

## *Lectio doctoralis*

# Jurisdicción constitucional de libertad para la libertad

GILMAR FERREIRA MENDES\*

Decano de la Facultad, Prof. Dr. Leandro Vergara; Profesor Raúl Gustavo Ferreyra, en cuyo nombre saludo a los profesores y alumnos de la Facultad de Derecho más significativa de Sudamérica, la cual ha formado a quince presidentes de la Nación Argentina; personal docente y no docente de tan distinguida universidad –el cumplido no es gratuito: pocas cosas son tan distinguidas como tener cinco investigadores galardonados con el Premio Nobel-.<sup>1</sup>

Desde que recibí la grata noticia de mi ingreso al Colegio de Doctores Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires, un recuerdo me visita constantemente. Este recuerdo me lleva a 1978. Brasil cumplía catorce años de dictadura militar; la democracia tardaría otros siete años en volver. En aquella noche profunda y oscura del alma, todavía eran las tres de la mañana.

En julio de 1978, me licencié en Derecho por la Universidad de Brasilia. En Brasil, es costumbre celebrar una ceremonia solemne para recibir los diplomas. En ella se elige a una personalidad notable para ser homenajeada (“paraninfo”) y a uno de los alumnos para ser el “orador”. La promoción de Derecho de 1978 siguió esta tradición, pero cometió un

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Münster, Alemania. Profesor del Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP), donde es director del Centro Hans Kelsen de Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. Ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil.

<sup>1</sup> Versión escrita, trad. por Carolina Cyrillo, de la disertación oral pronunciada el 30 de agosto de 2024 en la entrega del doctorado *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires a Gilmar Ferreira Mendes.

acto de osadía y otro de temeridad. Por cierto, tenemos aquí –además de mí– a otro miembro de aquella promoción: Guiomar Feitosa Mendes.

La osadía de la cohorte de 1978 fue homenajear al Dr. Sobral Pinto. La última vez que una promoción universitaria pensó en homenajear al más firme opositor a la tortura y al terrorismo de Estado, diez años antes, en 1968, la historia no había acabado bien: Sobral Pinto, el más combativo y competente de los abogados brasileños, fue sacado de su habitación del hotel donde vivía, para ser detenido arbitrariamente en una unidad del ejército.

Ahora, la temeridad: en aquella oportunidad me eligieron portavoz. Nunca me han gustado mucho los filtros. Con mis sencillos límites estudiantiles, recordé a aquellos “que no callaron ante la omnipotencia del Leviatán revivido” durante esos “largos años de (...) opresión cada vez mayor causada por el Estado de excepción”. Y así concluí:

No hay forma de escapar a este dilema: o entendemos la ley como un instrumento para realizar la justicia social, o todos estaremos corroborando la fina ironía de Anatole France cuando afirma que la ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe a los ricos, lo mismo que a los pobres, robar una hogaza de pan, dormir bajo los puentes y mendigar en las calles.

El cierre del discurso resume bien el principal dilema al que se enfrentaba mi generación: *transformar una realidad social desoladora* mediante normas que, históricamente, siempre han sido extremadamente ineficaces: las normas constitucionales. Me encantó descubrir que ése era también *mi* problema. Sí, hay algo de verdad en la ironía de Stefan Zweig: “No hay mayor fortuna en el destino de una persona que descubrir la misión de su vida en medio de él”.

Mis méritos en este descubrimiento, sin embargo, son pequeños. Tuve buenos profesores. Les debo todo. Todo. Algunos fueron profesores de la vida, como el senador Paulo Brossard, cuyo impecable brío y férreo compromiso con el retorno de la democracia produjeron discursos memorables. Profesores universitarios, como Josaphat Marinho, quien combinaba erudición y sentido práctico como ninguno. Nadie asistía impunemente a sus cursos: el precio que pagaban sus alumnos era adquirir el hábito del pensamiento crítico y entrar en contacto con doctrina de vanguardia.

De esta doctrina se desprendía que las democracias europeas habían estado experimentando una nueva forma de relación entre el Estado y el individuo desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, la piedra angular de esta relación había sido la promoción de normas de ciudadanía encarnadas en derechos exclusivos para los individuos. Derechos que tenían su contrapartida en obligaciones universales de los organismos estatales.<sup>2</sup>

El constitucionalismo alemán desempeñó un papel destacado en este hito, no sólo por el énfasis que la Ley Fundamental de Bonn dio a los derechos fundamentales, sino también por transponer la tradicional concepción filosófico-teológica de la dignidad de la persona humana a un texto constitucional jurídicamente vinculante.<sup>3</sup> El diálogo de este nuevo modelo con otros ordenamientos constitucionales enseñó mucho a Brasil.

En Italia, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el texto constitucional generó malestar: se constató que estos derechos anunciados solemnemente no habitaban en la vida cotidiana de los ciudadanos de a pie; sólo tocaban la realidad constitucional, pero no interferían en ella. Un distinguido jurista italiano no estaba satisfecho con este estado de la cuestión. Se trataba de Mauro Cappelletti. Según su diagnóstico, la ineficacia de los derechos fundamentales deriva de la insuficiencia de su protección. Las situaciones jurídicas protegidas por los derechos fundamentales no pueden recibir la misma protección que la jurisdicción ordinaria reserva a las violaciones de los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial. Por lo tanto, la ausencia de una tutela procesal diferenciada es la responsable de esta "situación de irrealidad de la Constitución italiana".

Hecho este diagnóstico, Mauro Cappelletti propuso una solución: los derechos fundamentales deberían abandonar el estatuto de meras "normas programáticas" y asumir, de una vez por todas, el carácter de "normas preceptivas", con la institucionalización de una *jurisdicción*

<sup>2</sup> THORNHILL, Chris, "A Constituição de Weimar como uma Constituição militar", en BERCOVICI, Gilberto (org.), *Cem Anos da Constituição de Weimar*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 271.

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter, "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

*constitucional de las libertades (Grundrechtsgerichtsbarkeit).*<sup>4</sup> El éxito de esta expresión en el Occidente latino se debe a su capacidad de articularse productivamente con la dimensión procesal de la garantía de la Constitución.

Cuando se trata de normatividad constitucional, *el procedimiento no puede reducirse a una formalidad accesoria.* Hans Kelsen ya era consciente de ello en 1928, cuando advirtió que la eficacia normativa de la Constitución dependía de las formas procesales que regían ese control.<sup>5</sup> Rui Barbosa ya era consciente de ello en Brasil, e incluso antes, cuando desarrolló la “doctrina brasileña del *habeas corpus*”.

En la Europa de la posguerra, esta relación de dependencia entre eficacia normativa y proceso fue conscientemente asumida y elaborada. Este nuevo “tipo” denominado “Estado constitucional” inviste a la jurisdicción constitucional del papel de garante de las libertades democráticas, a la vez que considera los procedimientos como el lugar adecuado para el ejercicio de la ciudadanía. Una normatividad constitucional “abierta” exige el establecimiento de cauces procedimentales adecuados para la participación plural<sup>6</sup>. Por estas y otras muchas razones, Peter Häberle, en los años 70, asumió la premisa de que el procedimiento constitucional es derecho constitucional materializado (*konkretisiertes Verfassungsprozeßrecht*).<sup>7</sup>

No sería exagerado decir, en léxico hegeliano, que la “jurisdicción constitucional de las libertades” capta su tiempo en concepto. En los lugares donde germinó el tipo de Estado constitucional, la institucionalización procesal de la protección de los derechos fundamentales fue

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Ciudad de México, Imprenta Universitaria, 1961.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, en *La giustizia costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1981, p. 194. Kelsen se presenta, correctamente, como fundador de la disciplina “Derecho procesal constitucional” (*Verfassungsprozeßrecht*): FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Das Problem der Verfassungskontrolle”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 25, p. 655.

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo y Valeria MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, Bolonha, Il Mulino, 2012, p. 63.

<sup>7</sup> HÄBERLE, Peter, “Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. Im Spiegel der Judikatur des BVerfG”, en *JuristenZeitung*, vol. 31, nro. 13, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, pp. 377-84.

fácilmente asimilada por las respectivas sociedades civiles. Las demandas de mejoras concretas en la vida empezaron a expresarse rutinariamente en la gramática de los derechos fundamentales y a transmitirse a través de los procedimientos judiciales, por supuesto, sujetas a los límites impuestos por el principio de forma judicial (*Gerichtsförmlichkeit*).<sup>8</sup>

Superada la noche oscura y profunda en el alma brasileña, que fue el régimen militar, la Asamblea Nacional Constituyente de 1987-1988 presentó a Brasil un orden institucional inequívocamente afín al tipo de Estado constitucional. La Constitución de 1988 contiene todos los requisitos que Peter Häberle considera intrínsecos al modelo: (i) dignidad humana como premisa antropológico-cultural; (ii) soberanía popular y separación de poderes; (iii) derechos fundamentales y tolerancia; (iv) pluralidad de partidos e independencia de los tribunales.<sup>9</sup> Nos guste o no, la Constitución democrática de 1988 marcó el camino para resolver ese dilema que se cernía sobre los corazones y las mentes de los constitucionalistas de mi generación.

La redemocratización del Estado brasileño ha invertido en el fortalecimiento de las instituciones de control, especialmente del Poder Judicial. El Poder Judicial siempre estará a disposición de los ciudadanos brasileños cuando los Poderes Ejecutivo y Legislativo no cumplan con su deber de protegerlos. Por más que sea posible señalar algunos excesos en la solución adoptada, es incuestionable que el énfasis de la Constitución de 1988 en el Poder Judicial encuentra justificación en la realidad de exclusión social que pretendía transformar.

Esto dice mucho del modelo adoptado. También es Peter Häberle quien nos recuerda que el Estado constitucional afecta tanto a la *ratio* como a la *emotio*, e implica el *principio de esperanza*. Hay que dejar espacio al ser humano para un “*quantum de utopía*”, en la medida en que los textos constitucionales normalizan esperanzas que son al menos “deseos utópicos” concretos.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 2ª ed., Múnich, C. H. Beck, 1982, p. 6.

<sup>9</sup> HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México D. F., Universidad Autónoma de México, 2001, p. 3.

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional* cit., p. 7.

El énfasis en una agenda social queda estampado desde el principio de la Constitución de 1988. Una vez “constitucionalizados”, estos “deseos utópicos” propiciaron el surgimiento de una comunidad nacional comprometida con la realización de los valores proclamados solemnemente en el texto constitucional. 35 años después de la entrada en vigor de la Constitución, los resultados son favorables a la elección hecha por la Asamblea Nacional Constituyente. Brasil tenía índices sociales que nos avergonzaban ante la comunidad internacional. Por poner un solo ejemplo: hemos pasado de una tasa de 49,4 muertes por cada 1000 bebés (1990) a una de 12,4 (2021). Aunque aún queda mucho por hacer, no se puede restar importancia a este logro político, de buena política.

Al César lo que es del César: esta es una victoria de los órganos políticos, no del Poder Judicial. Sin embargo, tengo una pregunta: ¿Puede alguien sostener seriamente que estaríamos mejor si las omisiones administrativas en materia sanitaria no pudieran impugnarse ante los tribunales? ¿Puede ser realmente que una idealización del principio de separación de poderes justifique convertir la realización del derecho fundamental a la salud en una simple opción de la Administración pública, en función de su conveniencia?<sup>11</sup>

La situación en la que se encuentra la “jurisdicción constitucional de las libertades” es desafiante. Vivimos un momento en el que las libertades fundamentales son invocadas para destruir la estructura político-jurídica que las hace posibles, el Estado constitucional. Raúl Gustavo Ferreyra tiene algunas inmejorables reflexiones sobre el tema:

Las formas autoritarias son una pulsión inherente en el tipo de Estado constitucional y democrático, y la historia y el presente demuestran que la palabra “libertad” no necesariamente se usa para la defensa del sistema constitucional basado en los derechos humanos, sino, al contrario, puede ser utilizada para la destrucción de la Constitución.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> N. trad.: La Constitución federal brasileña garantiza expresamente la salud como derecho fundamental en su art. 6º, mientras que en el art. 196 determina que la salud es un deber de toda la sociedad y del Estado brasileño.

<sup>12</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, “Epílogo”, en HÄBERLE, Peter, *Libro constitucional, de lectura y de la vida latinoamericana*, Buenos Aires, Ediar, 2024, p. 436.

Qué suerte tengo de disfrutar de la compañía de personas como Leandro Vergara y Raúl Gustavo Ferreyra. Ellos me han recordado la advertencia de Michel de Montaigne: “Así como nuestro espíritu se fortalece conviviendo con espíritus rigurosos y sensatos, también se empobrece y degenera comerciando con los vulgares y malsanos”.

Aquí estoy recordando mi época en la Administración pública. No puedo olvidar mis largos años como miembro del Gobierno de Fernando Henrique Cardoso, que llevó a cabo reformas de gran calado en Brasil, empezando por la lucha contra la inflación (el Plan Real cumple ahora 30 años). En aquella época, contábamos con personas extremadamente preocupadas por el destino del país, por el destino de la Nación. Esas personas contribuyeron mucho a mi educación.

Queridos amigos Vergara y Ferreyra, suelo decir –en broma– que todo aquel grupo de personas tan selectas, que hicieron cambios profundos en la historia de Brasil, era un *dream team*. No por otra razón, a este Ministerio asistió nada menos que Pelé. A los amigos extranjeros que se topan en mi despacho con las fotos y los espacios dedicados a Pelé y preguntan por qué, les suelo responder: “Yo fui su colega”. Y siempre quieren saber en qué posición jugaba.

Pues bien, las consideraciones del profesor Ferreyra sobre la dinámica autoritaria conducen a la segunda parte del título de esta *lectio doctoralis*. La misma jurisdicción constitucional para la libertad que surgió de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial dio origen a una jurisdicción constitucional funcionalmente orientada al mantenimiento del orden democrático. Es una jurisdicción constitucional para la libertad, y digo esto por economía de significado.

La tarea de mantener la supremacía de la Constitución no puede dissociarse totalmente del mantenimiento del orden democrático. Con este fin, se ha desarrollado un consenso en varios países afiliados al tipo de Estado constitucional, en el sentido de que la independencia funcional del Poder Judicial se beneficia enormemente del establecimiento de Tribunales Constitucionales (o del refuerzo de las competencias de los Tribunales Supremos, cuando se adopta este modelo).

Los Tribunales Constitucionales ocupan una posición en la arquitectura del Estado que les permite estar a la altura de los órganos vértices

de los poderes (Parlamento o Congreso, Gabinete Ministerial o Presidencia de la República). Este *estatuto* institucional reforzado ha sido expresado y desarrollado por los publicistas contemporáneos a partir del concepto de “órgano constitucional”.<sup>13</sup> La dignidad, por supuesto, no deriva de la etiqueta. Deriva más bien del ejercicio de una función que no tiene contrapartida perfecta en la jurisdicción ordinaria.

Más que cualquier juez, los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas tienen la “responsabilidad política de mantener el imperio de la ley y su capacidad regular de funcionamiento”.<sup>14</sup> Incluso en los nuevos comienzos de la democracia, como atestigua la obra y la vida de Genaro Carrió, presidente de la Corte Suprema de Argentina en el simbólico año 1983.

No es casualidad que los máximos órganos del Poder Judicial y los Tribunales Constitucionales hayan sido objeto de atentados en países tan diversos como Polonia, Turquía, Hungría o Venezuela. No se puede hablar de casualidad cuando hay un proyecto. El intento de socavar a los tribunales por parte de sectarios alineados ideológicamente con un

<sup>13</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, “El *status* del Tribunal Constitucional (1981)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 100, Madrid, enero-abril 2014, p. 16: “La noción de órgano constitucional fue ya formulada implícitamente por Jellinek en 1892 y explícitamente por Santi Romano en 1898, quien planteó el problema de su distinción respecto de los órganos administrativos. Conceptos afines en la literatura de la época eran los de órganos inmediatos (*Gierke*) o los de órganos supremos, capitales o fundamentales del Estado. En cualquier caso, los conceptos de órgano constitucional y de sus fines responden a la necesidad inherente a toda organización de cierto tamaño y complejidad –y, por tanto, al Estado– de hacer malabarismos con sus unidades y subunidades de decisión y acción, es decir, con sus órganos”. SCHLAICH, KLAUS y STEFAN KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Múnich, C. H. Beck, 2018, p. 21, señalan acertadamente que, en el Derecho alemán, se entiende que el *Bundesverfassungsgericht* tiene una naturaleza jurídica diferente a la de los demás tribunales precisamente porque ocupa la posición de órgano constitucional (*Verfassungsorgan*).

<sup>14</sup> BADURA, Peter, “Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht”, en BLAUROCK, Uwe (org.), *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und im französischen Recht: Referate des 5. Deutsch-Französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13.-16. Juni 1984*, Frankfurt, Metzner, 1985, p. 49 (“aus der Verfassungsorganqualität des Gerichts desseneigene politische Verantwortlichkeit für die Erhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung und ihrer Funktionsfähigkeit”).

proyecto para hacerse con el poder es un rasgo constitutivo de los nuevos autoritarismos populistas.

En gran medida, Brasil forma parte de este problema. Pero no ha corrido la misma suerte que estos países. El Tribunal Supremo de Brasil ha desempeñado un papel considerable en este sentido. No es casualidad que los impulsos autoritarios se dirijan hacia el Tribunal Supremo. Aprendí de Juan Bautista Alberdi que los hechos políticos son síntomas: lo importante es comprender qué fuerzas subyacen al fenómeno.<sup>15</sup> Esto era cierto en 1837, cuando Alberdi diagnosticó el ascenso de Rosas al poder, y también lo es hoy.

La Constitución de 1988 contiene una clara decisión de investir al Tribunal Supremo Federal con la función principal de defender la Constitución (art. 102). Quien señaló la misión puso a disposición los medios. Prueba de ello es el énfasis dado por la Asamblea Constituyente al control de constitucionalidad formulado en lo esencial. Decisiones políticas fundamentales de la Asamblea Constituyente, como la ampliación de la lista de personas con derecho a interponer una acción directa, permitieron llevar rápidamente a la atención del máximo órgano del Poder Judicial cuestiones importantes, incluidas las omisiones inconstitucionales.

Sindicatos, partidos políticos y organismos públicos han obligado al Tribunal Supremo a derribar la odiosa Ley de Prensa del régimen militar, a perfilar criterios para la investigación con células madre, a prohibir la práctica del nepotismo en la Administración pública, a frenar el acoso a la autonomía universitaria y a la libertad de sufragio por parte de partidarios del autoritarismo en las pasadas elecciones presidenciales.

Todas estas son cuestiones constitucionales, no cuestiones de poder. Porque, como enseñan Alberdi y Bidart Campos, “la política no puede tener fines distintos de los fines de la Constitución”.<sup>16</sup> Buenos Aires me invitó a revisar por qué la Constitución de 1988 optó por dar un peso especial al Supremo Tribunal y al control abstracto de constitucionalidad. Esta fue la solución considerada adecuada para resolver las crisis

<sup>15</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Imprenta de la Libertad, 1837.

<sup>16</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Alberdi y la dinámica constitucional del progreso”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1959, p. 1396.

constitucionales de forma rápida, global y eficaz; es una parte central del equilibrio de poder estructurado por la Asamblea Constituyente de 1988.

Buenos Aires también me retrotrajo a mi programa de maestría. Mi disertación fue escrita exactamente durante 1987-1988, los *anni mirabiles* de la democracia brasileña. En sus conclusiones, señalé la posición preferencial dada por la Asamblea Constituyente al control de constitucionalidad realizado en abstracto, por vía principal –incluso como mecanismo correctivo del control incidental, planteado en casos concretos–.

La Universidad de Buenos Aires también me recordó que mi apreciación del institucionalismo le debe mucho a Moreira Alves, quien fue mi supervisor de maestría, uno de los más grandes jueces en la historia de la Corte Suprema. También me recordó que tuve la suerte de encontrar a un supervisor con una mentalidad similar durante mi doctorado en Münster, el profesor Hans-Uwe Erichsen.

Una *lectio doctoralis* es también un inventario de afinidades. Sin gratitud, es vanagloria. No he llegado hasta aquí solo. ¿Mis padres, mis hijos, mis nietos, mi mujer, mis profesores, la historia, la adversidad? Todos ellos me enseñaron –y me enseñan cada día–. Buenos Aires me lo recordó.

Es con el alma en fiesta que puedo dirigirme a usted, Sr. Decano Leandro Vergara, dueño de una doctrina civil cuya precisión y claridad honran las mejores tradiciones de los “sistemas maestros” de Bulygin y Alchourrón.

Es con gratitud y una mano tendida de amistad que puedo dirigirme al profesor Raúl Gustavo Ferreyra, portador de muchos títulos, pero ninguno mayor que el de “abuelo de Aitana”.

Es con alegría que puedo decir a todos y cada uno de ustedes que, hoy, las palabras de Jorge Luis Borges son mías: “Las calles de Buenos Aires ya son mi entraña”.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> BORGES, Jorge Luis, “Las calles”, en *Fervor en Buenos Aires*.