante en el uso de “términos líquidos”. Sin esta decisión del Legislador, no habría como el STF decidir cómo decidió en la ADPF 132.

Asimismo, no es correcto decir que el STF “modifica la Constitución” cuando establece diferentes significados para “términos líquidos”. La estructura de estas normas está diseñada exactamente para acomodar tal apertura interpretativa, como una necesidad de la nueva complejidad de la sociedad actual (sin tal apertura, las normas constitucionales probablemente quedarían rápidamente desactualizadas y requerirían una reforma formal del texto de la Constitución). En resumen, estas normas no se modifican, sino que se realizan cuando su significado es establecido por el Intérprete (aunque sea diferente a la interpretación anterior).

Así, cerramos con el entendimiento de que la Constitución (por decisión del Legislador) cambió el STF y el sistema, otorgando deliberadamente mayores poderes al Intérprete. Y el STF, al aceptar estos nuevos poderes, actúa exactamente como lo prescribe la Constitución y de ninguna manera modifica la Constitución por fuera de los parámetros que determinó el Legislador.

Bibliografía Citada

Agamben, Giorgio (2004): *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo.

Alexy, Robert (2011): *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros.

Arendt, Hannah (2011): *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras.

Ascarelli, Tullio (1959): *Antígona e Pórcia* (Traducc. Luísa Heráclio Panico e Maria Isabela Haro Meloncini, Milão).

Augsberg, Ino (2016): “A Desunidade da Razão na Multiplicidade das Vozes”, en Campos, Ricardo (Org.), *Crítica da Ponderação*. São Paulo: Saraiva.

Benjamin, Walter (2013): *Escritos sobre Mito e Linguagem*. São Paulo; Editora 34.

Bobbio, Norberto (1989): *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Pólis y Brasília: Universidade de Brasília.

Canetti, Elias (1995): *Massa e Poder*. São Paulo; Companhia das Letras.

Deleuze, Gilles y Guattari, Félix (1995): *Mil Platôs - capitalismo e esquizofrenia*, (Traducc Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa). Rio de Janeiro: Ed. 34.

Delmas-Marty, Mireille (2004): *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes.

Derrida, Jacques (2010): “Prenome de Benjamin”, em *Força de Lei – o fundamento místico da autoridade* (Traducc. Leyla Perrone-Moisés). São Paulo: WMF Martins Fontes.

Ferrajolli, Luigi (2012): “Constitucionalismo Principlista y constitucionalismo Garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio (2009): *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio (2016): *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas.

Ferraz Junior, Tercio Sampaio (2014): *O Direito, entre o Futuro e o Passado*. São Paulo: Noeses.

Fischer-Lescano, Andreas (2016): “Crítica da Concordância Prática”, em Campos, Ricardo (Org.), *Crítica da Ponderação*. São Paulo: Saraiva.

Foucault, Michel (2011): *História da Sexualidade, vol. I, A vontade de saber*. São Paulo: Graal.

Foucault, Michel (1979): *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal.

Hesse, Konrad (2009): *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Kelsen, Hans (2000): *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Ladeur, Karl-Heinz (2018): “Por um novo direito das redes digitais”, en Abboud, Georges, Nery Jr, Nelson y Campos, Ricardo (Org.), *Fake News e Regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Losano, Mario G (2005): “Modelos Teóricos, Inclusive na Prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais”, en *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* (v.8. n.16. jul./dez.).

Nino, Carlos Santiago (1989) Consideraciones sobre la dogmática jurídica, instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México
<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9856>

Recondo, Felipe y Weber, Luiz (2019): *Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras.

Tassara, Andrés Ollero (2019): *Genética, el Individuo y la Familia*.

Normas Legales Citadas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988. [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. [Data de consulta: 14 de fevereiro de 2021].

Emenda Constitucional nº 35/01, dá nova redação ao art. 53 de Constituição Federal. Diário Oficial da União, 21 de dezembro de 2001. [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm]. [Data de consulta: 14 de fevereiro de 2021].

Lei nº 10.406/02, institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002. [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm]. [Data de consulta: 14 de fevereiro de 2021].

Lei nº 10.461/02, acrescenta alínea ao inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, 20 de maio de 2002. [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110461.htm]. [Data de consulta: 14 de fevereiro de 2021].

Lei nº 9.882/99, dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 06 de dezembro de 1999. [Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm]. [Data de consulta: 14 de fevereiro de 2021].

Jurisprudencia Citada

Supremo Tribunal Federal (Brasil): *Governador do Rio de Janeiro* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), Rol nº 132/RJ, 05 de maio de 2011.

Supremo Tribunal Federal (Brasil): *Procurador-Geral da República* (Ação Direta de Inconstitucionalidade), Rol nº 4.27, 05 de maio de 2011.