

CONTROL DE **CONSTITUCIONALIDAD** Y **DIÁLOGO** INSTITUCIONAL



COLECCIÓN **DIÁLOGOS** EUROPA-AMÉRICA



DIÁLOGOS  
EUROPA  
AMÉRICA

**Consejo Editorial:**

Bruce Ackerman (EE. UU.)

Manuel Atienza (España)

Fernando Atria (Chile)

Roberto Barroso (Brasil)

Laura Clérico (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

Marina Gascón (España)

Juan Antonio García Amado (España)

Mônia Henning (Brasil)

César Landa (Perú)

Gloria Patricia Lopera (Colombia)

José Juan Moreso (España)

Gonzalo Ramírez Cleves (Colombia)

Alejandro Saiz Arnaiz (España)

Pedro Serna (México)

Joan Picó I Junoy (España)

Susanna Pozzolo (Italia)

**Editor:**

Pedro P. Grández Castro

Luiz Guilherme **MARINONI**

# **Control de constitucionalidad y diálogo institucional**

Traducción de Christian Delgado Suárez

**PALESTRA EDITORES • MMXXIII**

|            |  |
|------------|--|
| 343<br>M26 | <p>Marinoni, Luiz Guilherme<br/> Control de Constitucionalidad y diálogo institucional / Luiz Guilherme Marinoni;<br/> 1a ed. – Lima: Palestra Editores; 2023.<br/> 371 p.; 17 x 24 cm. (Colección diálogos Europa-América)<br/> D. L. 2023-06184<br/> ISBN: 978-612-325-371-4<br/> 1. Derecho 2. Filosofía 3. Democracia y Estado. 3. Derecho constitucional<br/> 4. Legislación 5. Revisión judicial</p> |
|------------|--|

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Primera edición en Perú, julio de 2023  
(Título original: *Controle De Constitucionalidade E Diálogo Institucional*,  
Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2021)

© 2021: **Luiz Guilherme Marinoni**

© 2023: **Palestra Editores S. A. C.**  
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 – Perú  
Telf. (511) 6378902 – 6378903  
palestra@palestraeditores.com  
www.palestraeditores.com

© De la traducción: **Christian Delgado Suárez**

*Impresión y encuadernación:*  
Litho & Arte S. A. C.  
Jr. Iquique 026, Breña, Lima  
Julio de 2023

*Diagramación:*  
John Paolo Mejía Guevara

*Cuidado de estilo y edición:*  
Manuel Rivas Echarri

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-06184  
ISBN: 978-612-325-371-4

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

*todos los derechos reservados. queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,  
bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado  
en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del copyright.*

# CONTENIDO

PREFACIO DE LA EDICIÓN PERUANA..... 9

## I. INTRODUCCIÓN

1. La tensión entre la tutela de los derechos fundamentales y la democracia..... 11  
2. La Constitución no afirma la supremacía del Poder Judicial..... 14

## II. INTENTOS DE ACOMODAMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CON LA DEMOCRACIA

1. Por medio de la búsqueda de lo que está escrito en la Constitución y de la historia de sus normas: originalismo ..... 19  
2. La Constitución modesta ..... 26  
3. La lectura moral de la Constitución y la búsqueda de la decisión correcta por la Corte Suprema ..... 37  
4. Síntesis crítica..... 43

## III. DESACUERDOS MORALES RAZONABLES, DEMOCRACIA Y VERDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. El derecho de participar de la creación de los derechos: su sobreposición frente al derecho de reconocimiento judicial de los derechos morales..... 53  
2. Teoría de la autoridad versus teoría de la justicia: el equívoco de intentar resolver un problema de autoridad mediante la búsqueda de una decisión justa ..... 58  
3. Sobre el problema de la objetividad moral: la incompatibilidad entre respuesta correcta y cuestión moral ..... 61

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 4.  | Aun sobre la objetividad moral: ¿hay cómo reconocer judicialmente un consenso sobre una cuestión moral? .....   | 66  |
| 5.  | Cuando el desacuerdo constituye una resistencia moralmente irracional .....   | 68  |
| 6.  | ¿Qué está por detrás de la expresión “tiranía de la mayoría”? Su inaplicabilidad ante los desacuerdos morales razonables.....                         | 71  |
| 7.  | Las minorías aisladas e impotentes frente a los desacuerdos morales razonables.....   | 78  |
| 8.  | El control de la decisión parlamentaria sobre el desacuerdo moral razonable.....  | 87  |
| 9.  | Las cuestiones morales como fundamentos de decisiones constitucionales .....  | 92  |
| 10. | Los desacuerdos morales y la búsqueda de la verdad en el Estado constitucional.....   | 94  |
| 11. | Los hechos como forma de control de las decisiones de las instituciones públicas y el argumento para la implementación del diálogo institucional .... | 99  |
| 12. | El diálogo de los hechos morales .....  | 102 |

#### **IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DIÁLOGO CONSTITUCIONAL**

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 1.   | Teoría constitucional, democracia y decisión.....  | 111 |
| 2.   | Interpretación constitucional y democracia deliberativa.....   | 113 |
| 3.   | La ideología de la supremacía judicial en perjuicio de la participación y del diálogo en la formación del sentido de la Constitución ..... | 130 |
| 4.   | El <i>backlash</i> en diferentes perspectivas: entre la última palabra y el diálogo constitucional .....                                   | 143 |
| 5.   | La no decisión como opción democrática: la virtud pasiva.....  | 152 |
| 5.1. | Decidir el recurso sin decidir para todos (eficacia vinculante) para favorecer el diálogo constitucional .....                             | 152 |
| 5.2. | El uso virtuoso del poder de no decidir.....   | 157 |
| 5.3. | El poder de no decidir de la Corte Constitucional: repercusión general, suspensión del proceso y gestión de la pauta .....                 | 183 |
| 6.   | El minimalismo como forma de apertura al diálogo .....   | 188 |
| 6.1. | Cuando decidir lo necesario constituye una elección democrática .....  | 188 |
| 6.2. | Afirmar la inconstitucionalidad aunque sea de forma minimalista.....   | 202 |
| 6.3. | Algunos casos de decisiones que pecaron al ser maximalistas y de buenas decisiones deferentes al diálogo en los Estados Unidos .....       | 203 |
| 7.   | La técnica del <i>second look</i> como medio de salvaguardar la participación popular y la actuación del Parlamento .....                  | 210 |

|   |     |
|---|-----|
| 7.1. La construcción dogmática del <i>second look</i> frente a la preocupación con la supremacía judicial .....   | 210 |
| 7.2. La opinión de Calabresi en <i>Quill vs. Vacco</i> : la decisión de inconstitucionalidad provisional como impulso al diálogo .....  | 220 |
| 8. Bases para la elaboración teórica de una decisión constitucional dialógica .....   | 230 |
| 8.1. Primeras palabras.....   | 230 |
| 8.2. Cuando la ley impugnada no contempla la cuestión constitucional que se pretende ver solucionada.....   | 230 |
| 8.3. La decisión dialógica como técnica procesal: decisiones constitucionales provisionales y parciales y el dominio sobre el tiempo del diálogo .....  | 235 |
| <br><b>V. LAS CORTES A LA LUZ DEL DIÁLOGO CONSTITUCIONAL</b>  |     |
| 1. Las técnicas a favor del diálogo empleadas en <i>Quill vs. Vacco</i> (Corte del Segundo Circuito) y en <i>Vacco vs. Quill</i> (Suprema Corte de los Estados Unidos): entre el <i>second look</i> y el minimalismo.....   | 241 |
| 2. La penalización del suicidio asistido delante de la Corte Constitucional italiana: la suspensión del juzgamiento con previsión de continuación .....   | 246 |
| 3. La Suprema Corte del Reino Unido, la penalización del suicidio asistido y el análisis de su compatibilidad delante de la Convención Europea de Derechos Humanos: la relevancia de respetar la voluntad de la población y del parlamento .....  | 254 |
| 3.1. El Human Rights Act y el control de compatibilidad de la ley en el Reino Unido .....   | 254 |
| 3.2. Los <i>Lords</i> de <i>R (Nicklinson) vs. Ministry of Justice</i> .....  | 258 |
| 4. Una comparación entre las decisiones de la Corte del Segundo Circuito, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, de la Corte Constitucional italiana y de la Suprema Corte del Reino Unido frente a la criminalización del suicidio asistido. Una aproximación a las virtudes pasivas y al minimalismo..... | 265 |
| 5. La Corte Constitucional y la necesidad de diálogo institucional: el caso de la despenalización del uso de drogas para consumo personal.....  | 272 |
| <br><b>VI. TÉCNICAS DECISORIAS DIRIGIDAS AL DIÁLOGO Y A LA COOPERACIÓN</b>  |     |
| 1. Consideraciones iniciales.....   | 291 |
| 2. Suspensión del juzgamiento con anuncio de continuidad .....  | 292 |
| 3. Decisión de constitucionalidad con reserva .....   | 295 |
| 4. Decisión de autocontención de constitucionalidad .....   | 299 |

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 5. | Decisión de autocontención de constitucionalidad acumulada con recomendación..... | 302 |
| 6. | Decisión de inconstitucionalidad provisoria .....                                 | 303 |
| 7. | Decisión de inconstitucionalidad con solicitud.....                               | 308 |
| 8. | Decisión de inconstitucionalidad con prórroga de sus efectos .....                | 309 |
| 9. | Decisión de inconstitucionalidad sin eficacia vinculante.....                     | 310 |

**VII. LA REACCIÓN DEL PARLAMENTO FRENTE A LA DECISIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

|     |  |            |
|-----|--|------------|
| 1.  | Consideraciones previas.....   | 313        |
| 2.  | ¿Qué significa afirmar que las decisiones de la Corte no tienen eficacia vinculante en relación con el Legislador?.....  | 314        |
| 3.  | La decisión de inconstitucionalidad, especialmente en los casos de desacuerdo moral razonable es esencialmente provisional .....   | 320        |
| 4.  | Precedente constitucional y decisión de inconstitucionalidad: diferentes formas de impacto en el Legislador .....  | 322        |
| 5.  | Situaciones en las que el Parlamento puede emitir ley sin necesidad de intentar superar la interpretación de la Corte.....   | 325        |
|     | 5.1. Modificación de los hechos y valores sociales .....   | 325        |
|     | 5.2. La emisión de la ley mediante <i>distinguishing</i> .....   | 327        |
|     | 5.3. Cuando el <i>overruling</i> de la Corte es probable .....   | 330        |
| 6.  | Reflejos de la necesidad de modificar la Constitución y de apenas presentar razones contrarias a la interpretación: dos diferentes formas de reacción parlamentaria .....                  | 332        |
| 7.  | La relación entre la inmutabilidad del objeto de la interpretación y el diálogo como factor determinante de la suficiencia de la ley como medio de reacción a la decisión de la Corte..... | 338        |
| 8.  | La emisión de la ley en confrontación con la decisión de la Corte: provisoriedad y consensualidad.....   | 341        |
| 9.  | La reacción del Parlamento basada en los hechos: del grave y silencioso problema de los hechos constitucionales en la Corte a un diálogo institucional consistente.....                    | 343        |
| 10. | La omisión frente a las decisiones de la Corte: la responsabilidad del Legislativo ante la población en un sistema abierto al diálogo .....  | 348        |
| 11. | Las razones de la Corte y del Parlamento en el diálogo .....   | 349        |
| 12. | El control judicial de la reforma constitucional.....  | 353        |
|     | <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>  | <b>357</b> |



## PREFACIO DE LA EDICIÓN PERUANA

El proceso constitucional, como cualquier forma de proceso, tiene una finalidad. El problema es que, del mismo que el proceso civil se apartó peligrosamente del derecho sustancial, la teoría del proceso constitucional poco se preocupó por elaborar una dogmática adherente a las necesidades concretas de la tutela de la Constitución.

La dificultad de instituir una teoría del proceso adecuada a la efectiva protección de las normas constitucionales aumenta de forma pavorosa cuando se percibe que, para esto, además de la teoría de derecho constitucional, importa la teoría política, especialmente la teoría democrática. El control de constitucionalidad, frente a la zona de penumbra de los derechos fundamentales, requiere mucho más que la simple verificación de la compatibilidad entre la ley y la Constitución. De allí la razón por la cual no se puede atribuir a la Corte la última palabra o el monopolio sobre la interpretación constitucional, tornándose necesario el diálogo institucional que exige una reconfiguración del modelo que sirve a la deliberación sobre la Constitución.

Eso impone otra comprensión del proceso constitucional, capaz de permitir a la Corte, por un lado, tutelar con efectividad los derechos y, de otro lado, no decidir más allá de lo necesario o fuera de sus límites, llegando a no respetar al resto de poderes y a la población, primeros titulares de la interpretación de la Constitución.

Por lo tanto, además de requerir el tomar posición frente a la teoría del derecho constitucional, el derecho procesal debe exigir una ardua y empeñosa

elaboración dogmática destinada a la institución de un modelo que sea hábil para proporcionar soluciones diferentes de aquellas que están presentes en el arsenal del control de constitucionalidad clásico.

Se entiende que el presente libro, elaborado en un primer momento para la realidad brasilera, puede contribuir a la discusión del proceso constitucional contemporáneo en América Latina. Es una gran alegría contar con la prestigiosa Editorial Palestra y con la traducción del muy estimado y competente profesor Christian Delgado Suárez, quienes permiten a través de esta edición dialogar con los juristas, profesores, profesionales y estudiosos de lengua española.

Lima, otoño de 2023

**Luiz Guilherme Marinoni**

Profesor titular de la Universidad Federal del Paraná, Brasil

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. La tensión entre la tutela de los derechos fundamentales y la democracia

No es tan sencillo entender las razones de la objeción democrática a la protección judicial de los derechos fundamentales. Es indiscutible que la identificación de los derechos fundamentales en las constituciones pretende situarlos en un nivel superior al de las decisiones del poder legislativo, ello con el objetivo de garantizar su primacía sobre la ley.

El problema es que el texto constitucional, para expresar los derechos, se ve casi siempre obligado a utilizar conceptos indeterminados o expresiones lingüísticas incapaces de especificar su contenido. Esto ocurre no solo porque los derechos fundamentales, aunque tengan una esencia sobre la que no hay desacuerdo, pueden tener espacios en los que se ocultan los desacuerdos, sino también porque las normas constitucionales pretenden garantizar los derechos en un proyecto de continuidad o compromiso con las generaciones futuras.

Es ingenuo suponer que los derechos fundamentales consisten simplemente en la concreción de valores consagrados en la comunidad o generalmente aceptados por las personas. A menudo, la Constitución representa más un vehículo para resolver los conflictos que caen en las zonas fronterizas o en las áreas de incertidumbre de los derechos fundamentales que un instrumento de protección contra la arbitrariedad con respecto a estos derechos.

Esta actitud hacia los derechos fundamentales no solo revela la idea de que la Constitución, cuando es discutida por la población y las instituciones

públicas, *puede permitir el desarrollo de valores que pertenecen a la sociedad*. También significa que la Constitución, al ser interpretada por el Poder Judicial, *da lugar a un significado que se impone a las personas*<sup>1</sup>.

En esta última perspectiva, la incertidumbre que marca los derechos podría ser eliminada tanto por la interpretación constitucional como por la regla de la ponderación, es decir, a través de una renovación de la ponderación ya realizada por el Legislativo entre los derechos fundamentales, un verdadero meta balanceo. Ahora, cuando lo que ha permanecido oculto tras las disposiciones constitucionales —y que se refiere a algo que pertenece al pueblo— puede ser encontrado y afirmado por los jueces, es motivo de preocupación<sup>2</sup>.

Una situación similar se produce cuando se piensa que la Constitución, al estar al servicio de la generación actual y no de las pasadas, puede ser objeto de nueva interpretación judicialmente. La crítica al control de constitucionalidad, en esta dimensión, encuentra apoyo en ciertas concepciones interpretativas, como el *original public meaning*<sup>3</sup> que hizo famoso *el juez* Scalia en la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La única verdad, sin embargo, es que *someter al pueblo a lo que el poder judicial afirma sobre qué dice la Constitución no es ciertamente lo mismo que interpretar la Constitución*. La tensión entre los derechos fundamentales y la democracia surge cuando se percibe que el significado de los primeros puede ser expresado por el Tribunal Supremo, que carece de legitimidad democrática no solo para definir el significado de la Constitución, sino también para impedir que el pueblo y las instituciones democráticas la interpreten<sup>4</sup>.

No se trata de reafirmar el viejo eslogan de que “la Constitución es la voluntad del pueblo”. Al fin y al cabo, esta fórmula fue utilizada por Hamilton en el

<sup>1</sup> Victor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values* (New Haven and London: Yale University Press, 2009), 49-50.

<sup>2</sup> Louis Favoreu, “Constitutional Review in Europe”, en *Constitutionalism and Rights* (New York: Columbia University Press, 1989), 46.

<sup>3</sup> El *original public meaning* de Antonin Scalia y el *original intent* de Robert Bork han sido comprendidos como variantes del originalismo. El propio textualismo es hoy visto como una especie de originalismo. Sobre el *original intent*, ver Robert Bork, *The tempting of America* (New York: Free Press, 1997).

<sup>4</sup> Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2007), 100 y ss. Ver también Ran Hirschl, *Rumo à Juristocracia*, trad. Amauri Feres Saad (Londrina: Ed. EDA, 2020).

Federalista 78, precisamente, para transmitir el mensaje de que la *judicial review*<sup>5</sup> no debe ser vista como la supremacía del Poder Judicial sobre el Legislativo, ya que el “poder del pueblo” anularía a ambos, y la *judicial review* es solo una señal de que el Poder Judicial no puede permitir que la voluntad del Legislativo anule la voluntad del pueblo contenida en la Constitución<sup>6</sup>. Como aclaró Alexander Bickel, la palabra “pueblo” es una abstracción que oscurece la realidad cuando se utiliza para este fin, ya que, cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto del Legislativo o del Ejecutivo, se produce una inequívoca frustración de la voluntad de los representantes del pueblo, pues se establece un control que no se realiza en nombre de la mayoría, sino en contra de ella<sup>7</sup>.

Si el sentido de la Constitución depende de la evolución de los hechos y de los valores sociales y, por tanto, la voluntad del pueblo de ahora no puede dejar de ser tomada en consideración, esto solo significa que, ante *algunas cuestiones, la voluntad del Parlamento debe ser la principal, y, ante otras, el diálogo entre el pueblo y las instituciones públicas (incluido el Poder Judicial) debe sustituir la pretensión elitista de considerar al tribunal como el lugar de definición de los valores sociales*. Al fin y al cabo, si una mayoría parlamentaria totalmente libre de actuar es algo peligroso, se debe dar un gran y equivocado salto desde esta premisa para llegar a la conclusión de que una Constitución afirmada por autoridades no elegidas es la mejor respuesta para la democracia<sup>8</sup>.

Es indiscutible que existe un lugar importante en una nación democrática para un tribunal con el poder de examinar la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, como demostró Robert Dahl al observar la realidad de Estados Unidos, la Corte Constitucional, ante una Constitución llena de disposiciones

<sup>5</sup> Sobre los orígenes del *judicial review*, ver Edward S. Corwin, *The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays* (Princeton: Princeton University Press, 1914); William E. Nelson, *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review* (Lawrence: University Press of Kansas, 2000); Robert L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review* (Kansas: University Press of Kansas, 1989).

<sup>6</sup> El argumento de que quien controla al pueblo no son los jueces, sino la Constitución, está no solo en el Federalista 78 de Hamilton, sino también, en el voto del *Chief Justice* John Marshall en *Marbury v. Madison*. Ver Laurence H. Tribe, *American constitutional law* (New York: Foundation Press, 2000); Ronald Rotunda, *Modern constitutional law: cases and notes*, 6ª ed. (St. Paul: West Group, 2000).

<sup>7</sup> “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system” en Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 16-17.

<sup>8</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980), 8. Ver también John Hart Ely, *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, trad. Juliana Lemos (São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010).

oscuras e indescifrables, ha utilizado constantemente su poder para imponer políticas que *no son más que el reflejo de la ideología y las preferencias de la mayoría de sus miembros*. Este modelo de tribunal, como explica Dahl, dista mucho de ser el ideal en una democracia y, por ello, se ha buscado durante mucho tiempo una explicación razonable a su amplio poder de control de la constitucionalidad, aunque, hoy en día, existe una contradicción en permitir que un órgano compuesto por autoridades no elegidas tome decisiones políticas que afectan a la vida y el bienestar de muchos millones de estadounidenses<sup>9</sup>.

A partir de la puesta en evidencia de la tensión entre la afirmación judicial de los derechos fundamentales y la democracia, se pretende recuperar los espacios de participación popular y legislativa ante el sentido de la Constitución. Sin embargo, para construir un proceso constitucional que le corresponda, ciertamente distinto del que responde a la “supremacía judicial”, es necesario demostrar las razones que exigen un especial cuidado con los razonables desacuerdos morales que aquejan a la sociedad y, sobre todo, *elaborar teóricamente vías para la efectiva articulación del diálogo institucional, transformando un mero discurso en una práctica posible*. Para ello, es necesario identificar la forma en que las decisiones del tribunal pueden comunicarse con la población y el Parlamento, proporcionando una interpretación constitucional compartida, así como la forma en que la población y el Poder Legislativo pueden responder a los pronunciamientos del Poder Judicial<sup>10</sup>.

## 2. La Constitución no afirma la supremacía del Poder Judicial

Lo que se ha dicho anteriormente requiere una aclaración. Ante algunas decisiones del Tribunal Supremo Federal, cabría imaginar que el Poder Judicial tiene la *facultad exclusiva* de afirmar el sentido de la Constitución o incluso

<sup>9</sup> “But in all important and highly contested cases, that is simply impossible. Inevitably, in interpreting the constitution judges bring their own ideology, biases, and preferences to bear. American legal scholars have struggled for generations to provide a satisfactory rationale for the extensive power of judicial review that has been wielded by our Supreme Court. But the contradiction remains between imbuing an unelected body – or in the American case, five out of nine justices on the Supreme Court – with the power to make policy decisions that affect the lives and welfare of millions of Americans. How, if at all, can judicial review be justified in a democratic order?”, en Robert Dahl, *How Democratic is the American Constitution?*, 2ª. ed. (New Haven: Yale University Press, 2003), 54-55. Ver también Robert Dahl, *On Democracy*, 2ª. ed. (New Haven: Yale University Press, 2015).

<sup>10</sup> Favoreu, “Constitutional Review...”, 46.

de decir qué pretensiones de derecho sustantivo pueden extraerse de la ponderación de los derechos fundamentales.

El voto emitido por el ministro Celso de Mello en Brasil, en el EM 26.603/DF, por ejemplo, al equiparar la Constitución y la interpretación constitucional, invoca el argumento retórico de Rui Barbosa<sup>11</sup>, expuesto en un discurso que pronunció cuando era senador de la República, en los siguientes términos: “En toda organización política o judicial *hay siempre una autoridad extrema para errar en último lugar* [...]. El Supremo Tribunal Federal, señores, al no ser infalible, puede equivocarse, *pero a alguien debe dejársele el derecho de equivocarse en último lugar, de decidir en último lugar, de decir algo que deba ser considerado como error o como verdad*”<sup>12</sup>. Antes de complementar este argumento de Rui Barbosa, el ministro Celso de Mello, como se ha dicho, equiparó la fuerza de la Constitución con la interpretación constitucional, diciendo que es necesario “reafirmar la soberanía de la Constitución, proclamando su superioridad sobre todos los actos del Poder Público y todas las instituciones del Estado, lo que permite reconocer en el contexto del Estado Democrático de Derecho, la plena legitimidad de la actuación del Poder Judicial en el restablecimiento del orden jurídico dañado y, en particular, la intervención del Supremo Tribunal Federal, *que ostenta, en materia de interpretación constitucional, y por fuerza de delegación expresa que le ha otorgado la propia Asamblea Nacional Constituyente, el monopolio de la última palabra*”<sup>13</sup>.

El juez Celso de Mello, al reconocer a la Corte Constitucional un poder que nunca le fue concedido por la Constitución, refuerza su posición con un fundamento cuya validez es solo parcial. El argumento de Rui es válido única y exclusivamente para sostener la eficacia obligatoria de las decisiones constitucionales sobre los tribunales y los jueces, *pero no sobre el Parlamento*. El Tribunal Constitucional tiene el “derecho a equivocarse en último lugar”, ya que es el órgano superior del Poder Judicial, responsable de definir o expresar por última vez el sentido atribuido por los jueces a la Constitución. Pero no hay nada en la Constitución que exprese que el Poder Judicial tenga el

<sup>11</sup> Ver Rui Barbosa, *Trabalhos jurídicos* (Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962); Rui Barbosa, *Commentarios á Constituição Federal brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires)*, vol. 2 (São Paulo: Saraiva, 1933).

<sup>12</sup> MS 26.603-DF, Pleno, Ponente. Min. Celso de Mello, Juzg. 4.10.2007, DJe 19.12.2008.

<sup>13</sup> MS 26.603-DF, Pleno, Ponente. Min. Celso de Mello, Juzg. 4.10.2007, DJe 19.12.2008.

“monopolio de la última palabra” en materia de interpretación constitucional, ni, mucho menos, que la interpretación constitucional tenga la misma fuerza que la Constitución a efectos de controlar la legitimidad de la ley<sup>14</sup>.

Es evidente que la interpretación del Tribunal Supremo en varios casos es suficiente para la validación o no del producto del Poder Legislativo. Pero esto no significa que, cuando los desacuerdos sobre la interpretación de la Constitución son intensos en la comunidad, en el Parlamento y entre los propios Jueces, el hecho de que la Constitución deba prevalecer sobre la ley pueda imponer automáticamente la conclusión de que el Poder Judicial es el titular de la interpretación constitucional. *A no ser que se pretenda, mediante la manipulación retórica del concepto de “supremacía de la Constitución”, atribuirle el efecto de supremacía judicial sobre el pueblo y otras instituciones públicas.*

Por cierto, a la vez es interesante recordar que los propios ideólogos de la supremacía del Poder Judicial no se apoyan en una autoridad delineada en la Constitución para, desde allí, sostener la última palabra del tribunal<sup>15</sup>. En otras palabras, los partidarios del control *total y fuerte*<sup>16</sup> de la constitucionalidad de

<sup>14</sup> Pablo Castillo-Ortiz, en “The dilemmas of constitutional courts and the case for a new design of kelsenian institution”, *Law and Philosophy* 39 (febrero 2020): 617–655.

<sup>15</sup> Larry Alexander y Frederick Schauer rechazan las propuestas de buscar un fundamento para la autoridad del Poder Judicial en la historia y en la propia Constitución. Llegan a decir que el simple hecho de que la Constitución otorgue al Poder Judicial el control de constitucionalidad no eliminaría siquiera las dudas sobre la aplicación del *stare decisis* de cara a los precedentes constitucionales, en Larry Alexander y Frederick Schauer, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *Constitutional Commentary* 17, N.º 3 (2000): 455 y ss. Recuérdese que fue la Corte Suprema de los Estados Unidos la que declaró la “eficacia vinculante” de sus precedentes, lo que ocurrió en el famoso caso Cooper vs. Aaron, decidido en 1958. Sobre ese caso, ver el interesante abordaje de Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton: Princeton University Press, 1999), 7 y ss. Ver también Larry Alexander y Frederick Schauer, “On extrajudicial constitutional interpretation”, *Harvard Law Review* 110 (1997): 1369 y ss.; Frederick Schauer, “Judicial Supremacy and the Modest Constitution”, *California Law Review* 92, N.º 4 (julio 2004): 1045 y ss.

<sup>16</sup> Al control de constitucionalidad *fuerte* se le suele contraponer al llamado *weak judicial review*, forma de control de constitucionalidad que es utilizada, por ejemplo, en el Reino Unido y en Canadá. Como dice Robert Dahl, Canadá posee una variante interesante de control de constitucionalidad, en el que la Suprema Corte tiene el poder de declarar inconstitucional las leyes provinciales y federales, pero la legislativa provincial y el Parlamento Federal pueden revocar la decisión de la Corte y votar en segunda vez “to pass the act in question”, en Dahl, *On Democracy*, 121. Ver también Jeffrey Goldsworthy, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, *Wake Forest Law Review* 38, N.º 2 (2003): 449 y ss.; Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal* 35, N.º 1 (1997): 79 y ss. En el derecho brasileño, ver Ana Manuela Silva João, *Weak-form judicial review* (Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019).



las leyes se preocupan por subrayar que el tribunal es el lugar *adecuado* para la discusión de los principios constitucionales y que *solo este puede buscar una decisión correcta*<sup>17</sup>. Este tipo de argumento, presente en el derecho estadounidense y también en el brasileño, se basa en el discurso de algunos teóricos del derecho —especialmente Dworkin—, pero evidentemente no se basa en la existencia de una autoridad expresamente reseñada en la Constitución para afirmar su significado de forma indiscutible.

De hecho, la aproximación entre el control de constitucionalidad y el dictado del sentido de las disposiciones constitucionales tiene su origen en una concepción bastante discutible de la función del Supremo Tribunal Federal, marcada por la lectura del art. 102 de la Constitución. El *caput* del art. 102 estipula que “al Supremo Tribunal Federal le corresponde, en primer lugar, *velar por la Constitución*”. No hay identidad entre tener el poder de custodiar, o defender la Constitución y tener el poder de definir el significado de las disposiciones constitucionales. Es obvio que para el control de constitucionalidad siempre hay que interpretar la Constitución, pero eso no significa que, frente a todas y cada una de las disposiciones constitucionales o, en concreto, a aquellas cuyo contenido fue dejado a propósito para ser llenado por los valores y las necesidades sociales, *el Poder Judicial tenga el monopolio de darles sentido en situaciones concretas, como si las demás instituciones del Estado no existieran y como si los deseos de la población no tuvieran relevancia*.

Teniendo en cuenta que se trata de una primera aclaración para el razonamiento que se desarrollará más adelante, también conviene señalar que el Parlamento siempre interpreta la Constitución incluso cuando resuelve desacuerdos morales razonables. Esto significa que la idea de la “tiranía de la mayoría”, que a menudo se utiliza para legitimar el control de constitucionalidad, puede constituir a veces una exageración cargada de prejuicios hacia el Legislativo y de una inexcusable ingenuidad a favor del Poder Judicial<sup>18</sup>.

En primer lugar, esto es así porque no hay manera de confundir una mayoría parlamentaria con una posición social mayoritaria y, en segundo

<sup>17</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge and London: Harvard University Press, 1985): 41 y ss.; Ronald Dworkin, *Law's empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), 234 y ss.; Ronald Dworkin, *A bill of rights for Britain* (London: Chatto and Windus, 1990).

<sup>18</sup> Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115, N.º 6 (abril 2006): 1395 y ss.

lugar, porque *no hay manera de distinguir, positiva o negativamente, las posiciones sociales mayoritarias y minoritarias en función de sus valores morales*. Por el contrario, las posturas sociales mayoritarias deberían prevalecer, al menos como norma, cuando la discusión versa sobre intensos desacuerdos morales presentes en la sociedad. Aunque la preocupación por la posibilidad de que la mayoría parlamentaria cometa arbitrariedades es relevante, no es correcto crear un sesgo contra las decisiones de la mayoría a partir de la suposición errónea de que los parlamentarios son personas despreocupadas por los derechos de las minorías, porque esto no sería más que crear una regla general de desconfianza en relación con el Poder Legislativo para que prevalezca la facilitación de una forma intrascendente de “activismo judicial”<sup>19</sup>.

La atribución de sentido a la Constitución debe contar con la participación de la voluntad del pueblo y de sus representantes. Esto significa que el Poder Judicial, en ciertos casos, debe ser deferente con las decisiones parlamentarias, y que la definición de la interpretación constitucional debe estar sujeta a la participación popular y al diálogo institucional, lo cual requiere una elaboración dogmática renovada capaz de expresar cómo debe comportarse el proceso constitucional.

<sup>19</sup> Sobre los problemas relacionados al “activismo judicial”, ver Hirschl, *Towards Juristocracy...*; Nathan Glazer, “Towards an imperial judiciary?”, *National Affairs* N.º 48 (2021): 104 y ss.; John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, *Law and Contemporary Problems* 65, N.º 3 (2002); Carlos Alexandre de Azevedo Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial do STF* (Rio de Janeiro: GenForense, 2014); Antonio Francisco Gomes de Oliveira, *Jurisdição Constitucional: Diálogos Institucionais como Terceira Via entre o Ativismo e a Autocontenção Judicial* (Curitiba: Juruá, 2016); Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional* (Coimbra: Almedina, 2016), 131-159; Loiane Prado Verbicaro, *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019); Carolina Fontes Vieira, “Entre o direito e a política: limitação e legitimidade da atuação jurisdiccional”, en *Processo Constitucional*, coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet, 2ª. ed. (São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021), 199 y ss.