

LA MAGISTRATURA Y EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEÑO*

Marcelo FIGUEIREDO**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La responsabilidad del juez.* III. *Las garantías de la magistratura, sus deberes, incompatibilidades y consecuencias.* IV. *Especies de responsabilidad del juez.* V. *El Supremo Tribunal Federal en Brasil.* VI. *La composición y la responsabilidad jurídica de los ministros del Supremo Tribunal Federal.* VII. *La extrema litigiosidad del poder público en Brasil.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende determinar la posición general del juez al interior del sistema judicial brasileño y discutir el conjunto de situaciones jurídicas vinculadas a su relevante función de garantía de los sistemas constitucionales.¹

Pretende también mostrar el régimen jurídico de garantías de las que gozan los jueces, para que puedan cumplir con eficiencia la delicada tarea que se les ha asignado, siguiendo el siguiente itinerario de análisis:

La noción del estatuto constitucional de los jueces constitucionales en Brasil; el modo como el ordenamiento jurídico nacional contempla los elementos del mencionado estatuto, en especial: 1) El número de jueces que integran el pleno; 2) Los órganos de designación; 3) El procedimiento de

* Traducción y corrección de César Astudillo, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Es abogado, profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, de la cual es también su director. Es presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas, y de la sección Brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Es también miembro del Board del IAACL.

¹ De acuerdo con el proyecto de la Universidad Nacional Autónoma de México y su Instituto de Investigaciones Jurídicas por medio de los coordinadores de la obra, el doctor Héctor Fix-Zamudio y el doctor César Astudillo.

designación; 4) El juramento; 5) La duración del cargo; 6) La reelección; 7) Las incompatibilidades; 8) La inamovilidad; 9) La retribución económica; 10) La libertad de opinión y de voto; 11) Los motivos de ceso; 12) El régimen de responsabilidades.

Se pretende también discutir qué modelo le ha servido de base, en qué medida dicho estatuto de la magistratura es compatible con la especificidad de la Constitución brasileña, y cómo se manifiesta la independencia e imparcialidad del órgano Judicial en general y de sus miembros en particular. A todo ello añadiremos la discusión del papel básico que desempeña el Supremo Tribunal Federal.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

Uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho (concepto definido en el artículo 1º. de la Constitución brasileña) está en la responsabilidad pública plena por daños causados en función el desempeño de sus actividades.

Como regla tenemos la irresponsabilidad personal del juez, en virtud de lo que establece la fracción sexta del artículo 37 de la Constitución de 1988: “Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de dolo o culpa”.

Para el magistrado, la redacción del artículo 49 de la Loman (Ley Orgánica de la Magistratura Nacional, Ley Complementaria, núm. 35, del 14 de marzo de 1970), prácticamente repite la del artículo 133 del Código Procesal Civil, estableciendo la responsabilidad por pérdidas y daños cuando el juez actúe con dolo o fraude en el ejercicio de sus funciones y cuando rechace, omita o atrasé, sin justo motivo, alguna medida que deba ordenar de oficio o a solicitud de las partes; esta última hipótesis sólo sucederá una vez que la parte solicite al magistrado la orden necesaria, y ésta no fuera atendida en el plazo de diez días. Es preciso resaltar que es necesario el justo motivo, como la acumulación de servicios, para excluir la responsabilidad.

Como bien destaca Lair de la Silva Loureiro Filho, “la unidad de la soberanía estatal implica la de su responsabilidad, siendo irrelevante si el acto lesivo resulta de actividad del Ejecutivo, Legislativo o Judicial”. La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas caminan a pasos lentos en ese sentido. El derecho brasileño, siguiendo al extranjero, se resiste todavía a extender

a la actividad del Poder Judicial las consecuencias de la responsabilidad pública en general.

El juez ingresa a la carrera mediante concurso público de pruebas y títulos. Ésta es la forma general de ingreso a la carrera de la magistratura nacional. Únicamente para integrar los tribunales brasileños existe la posibilidad de una forma de ingreso distinta para una *parte* de sus jueces, que serán reclutados de otras carreras jurídicas, como veremos más adelante.

En Brasil, el acceso a la prestación jurisdiccional constituye un derecho fundamental (asegurado por el artículo 50., fracción XXXV, de la Constitución federal), y se garantiza que el Poder Judicial deba apreciar toda lesión o amenaza a un derecho individual, difuso y colectivo. Tal disposición, sin embargo, viene siendo sistemáticamente violada, cuando no ignorada, por la ineficiente actividad judicial desarrollada en el país, así como por la excesiva demora en la prestación jurisdiccional.

El derecho positivo brasileño contemporáneo regula al instituto de la responsabilidad pública por actividad judicial de forma dispersa, y a veces antinómica, como ilustra la nebulosa constitucionalidad del artículo 133 del Código Procesal Civil: “El juez responderá por pérdidas y daños, cuando: I. en el ejercicio de sus funciones, incurra en dolo o fraude; II. sin justo motivo, rechace, omita, o retarde medidas que deba ordenar *ex officio*, o a solicitud de la parte. Las hipótesis del número II solamente se considerarán verificadas transcurridos diez (10) días de la notificación al juez, hecha por la parte por medio del escribano de la causa”, artículo repetido por la Loman (Ley Orgánica de la Magistratura), e incluso el Código Civil (hipótesis subjetivas de los artículos 294, 420 y 421 y objetiva del derogado artículo 15), instituidos mucho antes de la previsión del artículo 37, fracción 6o., de la Constitución, con la cual se deben confrontar dichas disposiciones.

Es verdad, también, que en Brasil no existe un control *político* del acto jurisdiccional típico de la sentencia o del fallo del magistrado. Por ende, estamos en parte de acuerdo con Loureiro Filho cuando afirma:

La responsabilidad política del juez, como agente público en Brasil, encuentra así, una reglamentación deficiente y bastante restricta, teniendo en cuenta que existe una importante laguna, hábil para propiciar la inexistencia de la responsabilidad política de los magistrados exceptuada la de los integrantes del Supremo Tribunal Federal, pues ellos no ingresan a la carrera mediante concurso público de pruebas y títulos, sino por criterios de designación y nombramiento políticos.²

² Según “Da responsabilidade pública por atividade judicial no direito brasileiro”, *Revisão Forense*, t. 373, p. 135.

Lo que el autor parece querer enfatizar es exactamente el aspecto práctico de la cuestión. No tenemos noticia de acciones o procesos promovidos que hayan denunciado al juez brasileño recriminándole responsabilidad, sea éste un juez singular o un ministro del Supremo Tribunal Federal (STF).

Por otro lado, existe la libre apreciación de los hechos y de las pruebas. Con base en estos elementos informadores de la libertad de convencimiento, el magistrado forma su convicción. Hay, por tanto, independencia y libertad del magistrado para la toma de decisiones. Incluso, el artículo 93, inciso IX, de la Constitución federal, exige la motivación de los fallos judiciales, instrumento de control objetivo de esta independencia y libertad judiciales.

Es positiva la ausencia de control político sobre el mérito de la decisión judicial. De esta manera se certifica la transparencia de los motivos en que se fundan las decisiones, y por medio de la publicidad inherente a las decisiones judiciales se asegura la exposición de las razones tomadas como fundamento del fallo, lo que posibilita a las partes, y en último análisis a la propia sociedad, el control directo o indirecto de los fallos judiciales.

El juez, en el plano personal o profesional, está sometido a una responsabilidad de tipo penal y civil.

a) La responsabilidad penal del juez, como sabemos, deriva de la comisión de un delito común previsto en el Código Penal, así como de delitos dirigidos a los servidores (empleados) públicos, comprendidos los jueces, tales como peculado, evasión de impuestos, malversación de fondos públicos, prevaricación, violencia arbitraria, entre otros.

Estos delitos acarrean responsabilidad. En el ámbito interno, desencadenan el proceso administrativo y disciplinario, y en el ámbito externo, procesos judiciales. Están aun sujetos al proceso de responsabilidad administrativa civil y penal, en los casos de la Ley 4.898/65, referentes a casos de abuso de autoridad, y cuentan con el privilegio del foro.³

³ Dos casos recientes ilustran muy bien la morosidad de la justicia y la dificultad para sancionar a los magistrados. El diario *Folha de São Paulo*, del 26 de julio de 2009, publicó un reportaje titulado “Jueces responden por acciones en libertad. Ninguna acción judicial contra dos “jueces”; “X” y “Y” han resultado con condena definitiva”. Diez años después de que el periódico revelara que el patrimonio de los jueces de segunda instancia contrastaba con el estándar común de los magistrados del país, se dirigieron varias acciones judiciales contra los dos, pero ninguna resultó con condena definitiva. Removidos del cargo desde 2001, fueron condenados por corrupción, acusados de vender fallos judiciales. El otro, removido del cargo en 2003, denunciado bajo la acusación de falsificar documentos públicos, volvió al Tribunal en 2006, una vez que el Supremo Tribunal Federal detuvo la acción penal por falsedad. El foro privilegiado (concentrado en uno solo o en varios tribunales), también ha

b) La responsabilidad administrativa del juez es relativa, en virtud de la garantía de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, donde la Constitución Federal asegura que la subordinación del juez debe ser únicamente a la ley y a su conciencia.⁴

La ley que trata la materia es la Loman, al prescribir, en su capítulo primero, los deberes del magistrado, incluyendo, en su capítulo segundo, las sanciones siguientes: advertencia por negligencia en el cumplimiento de los deberes de la función; reprimenda (solamente para la primera instancia, así también la pena de advertencia), por reiterada negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por la incorrecta sustanciación de los procedimientos; remoción forzada por motivos de interés público (con el voto de las 2/3 de los miembros efectivos del Tribunal); jubilación obligatoria con vencimientos proporcionales al tiempo de servicios; remoción en acción penal por delito común o de responsabilidad, o en procedimiento administrativo vinculado a la pérdida del cargo.

c) La responsabilidad política del juez se opone a la concepción de un juez aséptico, expresión utilizada por Cesáreo Rodríguez Aguilera, que afirma:

El hombre (todo hombre y, por tanto, el juez) es un mecanismo extraordinariamente complejo, cúmulo de saberes y de técnicas, conjunto de instrucciones, prejuicios y de sentimientos. Además, el hombre está condicionado por el mundo que le rodea (se vive en un determinado tipo de sociedad y se depende de ella) por circunstancias históricas de carácter político, económico y socio-

sido denunciado como una distorsión que privilegia y desestimula el castigo a los acusados declarados culpables. Es el caso de recordar a Fassone o Zagrebelsky, quienes han llegado a decir que en Italia se asiste a una “impunidad disfrazada”. Con respecto a Bélgica, dice Storme que, “de hecho, los jueces gozan de amplia inmunidad”. Para no seguir con las citas, diré que en Colombia, en el VIII Congreso de Derecho Procesal celebrado en Bucaramanga en 1987, con ocasión de pronunciar una conferencia sobre este tema, los juristas presentes, algunos de tanto prestigio como Morales y Devis, manifestaron que también allí los casos de demandas contra jueces eran muy pocos, tanto que no llegarían a la media docena. No creo que haga falta insistir en lo obvio. La responsabilidad civil de los jueces está en la ley, pero no en la práctica. Montero Aroca, Juan, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 57.

⁴ Joaquim Falcão, ex miembro del C.N.J. (Consejo Nacional de Justicia), en un artículo titulado “O mandato do presidente do STF”, afirma sobre la materia: “El mito de que cualquier juez decide apenas con su conciencia es cada día más falso. Si es que verdadero lo fue alguna vez. Un juez decide con base en la ley y la interpreta con su conciencia atenta a las consecuencias. Si no sólo a las calles y a las oficinas, por lo menos a la Constitución como obra abierta, a la prensa, a la tribuna del Congreso, al índice macroeconómico, al déficit público, a la violencia urbana y a la televisión. Y cada vez más a la Internet”. FSF, del 26 de julio de 2009, sector de “Tendencias y debates”.

lógico. Y si ello es una realidad insoslayable, resulta más lógico enfrentarse con ella que pensar en un juez mítico, marginalizado de la vida misma. El juez es tributario de la sociedad en que vive, como persona e, incluso, como perteneciente a una clase social... Condicionamientos sabidos y queridos por el propio Estado del que el juez es un órgano del Estado que, en el orden judicial, lo expresa y representa. Todo lo cual lleva a la conclusión de que la función del juez es eminentemente política.⁵

Sucede que la admisión de responsabilidad política de los jueces es más coherente en sistemas en los cuales los jueces cumplen funciones expresamente políticas, en el sentido de que pueden ser elegidos y removidos. En Estados Unidos, por ejemplo, representa una expresión de la responsabilidad constitucional. Las Constituciones de Oregón y de California utilizan el *recall* de los jueces, e incluso de las decisiones judiciales.

En este exacto sentido, no tendríamos en Brasil una responsabilidad política del juez brasileño, pues con relación al mérito del fallo judicial no hay control de conveniencia y oportunidad. Al contrario, el artículo 93, fracción IX, de nuestra Constitución, posibilita o viabiliza la transparencia de todas las decisiones judiciales al exigir su motivación y fundamentación.⁶

El fundamento, según Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

se desarrolla por medio de argumentación más compleja de la que se exige para la motivación: mientras que para ésta basta la indicación del hecho precedente que le sirve de motivo a la decisión, el fundamento, además de la definición del hecho antecedente y de las normas aplicables, deberá igualmente contener la exposición de las razones por las cuales así se definió el hecho, elegidas e interpretadas las normas para llegar a aquel determinado fallo. Esa fundamentación, por tanto, con las características de ser racional, completa y comprensible, interesa no sólo a la funcionalidad del proceso, sino que debe ser vista *come garanzia, ossia come condizione necessaria per Il controllo democratico diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale*.⁷

⁵ Rodríguez Aguilera, Cesáreo, *El Poder Judicial en la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 97 y ss.

⁶ Artículo 93, IX: “Todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, so pena de nulidad; la ley podrá limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a éstos, en los casos en que la preservación del derecho a la intimidad del interesado en secreto no perjudique el interés público a la información”.

⁷ Rosado de Aguiar, Ruy, *Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias ocidentais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 41.

III. LAS GARANTÍAS DE LA MAGISTRATURA, SUS DEBERES, INCOMPATIBILIDADES Y CONSECUENCIAS

En primer lugar, parece interesante disertar sobre la independencia o autonomía del Poder Judicial como Poder, frente a los demás poderes en el Estado y los demás sujetos de la sociedad.

La independencia institucional, orgánica o colectiva, se refiere a la autonomía del Judicial como Poder frente a las fuerzas exteriores, sea hacia los otros poderes, los partidos políticos, la prensa o incluso la sociedad civil. Su protección inmediata es el autogobierno judicial, y la mediata es la independencia del juez. Es la lección de José Adércio Leite Sampaio,⁸ que acompañamos.

Cuando nos referimos a la independencia externa, hablamos de autonomía administrativa —los tribunales establecen sus reglamentos y definen, por medio de la iniciativa de leyes, la organización judicial, su personal y política remuneratoria—; de la convocatoria a concurso público; la posesión del cargo a sus miembros y servidores; la adquisición de edificios, equipos y bienes de consumo; se contempla también la autonomía presupuestal —preparan el anteproyecto de su presupuesto, que deberá ser incluido en el presupuesto del Estado— y financiera, para promover los gastos autorizados y, en su caso, producir ingresos.

El artículo 95 de la CF establece:

los jueces gozan de las siguientes garantías: 1. Carácter vitalicio, que, en el primer grado, sólo será adquirido después de dos años de ejercicio, dependiendo la pérdida del cargo en ese período de decisión del tribunal al que el juez estuviera vinculado y, en los demás casos, de sentencia judicial firme; 2. Inamovilidad, salvo por motivo de interés público, en la forma del artículo 93, VIII; 3. Irreductibilidad de los salarios, observando, en cuanto a la remuneración, lo que disponen los artículos 37, XI; 150, II; 153, III, y 153,2o., I.

Párrafo único. Está prohibido a los jueces: I. Ejercer, incluso en situación de disponibilidad, otro cargo o función, salvo en la enseñanza; II. Recibir, por cualquier motivo o pretexto, costas o participación en el proceso; III. Dedicarse a actividad política de partidos; IV. Recibir, bajo cualquier concepto o pretexto, ayudas o aportes de personas físicas, entidades públicas o privadas, exceptuadas las remisiones previstas en ley; V. Ejercer la abogacía en el juicio o tribunal del cual se desligó, antes de transcurridos tres años de la desvinculación del cargo por jubilación o exoneración.

⁸ Leite Sampaio, José Adércio, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

La garantía del *cargo vitalicio*, en el primer grado, sólo se adquiere después de dos años de ejercicio, y constituye una etapa obligatoria del proceso de participación en un curso reconocido por Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados. La pérdida del cargo, en ese periodo, depende de una resolución del tribunal al que el juez esté vinculado y, en los demás casos, de sentencia judicial firme.

Así, los jueces que no sean todavía vitalicios únicamente podrán perder el cargo mediante resolución del tribunal o del órgano especial competente y del Consejo Nacional de Justicia, adoptada por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros efectivos (artículo 22, § 1o., de la Loman y EC 45/2004). En el proceso que no reconoce la inamovilidad, el juez tiene derecho a conocer previamente la información y los hechos que se consideran en demérito de su conducta, asegurándole la defensa y la posibilidad de contradecir, ambas, garantías constitucionales. El procedimiento, sin embargo, tiene carácter confidencial, siendo legítima la salvaguarda del secreto en cuanto a la fuente de la información. Si se cumple el término previsto para la declaración del cargo vitalicio sin un proceso o una comunicación de su existencia, se debe considerar firmada y otorgada.

En cuanto a la garantía de la inamovilidad, se trata de una garantía constitucional, como hemos visto. Fuera de los casos de inequívoca voluntad del juez interesado y de la jubilación por invalidez y por límite de edad, su remoción del cargo sólo podrá derivar de una expresa mayoría de votos del tribunal competente o de su órgano especial.⁹ La ley regulará la forma de manifestación de voluntad del magistrado para obtener su transferencia o su desplazamiento, en el plano horizontal, o su promoción, que traduce en el ascenso a un cargo superior de la carrera, por tanto, en el plano vertical.¹⁰

Con respecto a la garantía de la irredutibilidad de los salarios,¹¹ también se trata de una garantía constitucional. La irredutibilidad de la remuneración de los magistrados no impide los descuentos fijados en la ley, en proporción igual a la establecida para los servidores públicos, para fines de

⁹ El artículo 93, inciso XI, de la CF establece: “En los tribunales con número superior a veinticinco juzgadores, se podrá constituir un órgano especial, con un mínimo de once y un máximo de veinticinco miembros, para el ejercicio de las atribuciones administrativas y jurisdiccionales delegadas de la competencia del tribunal pleno, y se proveerá la mitad de las vacantes por antigüedad y la otra mitad mediante elección del tribunal pleno”.

¹⁰ Conforme Gómez da Cruz, José Raimundo, *Lei Orgânica da Magistratura Nacional-interpretada*, Editora Oliveira Mendes, 1998.

¹¹ El límite máximo de remuneración de los magistrados según la resolución del C.N.J número 13/06 es de veinticuatro mil quinientos reales mensuales, lo que equivale a doce mil novecientos ochenta y cuatro dólares mensuales.

la previsión social (artículo 32 de la Loman). También están sujetos a los descuentos derivados de impuestos generales.

Por otro lado, según el artículo 103 B de la Constitución Federal brasileña,¹² corresponde al Consejo Nacional de Justicia (CNJ), el control de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial y el cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces, estando a su cargo, además de otras atribuciones conferidas por el Estatuto de la Magistratura: I. Velar por la autonomía del Poder Judicial y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, y puede emitir actos reglamentarios, en el ámbito de su competencia, o recomendar medidas; II. Velar por la observancia del artículo 37, y apreciar, de oficio o mediante petición, la legalidad de los actos administrativos ejecutados por miembros u órganos del Poder Judicial, con facultad para anularlos, revisarlos o fijar plazo para que se adopten las medidas necesarias para el exacto cumplimiento de la ley; III. Recibir y apreciar las reclamaciones contra miembros u órganos del Poder Judicial; IV. Representar al Ministerio Público, en el caso de delito contra la administración pública o abuso de autoridad; V. Revisar, de oficio o mediante petición, los procesos disciplinarios de jueces y miembros de los tribunales y juzgados; VI. Preparar un informe anual, y proponer las medidas que juzgue necesarias sobre la situación del Poder Judicial del país y las actividades del Consejo.¹³

Por su parte, el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Magistratura (Loman) (Ley Complementaria 35, del 14 de marzo de 1979), establece: “salvo en los casos de impropiedad o exceso de lenguaje, el magistrado no podrá ser sancionado o reconvenido por las opiniones que manifieste o por el tenor de los fallos que dicte”.

De conformidad con el artículo 47, inciso I, de la misma Ley Orgánica de la Magistratura, la pena de remoción de los magistrados vitalicios se impondrá en acción penal por delito común o de responsabilidad. Éste es, en verdad, un delito funcional que puede ser cometido por cualquier funcionario contra la administración pública, y que se prevé en el Código Penal y en leyes singulares, en donde se contempla, por ejemplo, el peculado y la corrupción pasiva, la malversación de fondos públicos y el pago indebido de prerrogativas a funcionarios públicos.

¹² Redacción de la enmienda constitucional 45, del 8 de diciembre de 2004.

¹³ Ada Pellegrini Grinover, con respecto al C.N.J., afirma: “The National Council of Justice is responsible for the enforcement of the impediments and accomplishments of the duties assigned to the judges. The Council has strong censorious and disciplinary power over the judges. The Council may be called for by any interested person or by the Justice Complaints Department, which Will receive and be in charge of the complaints lodged against irregular procedures”. “The relevance for Brazil of international Standards of Judicial Independence”, *Revista de Processo*, São Paulo, año 33, abril de 2008.

Así también, se puede obtener sentencia de pérdida del cargo del juez (según el mismo artículo 95 de la CF) por medio de acción ordinaria civil propuesta a solicitud del tribunal al que el juez esté vinculado en los casos de incompatibilidad para el ejercicio de la función listados en el artículo 95, párrafo único.

Esta acción ordinaria mucho se aproxima a la responsabilidad política, pues tiene como fundamento la conducta incompatible con el ejercicio de la función y, por objetivo, la obtención de sentencia que decrete la pérdida del encargo judicial. Sin embargo, dicha acción no se encuentra en la competencia originaria de los tribunales, debiendo procesarse desde la primera instancia, siguiendo la tramitación prevista en el ordenamiento procesal civil, sin la especificidad del procedimiento del *impeachment*, y con los recursos ordinarios y extraordinarios que aquél permite. Al ser una manifestación jurisdiccional y no política, aunque constituya más un acto de defensa del Estado, que propiamente una pena aplicada al demandado, no admite la connotación amplia del juicio político.

En resumen, la Ley 1.079/50 define los delitos políticos (a los que llama crímenes de responsabilidad) de los ministros del Supremo Tribunal Federal; la pérdida del cargo del juez vitalicio puede imponerse como efecto de una sentencia penal, por delito funcional o común (artículo 92, I, del CP), o dentro de un proceso civil instaurado para investigar los casos de incompatibilidad en el ejercicio de la función (artículo 95, I y párrafo único, de la CF); una vez extinguido el Consejo Nacional de la Magistratura y exigida la sentencia como supuesto de pérdida del encargo, ha quedado sin aplicación la regla que permitía aplicar administrativamente la pena de jubilación o de remoción por procedimiento incompatible (artículos 47, II y 56 de la Loman).

Pero los jueces, en Brasil, gozan aun de más garantías funcionales. Como bien relata José Adércio Leite Sampaio,¹⁴ debemos registrar la inmunidad material relativa, la prerrogativa del foro, la inexistencia de una jerarquía funcional entre grados o niveles de la carrera, la imparcialidad y otras reglas atinentes al estatuto de la magistratura previsto en el artículo 93 de la Constitución. La prerrogativa o inmunidad material implica la imposibilidad de que el juez sea sancionado o reconvenido por sus fallos, a menos que se comporte “de manera abusiva y con el propósito inequívoco de ofender”, pues en ese caso cometerá “impropiedad verbal o exceso de lenguaje” contemplada como ilícito disciplinario en el artículo 41 de la Loman.

La prerrogativa del foro está siendo muy combatida por la prensa y por diferentes sectores de la sociedad civil en Brasil, pues lo que hace es con-

¹⁴ Leite Sampaio, José Adércio, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

centrar la acción y el proceso en los tribunales, los cuales se comportan, en muchas ocasiones, de manera corporativa, y tienden a proteger a sus jueces sin actuar con la diligencia necesaria para la averiguación de las faltas, lo que puede conducir a la impunidad.

Estamos de acuerdo con José Adérção cuando afirma que la jerarquía, en el sentido que tiene esta palabra en el derecho administrativo, no se aplica a los escalones de la carrera judicial. En la conducción del proceso y en el fallo, el juez está vinculado únicamente a sus convicciones jurídicas. Si la instancia superior tiene una interpretación diferente, tendrá el poder de modificarla, pero jamás podrá considerarla un ilícito funcional. Se trata, antes, de coordinación, y no de subordinación. Por tanto, no se puede confundir, como bien destacó el ministro César Peluso, la relación jerárquica establecida a nivel de sentencia, o más exactamente, en la eficacia de la decisión, entre un órgano superior y el magistrado vinculado a aquél, y el tipo de subordinación que se plantea entre los escalones de la carrera.

Es cierto que el juez se somete a las decisiones vinculantes del Supremo Tribunal Federal. Es preciso, sin embargo, estar atento a esa observación. La adopción de un acto contrario a dicha decisión no significa, por sí sola, falta disciplinaria. Únicamente si hubiera determinación directa de medidas; por ejemplo, la expedición de una orden emitida por un tribunal en el curso de una demanda, la desobediencia podrá significar tal falta. Ello se extiende al incumplimiento de la determinación dictada por un tribunal superior en los autos de un recurso de apelación o de acción originaria remitidos a un determinado proceso bajo su responsabilidad. En el Estado de derecho, ni siquiera el juez puede rehusar cumplir una orden judicial regularmente emitida.¹⁵

IV. ESPECIES DE RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

Como se sabe, la responsabilidad jurídica consiste en la atribución de una sanción legal por la existencia de un hecho causante de daños jurídicamente apreciables. Esta sanción puede ser de diferentes clases: 1) Penal, sanción atribuida por la ejecución de un acto típicamente penal; 2) Disciplinaria, limitada al ámbito administrativo, por violación a deberes para con el Estado, aplicada sin necesidad de la interferencia de la jurisdicción; 3) Civil, empleada con el propósito de reparar el daño, y 4) Política, cuya sanción principal consiste en la pérdida del cargo, y en algunas normativas, como la de Brasil, se contempla la posibilidad de interdicción, por un tiempo determinado, del ejercicio de otra función pública.

¹⁵ Adérção, José, *op. cit.*, p. 152.

La Constitución brasileña actual, promulgada en 1988, distribuyó la competencia para procesar y juzgar a los jueces de la siguiente manera: al Senado Federal corresponden los delitos de los ministros del Supremo Tribunal Federal (artículo 52, II); al STF, los de los ministros de los tribunales superiores (artículo 102, I, b); al Tribunal Superior de Justicia, los de los jueces de los tribunales de justicia de los estados, y de los miembros de los tribunales regionales federales; a los tribunales de justicia de los estados, los de los demás jueces estatales, que son los jueces de los antiguos tribunales de alzada, donde los hubiera, y los jueces letrados (artículo 96, III).

No obstante, el tema de la responsabilidad política de los miembros del Supremo Tribunal Federal se remonta a la primera Constitución de la República del Brasil.

1. *La Constitución de 1891*

La Constitución del Brasil imperial (1824) no se ocupó de ese tema. Fue la Constitución Federal de 1891 la que, al organizar al Poder Judicial, declaró que sus representantes eran responsables por los delitos funcionales que cometieran; no podría haber tomado una decisión en otro sentido, porque la irresponsabilidad de los órganos del poder público es contraria a la esencia del régimen republicano. De esta manera, prescribió en su artículo 57, párrafo 2o: “El Senado juzgará la responsabilidad de los miembros del Supremo Tribunal Federal y éste la de los jueces federales inferiores”.

Similar precepto, pero referido a los jueces inferiores, se contempla en las leyes ordinarias y en el Regimiento Interno del Supremo Tribunal, donde se definen las responsabilidades y se prescriben las normas procesales para la acusación y juzgamiento de los mismos.

La actuación del Senado tiene el efecto del *impeachment*; es decir, se concreta a la imposición de la pena de “pérdida del cargo y la incapacidad para ejercer otro, sin perjuicio de la acción ordinaria contra el condenado” (Constitución, artículo 33, párrafo 3o.). Para que la responsabilidad sea real es necesario que se cree la ley procesal respectiva y se establezcan previamente las normas necesarias para el enjuiciamiento.

En cuanto al presidente de la República y a los ministros de Estado, la anterior Constitución de 1891 (artículos 29, 33 y 53), moldeándose a la luz de la norteamericana (cap. I, sección 2a., núm. 5, y sección 3a., núm. 6) y por la argentina (artículos 45 y 51), atribuyó a la Cámara la competencia para la acusación, y al Senado la del enjuiciamiento. Sin embargo, con relación a los miembros del Supremo Tribunal Federal, se apartó de los modelos apenas señalados sin hacer referencia a la competencia de la Cámara.

2. *La Constitución de 1988*

Fue la Ley 1.079, del 14 de abril de 1950, la que del punto de vista material y procesal reguló los supuestos de responsabilidad de los ministros del Supremo Tribunal Federal. Respecto a los integrantes de la Corte Suprema, su artículo 39,5 estipuló:

Artículo 39. Son causas de responsabilidad criminal *de los* Ministros del Supremo Tribunal Federal: 1) Modificar por cualquier forma, excepto por vía de recurso, la decisión o el voto ya emitido en sesión del Tribunal; 2) Dictar una resolución cuando por ley, esté impedido en la causa; 3) Ejercer actividad político-partidaria; 4) Ser manifestamente desidioso en el cumplimiento de los deberes del cargo; 5) Proceder de modo incompatible con la honra, dignidad y decoro de sus funciones.

Caracterizada la conducta tipificada en la ley, está permitido que cualquier ciudadano denuncie la responsabilidad criminal del ministro de la Corte Suprema ante el Senado Federal (artículo 41), órgano encargado de juzgarlo (artículo 52, II, de la CF). El proceso de *impeachment*, en este caso, inicia directamente en el Senado Federal, al contrario de lo que ocurre con una denuncia contra el presidente de la República, la cual se propone ante la Cámara Federal (artículos 14 y ss.).

La denuncia contra un ministro del Supremo Tribunal Federal debe formularse ante el Senado Federal, debidamente suscrita por el denunciante, con la firma certificada y acompañada de los documentos que la acrediten, o de la declaración de imposibilidad de presentarlos, con la indicación del lugar donde se puedan encontrar, además de contener, en su caso, la lista de testigos (artículo 43).

Una vez recibida la denuncia por la mesa del Senado, se procederá a su lectura, e inmediatamente se remitirá a una comisión especial, debiendo emitir un dictamen en el término de diez días, en donde considerará si es objeto de deliberación o no (artículos 44 y 45). Una vez discutido el dictamen y hecha la votación nominal, se considerará aprobado si reúne la mayoría simple de votos (artículo 47). Si la denuncia se considera objeto de deliberación, la mesa remitirá una copia de todo el expediente al denunciado, para que responda a la acusación en el plazo de diez días (artículo 49). Una vez transcurrido el plazo para la respuesta, con o sin ella, la comisión emitirá un dictamen dentro del plazo de diez días, en donde expondrá la procedencia o improcedencia de la acusación (artículo 51). Seguidos los demás trámites y realizadas las diligencias que se hagan necesarias, el dicta-

men se someterá a la votación nominal, y se considerará aprobado si reúne la mayoría simple (artículos 52-54).

Si el Senado federal entiende que la acusación no procede, el expediente será archivado. En caso contrario, la mesa dará a conocer su decisión al Supremo Tribunal Federal, al presidente de la República, al denunciante y al denunciado, quien quedará sometido a una acusación formal (artículos 55 y 57).

Una vez notificado el denunciante para que ofrezca el escrito acusatorio y la lista de testigos, se dará vista al denunciado para que ofrezca su contestación y su lista de testigos (artículo 58). Enseguida, se remitirán los autos al presidente del Supremo Tribunal Federal, y después se notificará al denunciante y al acusado para que comparezcan al juicio, que se celebrará en el día y hora previamente marcados, bajo la jefatura del presidente del Supremo Tribunal Federal (artículos 59-61).

El enjuiciamiento se realizará a través de votación nominal de los senadores no impeditidos, quienes responderán “sí” o “no” a la siguiente pregunta: “¿El acusado X cometió el delito que se le imputa y debe ser condenado a la pérdida del cargo?” (artículo 68). De conformidad con la decisión del Senado, el presidente dictará en los autos la sentencia, suscrita por él y los senadores que tomaron parte en el juicio, la cual se transcribirá en el acta (artículo 70), con lo cual el ministro podrá quedar inhabilitado para el ejercicio de cualquier función pública por el término que se fije, sin que exceda de cinco años. El hecho será juzgado, así, por el Senado Federal, y la pena se aplicará por el voto favorable de las dos terceras partes de los senadores, en votación nominal.

En el proceso de enjuiciamiento de un ministro del Supremo Tribunal Federal se aplicará la Ley 1.079/50, el Regimiento Interno del Senado Federal y el Código de Proceso Penal.

V. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN BRASIL

El Supremo Tribunal Federal nació con la República, creado por Decreto 848, de 1890, sucediendo al Supremo Tribunal de Justicia del imperio previsto en la Constitución monárquica de 1824. Su inspiración, por influencia de Rui Barbosa, fue el modelo constitucional de Estados Unidos, país donde la Constitución también instituyó una Suprema Corte como ápice de la estructura judicial, cuya competencia principal es el ejercicio del control de constitucionalidad.

A partir de la matriz americana inicial,¹⁶ el Supremo Tribunal Federal evolucionó, y constituye hoy un tribunal en el que coexisten características propias del sistema americano y del europeo de jurisdicción constitucional. Su competencia dentro del control de constitucionalidad se concentró inicialmente en el modo difuso, de matriz puramente americana, que se ejerce en casos concretos, ante cualquier juez, con efectos limitados a las partes del proceso y accesible para todos los ciudadanos. Con el transcurso del siglo XX, el Tribunal pasó a incorporar gradualmente los mecanismos del modo concentrado creado en Europa a partir de 1920, que permite discutir la constitucionalidad de los actos gubernamentales en abstracto, en un número limitado de acciones, exclusivamente ante el STF, y con efectos generales (*erga omnes*). En las décadas recientes se asiste al progresivo reforzamiento del modo concentrado con la creación de la acción declarativa de constitucionalidad, en 1993, y del precedente vinculante [“*Súmula vinculante*”], en 2004. Ambos institutos aumentaron la capacidad de decisión del STF sobre materias de constitucionalidad de forma más rápida y eficaz, con carácter definitivo y con capacidad para sobreponerse a los jueces y tribunales “inferiores”, bajo el argumento de garantizar la seguridad jurídica y contener la multiplicación de procesos.¹⁷

VI. LA COMPOSICIÓN Y LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LOS MINISTROS DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

La Constitución Federal de 1988 establece en su artículo 101 la composición del Supremo Tribunal Federal de Brasil:

Artículo 101. El Supremo Tribunal Federal se compone de once ministros, elegidos entre ciudadanos con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años de edad, de notable saber jurídico y reputación intachable.

Párrafo único. Los Ministros del Supremo Tribunal Federal serán nombrados por el Presidente de la República, después de que su designación haya sido aprobada por la mayoría absoluta del Senado Federal.

¹⁶ Sobre el tema, desde una perspectiva latinoamericana, véase el trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional latinoamericana”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 282 y ss.

¹⁷ Según Newton Tavares Filho, “Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal”, *Estudos*, abril, 2006, estudio de la Cámara de Diputados de Brasília-D.F.

La jurisdicción constitucional brasileña es, en este aspecto, considerada elitista, ya que no ha sabido madurar este lado imprescindible del ejercicio democrático. Por ello, es pertinente la crítica de Aldo Percira¹⁸ cuando afirma:

La designación de cada ministro es flagrantemente elitista. El ciudadano común no tiene forma de influir en ella, ni siquiera por medio de sus representantes en la Cámara de los Diputados. Tampoco se le consulta a la corporación nacional de los jueces. La indicación del Presidente de la República precisa, eso sí, ser aprobada por la mayoría absoluta de los senadores. Pero, aparte de que la representatividad política del Senado es muy inferior a la de la Cámara, el visto bueno senatorial ha sido una ordinaria formalidad: desde la gestión de Floriano Peixoto (1891-94), cuando rechazó una designación presidencial.

Como se ha sostenido, la Constitución brasileña establece en su artículo 101, que el Supremo Tribunal Federal se compone de once ministros, cuyas atribuciones y forma de organización interna deberán concordar con el Reglamento Interno del STF. Los requisitos determinados por la CF son: 1) la elección debe recaer sobre ciudadanos brasileños de origen, según los términos de la CF 12, I, a a c, y artículo 30., IV; 2); que tengan edad superior a treinta y cinco años, o sea, con edad mínima de treinta y seis años incompletos e inferior a sesenta y cinco años completos; es decir, con un máximo de sesenta y cuatro años de edad; 3) que posean notable saber jurídico, y 4) que tengan reputación intachable.

Al contrario de lo que sucede en la composición de otros tribunales, no se contempla para el Supremo Tribunal Federal la estipulación de vacantes a cubrir a través del llamado criterio del “quinto constitucional”.¹⁹ Con respecto a los ministros del STF, no existe regla alguna en ese sentido, por lo

¹⁸ “O elitismo antidemocrático do STF”, *Folha de São Paulo*, Tendencias-Debates-10/11/2005, p. 13.

¹⁹ El instituto del artículo 50. constitucional se ha mantenido, sobreviviendo a la elaboración de la Constitución de 1988, a la revisión constitucional de 1994 y a la reforma del Poder Judicial (enmienda constitucional 45, de 2004). En el texto vigente, la regla se expresa en el artículo 94, que determina: “Un quinto de las plazas de los Tribunales Regionales Federales, de los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal y Territorios estará compuesto por miembros del Ministerio Público, con más de diez años de carrera, y por abogados de notorio saber jurídico y de reputación intachable, con más de diez años de efectiva actividad profesional, propuestos en lista de seis por los órganos de representación de las respectivas clases. Párrafo único. Recibidas las propuestas, el tribunal formará una terna, enviándola al Poder Ejecutivo, quien, en los veinte días siguientes, elegirá a uno de sus integrantes para la nominación”.

que la designación deberá procesarse según los términos del artículo 101, párrafo único, mediante el nombramiento del presidente de la República (CF, 84, XIV). Se trata de un criterio político de elección, sumado a dos requisitos ya vistos (notable saber jurídico y reputación intachable) de interpretación subjetiva.

Fernando Dantas Mota Neustein, en una disertación magistral en la PUC-SP, en un trabajo titulado “Modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: análises crítica, desafios e perspectivas”,²⁰ después de analizar 115 años en los cuales se confió al Ejecutivo la iniciativa exclusiva de nominación de los miembros de la Corte, afirma que “la relación entre el Poder Ejecutivo y el Supremo Tribunal Federal ha oscilado entre momentos de tensión y momentos de inequívoca sumisión del Tribunal, conforme se verá”.

Avanzando en el tiempo, entre 1964 y 1985, encontramos el periodo de la dictadura militar. En él, además de *jubilar compulsivamente* a los ministros Evandro Lins y Silva, Hermes Lima y Victor Nunes Leal, el Ejecutivo promovió a un total de 32 ministros al STF. Los militares no encontraron en el Supremo, óbice alguno para los numerosos actos arbitrarios que cometieron, principalmente en lo que atañe a la práctica reiterada de la tortura y a la instauración del miedo generalizado en el país.

Con la democratización posterior a 1988 se ha notado cierto activismo del Poder Judicial (como un todo, no solamente del STF), auspiciado por varios factores, entre los que se encuentra el contenido “programático” del texto constitucional, la “judicialización” de las políticas públicas, la gran apertura a las cuestiones judiciales propiciada por el fenómeno global de la sociedad de masas.

La problemática de la nominación de los ministros y de la composición de la Corte, naturalmente influye en su perfil y desempeño. Se advierte, en una rápida comparación con los Estados Unidos, cuyo modelo estructural fue adoptado por Brasil, que en el periodo comprendido entre 1789 y 2003 (214 años) el Senado rechazó doce nominaciones presidenciales para la Suprema Corte norteamericana. Si bien es cierto que los rechazos parecen pocos, hay que tomar en consideración que lo que sucede es que el candidato muchas veces no llegó a ser examinado por el Senado (ya la intensa discusión que su candidatura produce al interior de la sociedad propicia que lleguen a ser retirados antes de la comparecencia). Por ello, en este mismo periodo (214 años) hubo cerca de treinta nombres retirados.

Una preocupación adicional se vincula con la composición de aquella Suprema Corte, cuyos miembros son jueces vitalicios, y por tanto, solamen-

²⁰ Maestría en derecho, depositado en la PUC-SP, en 2006.

te dejan el cargo después de fallecidos, a diferencia de Brasil, en donde el carácter vitalicio del magistrado se desvanece con la jubilación obligatoria, que se produce a los setenta años de edad.

En Estados Unidos, el trabajo del Senado es más vigoroso; los posicionamientos políticos del candidato se investigan y se tienen en cuenta antes aún de que su nombre sea colocado en la discusión. Existe también una participación más activa de la prensa y de los demás representantes de la sociedad, quienes interactúan intensamente en la elección del nombre que habrá de nominar el presidente.²¹

En lo que atañe a la imputación de responsabilidad, no hay noticias en la historia constitucional brasileña de algún proceso de *impeachment* hacia un ministro del Supremo Tribunal Federal.

Durante el mandato recientemente concluido del presidente de la República (Lula da Silva), se nombraron a cinco ministros del Supremo Tribunal Federal: dos abogados (Carlos Britto y Eros Grau), un juez proveniente de la magistratura estatal (Cesar Peluso), un juez *desembargador*²² estatal (Enrique Lewandowski) y un miembro del Ministerio Público Federal (Joaquim Barbosa). Con la jubilación de los ministros Nelson Jobim y Sepúlveda Pertence, subió a siete el número de magistrados del más alto tribunal del país nominados por un único presidente de la República.

Esta peculiaridad del gobierno Lula,²³ cuyas designaciones pueden definir profundamente la orientación ideológica del STF, ha dado lugar a acusaciones de “apadrinamiento” y “partidización” del Tribunal, y a cuestionamientos vinculados al proceso de selección y nombramiento de los ministros del Supremo.

En sus líneas esenciales, el sistema adoptado en Brasil convoca la participación integrada del Poder Ejecutivo y del Legislativo, con el objetivo de proporcionar mayor seguridad y legitimidad a la investidura de los más altos magistrados del país. Particularmente, la elección realizada por autoridades políticas garantiza la nota democrática del proceso, ya que el presidente de la República y los senadores son elegidos directamente por el pueblo, y es ante él ante quien responden.

Pero las cosas no suceden con esa simplicidad. El presidente de la República, en este sistema concentra, sin ninguna duda —como en los Estados

²¹ Ailton García, José, “Supremo Tribunal brasileiro: análise da forma de escolha de seus ministros”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, año 15, out-dez-2007.

²² Al juez de apelación o segundo grado se le llama en Brasil *desembargador*. En el Supremo Tribunal Federal y en los tribunales superiores se le llama “ministro”.

²³ Según Newton Tavares, Filho, *op. cit.*, con quien estamos de acuerdo.

Unidos—, un poder formidable en el proceso de designación, con la desventaja de que en Brasil, hasta la fecha, no existe un verdadero “debate público y ciudadano” acerca del nominado, que involucre una amplia participación de la prensa o de la sociedad civil.

Por otro lado, el papel del Senado se ha mostrado distorsionado y débil a lo largo de los años. El examen al que se someten los candidatos (o candidatas) para la vacante de ministro del Supremo Tribunal Federal no es lo suficientemente denso, por lo que no está en grado de propiciar el conocimiento y debate público respecto al nominado.

Sería aconsejable que al examinar a los candidatos nominados por el presidente de la República, el Senado sometiera la designación a los estándares de la ética, indagando cuáles son los objetivos que realmente orientan la elección de este o de aquel nombre por parte del Ejecutivo, constatando incluso si su aprobación derivaría en una mayor independencia del Tribunal o, por el contrario, comprometería al futuro ministro con el Ejecutivo.

Ello no significa que se ignore la necesidad de que la elección presidencial recaiga sobre una persona que habrá de ocupar un cargo de corte político dentro de la estructura de los poderes. Quiere decir que el candidato, además de los requisitos objetivos —que también parecen insuficientes—, el “notable saber jurídico” y la “reputación intachable”, se distinga por una profunda destreza para advertir las implicaciones políticas de las cuestiones jurídicas que forzosamente se llevarán al Supremo Tribunal Federal.²⁴

Hay, en virtud de las distorsiones actuales del sistema brasileño, una serie de sugerencias para perfeccionarlo. Así, Newton Tavares Filho²⁵ afirma que la composición del Supremo Tribunal Federal sigue el modelo norteamericano, centrado en el carácter vitalicio de los ministros y en su nominación por el Ejecutivo con la aprobación del Senado, y que cabe investigar, dentro de los mecanismos descritos, cuáles podrían ofrecer soluciones más adecuadas para una eventual politización (o no) del STF, y cuáles conferirían mayor participación democrática a su proceso de composición. Conviene tener en mente la premisa de que se debe evitar la recepción acrítica y simplista de institutos jurídicos extranjeros, so pena de incompatibilidad frente al sistema brasileño, con su consecuente fracaso.

De entrada, el cambio más radical sería, bajo la inspiración del modelo europeo, incrementar la influencia del proceso político en la composición del

²⁴ Para una visión más profunda de derecho comparado véase Favreau, Louis “La légitimité de la justice constitutionnelle”, *Legitimidade e legitimização da justiça constitucional*, Coloquio en el 10o. Aniversario del Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995, pp. 231 y ss.

²⁵ *Op. cit.*, p. 15.

STF, transformándolo en una corte constitucional pura, fuera del sistema judicial y con competencia exclusivamente para cuestiones constitucionales.²⁶ Sus ministros pasarían entonces a ser designados bajo mandatos fijos de, por ejemplo, ocho años (dos legislaturas). Esta innovación aumentaría el grado de legitimidad de la Corte en la medida en que permitiría reflejar en su interior la fluctuación de orientaciones políticas e ideologías existentes en el Congreso Nacional, como resultado de la práctica democrática brasileña.

La propuesta, sin embargo, traería también desventajas. El sistema podría aumentar la politización del STF, como ha sucedido en España, concentrando el poder en manos del partido político dominante o del presidente de la República que controle a éste. El segundo problema es que una reforma de tales proporciones demandaría un gran esfuerzo de coordinación política, ya que representa un punto de quiebre en la larga tradición republicana concerniente al STF, y sería el resultado de profundas modificaciones al texto constitucional.

Otro cambio sugerido por Newton Tavares Filho consiste en la adopción de un sistema semejante al japonés, para someter a los ministros del STF a un referendo popular al momento de su nombramiento inicial, y a uno posterior, cada diez años. Esta innovación rendiría homenaje a la democracia semidirecta enfatizada principalmente en el artículo 14 de la Constitución de 1988, permitiendo al pueblo, titular de la soberanía, manifestarse directamente sobre los designados. Sin embargo, la dimensión continental de Brasil y el carácter excesivamente técnico de la materia podrían contribuir al fracaso de este sistema.

Se podría aun, según Tavares Filho, redistribuir la prerrogativa de nombrar a los ministros del STF retirando la exclusividad al presidente de la República e introduciendo la participación del Congreso Nacional y del propio Judicial. Este modelo tiene amplia aceptación en Europa, y la práctica indica que ha tenido éxito, respetadas las peculiaridades locales. Al respecto, convendría evitar la preponderancia de uno de los órganos involucrados, como en Portugal o España, realizándose una distribución igualitaria de la prerrogativa de nombramiento entre los tres poderes de la República. Cabe recordar, también, que la excesiva preocupación en la influencia que el presidente de la República tendría en la integración del tribunal llevó jus-

²⁶ El volumen de procesos y acciones que llegan al Supremo Tribunal Federal brasileño es gigantesco. A inicios de la década de 1980 el STF recibía en promedio 20 mil acciones por año. En 2002, fueron 160 mil. En 2008, los números disminuyeron un 40%, en virtud de la “súmula vinculante” (decisión que torna un precedente obligatoriamente aplicable a todos los casos semejantes) y la “repercusión general”; esto es, la necesidad de que el conflicto suscitado tenga un interés general y no sólo particular.

tamente a la politización del Tribunal Constitucional portugués, ya que en aquel país la elección de los jueces constitucionales corresponde de forma mayoritaria al Parlamento, y en el curso de los años los nombramientos han estado sujetos a criterios políticos.

Por otra parte, de conformidad con Tavares Filho, las exigencias de calificación de los candidatos podrían ser más rígidas y específicas, buscando candidatos en categorías profesionales determinadas (magistrados, abogados, profesores universitarios, miembros del Ministerio Público, juristas), a quienes se exija experiencia profesional específica (destacada práctica profesional de más de quince años, acreditada con los correspondientes títulos, por ejemplo). Sería así aconsejable abandonar criterios vagos, como el de “notable saber jurídico” adoptado en la Constitución de 1988, para precisar la capacidad de los candidatos.

Cabe señalar que la vinculación de los magistrados de los tribunales constitucionales a determinadas categorías es largamente empleada, y no tiene más sentido que se permita una total libertad en la elección de los candidatos, como en el sistema brasileño. Por ello, es preciso establecer un equilibrio entre las cualidades técnicas y las sensibilidades políticas de esas cortes, algo que se puede lograr por medio de la participación conjunta de jueces con perfiles diversos y orígenes variados.

Tavares Filho sugiere también dos medidas adicionales. La participación más activa del Senado Federal en la elección de los ministros del STF mediante la exigencia de un quórum más alto para la confirmación de las nominaciones hechas por el presidente de la República (dos tercios o tres quintos de los miembros de la Cámara), otorgándole poder de veto a la minoría. E, incluso, sugiere una incompatibilidad para ministros al dejar el cargo, a semejanza de la prohibición del ejercicio de la abogacía, por tres años, establecido para los jueces jubilados, así como una incompatibilidad para el ejercicio de los derechos políticos —candidatura a cargos electivos— por igual periodo.

Sugerencias no faltan para el pretendido perfeccionamiento del proceso de nombramiento de los ministros del Supremo Tribunal Federal. Para algunos, el sistema actual no es defectuoso, porque permite al presidente de la República realizar la nominación respetando el criterio de razonabilidad. Para otros, sin embargo, la designación debería partir de diferentes órganos y categorías jurídicas.²⁷

²⁷ Ives Gandra da Silva Martins y Arnold Wald, por un lado, y Carlos Mário da Silva Velloso, por el otro, ambos presentes en el texto de José Ailton García, *op. cit.*

A guisa de conclusión, recordamos las palabras de José Renato Nalin,²⁸ juez *desembargador* del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, en la obra *Ética e justiça* acerca de la dedicación del juez:

Se suele identificar a la ciudadanía con la titularidad de derechos políticos, la capacidad de votar y de ser votado. Pero para José Afonso da Silva, la ciudadanía como principio fundamental de la República Brasileña, “está aquí en un sentido más amplio que el de titular de derechos políticos”. Califica a los participantes de la vida del Estado, el reconocimiento de los individuos como personas integradas a la sociedad estatal (artículo 5o., inciso LXXXVII). Ello significa, también, que el funcionamiento del Estado estará sometido a la voluntad popular. Por eso el término se conecta con el concepto de soberanía popular (párrafo único del artículo 1o.), con los derechos políticos (artículo 14) y con el concepto de dignidad de la persona humana (artículo 1o., III), con los objetivos de la educación (artículo 205), como base y meta esencial del régimen democrático.

De esta concepción de ciudadanía se desprende que el juez no sólo se debe empeñar en servir a la comunidad, la real titular del único poder jurídicamente legitimado, del cual es mero ejecutor por delegación, sino que él también es responsable, al cumplir su misión, de garantizar la efectiva participación del pueblo en la práctica de la *res publica*. Constituye deber ético del juez para con su semejante, habilitarlo para que tenga derechos, y para que posea la exacta noción de que es titular de derechos fundamentales.

Este deber es más acentuado en una sociedad en donde la miseria viene *in crescendo* y alcanza el 32% de la población. Resulta más compleja la tarea de evidenciar la existencia de derechos fundamentales de tercera generación, cuando una vasta legión se ve privada de los derechos de primera generación, básicos y fundamentales, como la subsistencia digna, en donde se comprende la alimentación adecuada, el techo, la vestimenta y el trabajo. Sin ellos, ni los demás derechos fundamentales —libertad, seguridad y propiedad— derivados de la vida, fuente primaria de todos los derechos, se pueden asegurar de manera efectiva.

En una sociedad llena de carencias, el comportamiento ético del juez se potencializa. Cada gesto puede ser interpretado como una provocación al ciudadano excluido de la participación en la riqueza patria: el uso abusivo de privilegios, la ostentación, el estándar de vida al que no tienen acceso millones de brasileños. La producción intelectual —presente en todo el actuar funcional— puede representar la preservación de la esperanza de construir

²⁸ Nalini, José Renato, *Ética e justiça*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, pp. 78 y 79.

aquella sociedad solidaria, justa y fraterna que vislumbró el constituyente en su Constitución dirigente, constituyendo un paso decisivo para la consecución de esa realidad todavía utópica.

Al ingresar a la magistratura, el juez asumió también obligaciones de carácter social, vinculados con los valores del humanismo, del pluralismo y de la participación, dirigidos a la consecución del bien común.

“El hombre o es conciencia o no es hombre”, en la afirmación de Alceu de Amoroso Lima. Mantener vigilante el estado espiritual que impide el comodismo, la inercia, el desaliento, es tal vez la postura garantizadora de un ejercicio verdaderamente ético de la función. El juez consciente no transigirá jamás con la mediocridad; y que por ésta no se entienda la posición de los ungidos de gloria y del reconocimiento de los contemporáneos, que “la vida heroica no está únicamente en la realización de hechos resonantes y teatrales. El verdadero heroísmo, como la santidad auténtica, se manifiesta mucho más en el ejercicio oscuro de las virtudes de la vida cotidiana, que en la práctica excepcional de acciones que trascienden los límites de la oscuridad”.

VII. LA EXTREMA LITIGIOSIDAD DEL PODER PÚBLICO EN BRASIL

La dificultad de lograr un mayor grado de eficiencia en el funcionamiento del aparato judicial, fenómeno íntimamente ligado a su morosidad, puede ser válidamente dimensionado a partir del congestionamiento crónico de las diversas instancias judiciales, en sus diferentes esferas de actuación, originada en gran parte en una sobrecarga cuantitativa del sistema que, con su capacidad de procesamiento agotada, se muestra impedido para presentar soluciones oportunas y eficaces a los conflictos que se le someten.²⁹

Con razón se ha subrayado que a pesar de la larga discusión de los sucesivos proyectos de reforma del Judicial, ésta todavía no ha logrado encontrar su debida dimensión, tanto en sede constitucional —en el ámbito de las propuestas de modificaciones a ese nivel, principalmente el que se refiere a cambios estructurales del aparato judicial— como en el nivel de la legislación ordinaria, a pesar de la serie de innovaciones introducidas en los últimos años por reformas segmentadas de códigos y leyes procesales.

Sin embargo, entre todos los factores que posiblemente han contribuido a una actuación deficitaria de los mecanismos estatales encargados de

²⁹ Según Helena Delgado Ramos Fialho Moreira, *Poder Judiciário no Brasil. Crise de eficiência*, Curitiba, Editora Juruá, 2004, pp. 128 y ss.

la prestación de justicia merece destacarse especialmente aquí, por cuanto representa un fuerte condicionante de la ineficiencia del sistema, la extrema litigiosidad del poder público en Brasil, tema que no ha merecido la debida atención de la reforma.

En efecto, en un cuadro de grave crisis económico-fiscal del Estado, potencialmente agravado en virtud del nuevo orden constitucional vigente desde octubre de 1988 —cuando la Constitución, al establecer una serie de nuevas garantías y derechos sociales, laborales, y de seguros y pensiones, inevitablemente proyectó un incremento de la demanda de prestación jurisdiccional, incluso por facilitar el acceso a la justicia— y sustentado por un sistema legal inconsistente, de nula responsabilidad del administrador en caso de incumplimiento de sentencias, terminó por consolidarse la práctica de la impune desobediencia a las órdenes judiciales, reduciendo a niveles casi retóricos el recurso a la protección de los tribunales contra los desvaríos del poder público.

Efectivamente, amparado en un sistema de recursos anacrónico, y bajo el argumento de la indisponibilidad de los bienes públicos, se ha vuelto habitual el empleo de todos los artilugios y brechas legales dirigidas a retardar, indefinidamente, las acciones judiciales en donde el ente público corre el riesgo de ser vencido.

La asiduidad con que la administración pública emplea el recurso a las vías judiciales con la específica finalidad de posponer el cumplimiento de sus obligaciones fue identificada como una práctica bastante frecuente por la mayoría de los magistrados entrevistados en ocasión de una investigación realizada por el IDEPS en el año 2000: un 74% con relación a la esfera federal; un 63.8% con relación a la estatal, y un 56.8% a la municipal. Por otro lado, el 51.3% de los jueces subrayaron el empleo de tal artimaña por parte del empresariado en cuestiones de tributos federales.³⁰

Frente a un aparato judicial incapacitado para actuar pronta y eficazmente en la represión de prácticas públicas perjudiciales al administrado, al gobernante se le ha revelado del todo conveniente la manipulación de las deficiencias del sistema ante los evidentes atractivos de actuar al margen de la constitucionalidad, a la espera de la respectiva contestación judicial, que de un modo general sólo la realiza una pequeña parcela del universo de involucrados, y donde la respectiva repercusión condenatoria de la sentencia es largamente postergada en el tiempo.

En este entorno se debe recordar que la enmienda constitucional 45/2004 vino, junto con algunas leyes (Leyes 9.868/1999 y 9.882/99), a

³⁰ Según Helena Moreira, *op. cit.*, p. 129.

ofrecer una dosis de lógica al sistema constitucional brasileño del control de constitucionalidad, privilegiando la imperatividad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

En este sentido, Luís Guilherme Arcaro Conci y Marcelo Lamy³¹ afirman:

A los magistrados de instancias inferiores, la figura de las *súmulas* vinculantes no les retira, de ninguna manera, la libertad de juzgar. Éstos continuarán participando de la interpretación de la Constitución hasta el momento en que, en un proceso en que la *cuestio juris* sea la misma, el Supremo Tribunal Federal cree un precedente /*súmula*/ sobre el asunto.

La exigencia de obediencia a las *súmulas* deriva de la necesidad de aplicación igualitaria del derecho en todo el territorio nacional y privilegia, a pesar de que muchos no lo aprecian, a los litigantes que pretenden garantizar un derecho propio, principalmente a las minorías que no disponen de representantes para provocar el control concentrado de constitucionalidad y dependen de los trámites morosos del proceso judicial ordinario, principalmente en la búsqueda de la concretización de derechos que les otorga la Constitución.

Los grandes perdedores con la *súmula* son los litigantes, que buscan, en el Poder Judicial, la postergación del cumplimiento de sus obligaciones, que muchas veces saben que son debidas, pero que delante de una jurisdicción saturada ven en éste un *locus* de reducción de los daños del cumplimiento de la obligación, una vez que la realidad brasileña actual es la de un país que paga muy bien por el capital financiero invertido. Entre estos que se benefician con las deficiencias del Poder Judicial se encuentran los grandes “clientes” del Poder Judicial, grandes grupos privados y el propio Estado, nuestros mayores litigantes.

³¹ “Reflexões sobre as súmulas vinculantes”, en Ramos Tavares, André, Lenza y Alarcón (coords.), *Reforma do judiciário*, São Paulo, Editora Método, 2005, pp. 316 y ss.