

FABIO LIMA QUINTAS: *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal* (A reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013, 465 págs.

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. La obra objeto de este comentario es el resultado de una Tesis Doctoral defendida por el autor en la Facultad de Derecho de la prestigiosísima *Universidade de São Paulo*, bajo la dirección del Prof. Alexandre de Moraes. En ella aborda el autor, Fábio Lima Quintas, Profesor de Derecho Constitucional de la citada Facultad, uno de los institutos más originales y sugestivos de la Constitución brasileña de 1988, el *mandado de injunção*. Un instituto éste, a nuestro juicio, que al margen ya de que haya sido regulado constitucionalmente de un modo no por entero satisfactorio y de que su eficacia a lo largo del cuarto de siglo transcurrido desde la entrada en vigor de la Constitución no haya satisfecho las expectativas suscitadas por el mismo en su día, es lo cierto que se nos presenta como un excelente ejemplo de la evolución del constitucionalismo de nuestro tiempo, cuyo norte, en la mayor parte de las ocasiones, viene marcado por la optimización de los institutos de tutela de los derechos constitucionales, en sintonía con el destacadísimo rol que los derechos juegan en las Cartas constitucionales.

A través de su investigación, el autor pretende demostrar que la Constitución de 1988, al instituir el *mandado de injunção*, no sólo estaba señalando que las omisiones inconstitucionales merecen censura, sino que también trataba de establecer un medio específico para que el ciudadano pudiera impugnarlas, propiciando de esta forma un control concreto de las omisiones legislativas inconstitucionales por medio del *mandado de injunção*, todo lo cual se traduce, según Lima Quintas, en la existencia de una reserva de jurisdicción constitucional en el Supremo Tribunal Federal. Anticipemos que con este objetivo el autor apunta a una

de las cuestiones más controvertidas de esta institución: la atinente a su naturaleza jurídica, que ha suscitado un interminable debate doctrinal en Brasil, y que se conecta estrechamente con los efectos de las sentencias dictadas con ocasión de este instituto, situándose como telón de fondo el tema de la hipotética relación del *mandado de injunção* con la *ação de inconstitucionalidade por omissão*. En el fondo de la polémica lo que late, anticipémoslo ya, es la siguiente alternativa: ¿estamos ante un mecanismo de control incidental de la inconstitucionalidad por omisión? o, por el contrario, ¿nos hallamos ante un instituto de garantía de los derechos perfectamente diferenciable de la *ação de inconstitucionalidade por omissão*? De momento, no nos adentraremos más en el tema, sobre el que volveremos más adelante.

El libro se estructura en tres partes: una primera parte de Teoría del Derecho en la que el autor lleva a cabo una reflexión sobre el proceso de aplicación del Derecho y la función de la legislación en ese menester, concluyendo que la legislación aún sigue constituyendo una pieza relevante en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Una segunda parte en la que Lima Quintas se adentra en aspectos orgánicos constitucionales, tomando como eje de su discurso el principio de la separación de poderes, para llegar a la conclusión de que tanto la Constitución de 1988 como la práctica constitucional surgida bajo su vigencia han convertido a la jurisdicción constitucional en un mecanismo de control del poder político, consagrando al Supremo Tribunal Federal como un auténtico Tribunal Constitucional. En la tercera y última parte el autor se centra en el control de la omisión legislativa por medio del *mandado de*

*injunção*, tratando de demostrar que el Supremo Tribunal Federal dispone de una competencia exclusiva en la fiscalización de las omisiones legislativas en relación a la Constitución Federal. En tal escenario, el *mandado de injunção* se visualiza como un importante instrumento de acceso directo del ciudadano al Supremo Tribunal Federal para desencadenar esa fiscalización.

II. El autor toma como punto de partida de su construcción a Neil MacCormick y su teoría institucional del Derecho. La aplicación del Derecho no puede ser reducida a un mero acto de voluntad, por cuanto tal visión, según el Profesor de São Paulo, ignoraría la función orientadora que el Derecho ejerce en la sociedad moderna. Dicho de otro modo, el contenido del Derecho no es algo por entero contingente, definido por la libre voluntad de la autoridad, pues en cuanto el Derecho de nuestro tiempo es presidido por un orden axiológico comprometido con principios y valores tales como la justicia, la democracia y los derechos, a las autoridades encargadas de interpretarlo y aplicarlo se les exige la concreción de esos valores. Así las cosas, la cuestión central es la de captar las opciones institucionales más adecuadas para definir y proteger tales valores.

Considera el autor que hay diversos niveles de cuestionamiento de la ley, por cuanto el ciudadano, el legislador, el funcionario público, el juez y el Supremo Tribunal Federal se han de enfrentar con la ley desde diferentes perspectivas. El fenómeno jurídico se empobrece si se concibe tan sólo como una esfera de la moral o como una instancia de la política. Haciendo suya la posición de MacCormick, Lima Quintas considera frustrante una perspectiva puramente normativa, por cuanto la misma ignora el diálogo con el amplio material jurídico elaborado durante siglos por los juristas, lo que obviamente no deja de ser discutible. Frente a ello, la teoría institucional del Derecho, siempre según el autor, permite atender a lo que debe de ser objeto de problemática para entender la normatividad

del Derecho en situaciones complejas, como por ejemplo, qué circunstancias sociales conducen a que se descarte la solución jurídica más probable para hacer frente a una determinada situación, o qué posibilita la superación de un *status* de inercia de las instituciones para que se puedan alcanzar resultados hasta entonces imprevisibles. Cree el profesor brasileño que con esta base teórica se puede trabajar más eficazmente el tema de la omisión legislativa y su declaración de inconstitucionalidad.

En la parte segunda de la obra, como antes se dijo, el autor se adentra en los aspectos orgánico-constitucionales. Parte de que la compleja imbricación entre el Derecho y la política, entre la tutela de los derechos y la democracia, que hoy se instala en el poder judicial pone en evidencia la crisis de una cierta visión del principio de división de poderes. En sintonía con ello, la «actuación política» del poder judicial no se justifica tan sólo por el control de constitucionalidad sobre la legislación; más allá de ello, se concibe como algo natural «la existencia de un espacio para la creación del Derecho por el magistrado». Quizá convendría precisar, que el control de constitucionalidad de la legislación por el poder judicial no presupone sin más, como pretende el autor, una actuación política del *judiciary*; si ello fuera así, más bien se estaría desnaturalizando ese rol del poder judicial; es justamente una actuación jurídica, la de salvaguardar la primacía de la Norma suprema la que da su razón de ser a tal control. Adicionalmente, el autor contrapone frente a la soberanía del legislador la realidad demostrada por la experiencia, que nos revela la imposibilidad de dejarle en todos los casos el cuidado del orden constitucional. En ese escenario, se justifica pensar en la búsqueda de alternativas institucionales que se ofrezcan como un contrapeso a la hegemonía parlamentaria en la creación del Derecho.

El fortalecimiento de la tutela de los derechos, se dice, tensa las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial, lo que no vemos que tenga ni mucho menos

que suceder de modo inexcusable, aunque es verdad que el autor esté condicionado por la historia constitucional brasileña, en la que el legislador, en determinados períodos históricos, ha sido ciertamente el que ha «ninguneado» los derechos contemplados por la Constitución. Dando un paso más en su *iter* discursivo, el autor considera que «la falta de normatividad adecuada puede verse como un atentado a la propia Constitución y, quizá, incluso como una violación de un derecho subjetivo del ciudadano». Es justamente por lo mismo, por lo que el principio de la tutela jurisdiccional efectiva conduce fácilmente a la expectativa de un *Judiciário* garante, *per se*, del gozo efectivo de los derechos, «supuestamente en detrimento de la democracia representativa». Aunque el autor reconoce que la función primaria de la jurisdicción no es promover la discusión política, ni dictar decisiones de tal especie, que encuentran su foro más adecuado en el Legislativo y en el Ejecutivo, admite que puede ser necesaria «essa intervenção política forte do Judiciário», por lo que ha de haber medios adecuados para censurar de modo general la actividad política, y de modo específico la actividad legislativa. Más adelante, y no obstante ser deudor el modelo de justicia constitucional brasileño del modelo norteamericano, lo que desde luego no entraña que ignoremos su enorme evolución, se postula una clara distinción entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, como también la diferenciación entre la función del Supremo Tribunal Federal, que para el autor es un auténtico Tribunal Constitucional, y la del *Poder Judiciário* en la tarea de asegurar la supremacía de la Constitución.

III. En la parte tercera y último del libro el autor se centra en el control de la omisión legislativa propiamente dicho, sistematizando su tratamiento en tres capítulos referentes, sucesivamente, a las lagunas del Derecho y a la omisión inconstitucional, al control de constitucional de las omisiones legislativas y al instituto que da título al libro, esto es, al *mandado de injunção*.

La omisión legislativa inconstitucional, según el profesor de São Paulo, surge en el contexto en que el juez, o la comunidad jurídica, entiende que para la decisión de un determinado caso el sistema jurídico, mediante argumentos deductivos, conduce a una determinada solución jurídica que se considera inadecuada a la vista de algunas normas y principios constitucionales, cuya lectura evidencia que la solución jurídica adecuada debería orientarse en sentido diverso, a la vista de una propiedad relevante no observada por el sistema normativo. A partir de aquí, el autor se embarca en el objetivo de identificar las formas de convivencia racional entre el proceso legislativo, el sistema de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas y la resolución de los conflictos sometidos al poder judicial, a través de una fórmula de solución que no comprometa la efectividad de los derechos ni el valor de la democracia.

Al abordar la naturaleza jurídica del *mandado de injunção*, el autor parte de la ruptura que supusieron las famosas sentencias de 25 de octubre de 2007, dictadas por el Supremo Tribunal Federal, interpretando que con ellas el Tribunal se mantiene fiel a su concepción original de ver en este instituto procesal constitucional más un elemento procesal para el ejercicio de la jurisdicción constitucional que un instrumento relacionado con la tutela de los derechos, algo que quedaría en un segundo plano. En fin, para el Prof. Lima Quintas, el *mandado de injunção* se presenta como un vehículo del control concreto de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Se admite en la obra que el control concreto de las omisiones legislativas inconstitucionales, viabilizado por el instituto que nos ocupa, constituye un desafío para la jurisdicción constitucional ante la preocupación de evitar comprometer los cauces ordinarios de la representación política en nombre de una supuesta tutela de los derechos sociales. Frente a ello, nuestro autor cree que, diferentemente a lo que ocurre con el activismo judicial practicado por la jurisdicción ordinaria, el *mandado de injunção* no constitu-

ye un riesgo intrínseco para la concepción tradicional del Estado democrático de Derecho. El instituto en cuestión, como antes se dijo, es visualizado como el vehículo para que el Supremo Tribunal Federal realice el control concreto de las omisiones legislativas mirando no sólo a la tutela judicial de los derechos, sino también, primariamente, al proceso deliberativo propio de la democracia representativa.

Hemos de reconocer que la posición sustentada por el autor es fruto de una construcción bien asentada, aunque en ella no dejen de observarse aspectos discutibles. En el discurso del Prof. Lima Quintas se observa una cierta proclividad a difuminar los respectivos roles que en un Estado de Derecho corresponden al legislativo y al judicial, incluso al legislativo y al órgano titular de la justicia constitucional, si es que, efectivamente, se comparte sin matiz alguno la tesis de que el Supremo Tribunal Federal es, sin más, un Tribunal Constitucional, algo que, a nuestro juicio, debería de ser objeto de ciertas matizaciones. Esto nos parece hartamente discutible, por cuanto en modo alguno puede perderse de vista que es el legislativo quien actualiza permanentemente la voluntad soberana del pueblo y quien goza de la legitimidad que le otorga su carácter de órgano representativo, algo que, se mire por donde se mire, nunca podrá predicarse del *judiciary*, y tampoco de un Tribunal Constitucional.

En cuanto al sugestivo, y a la par polémico, instituto del *mandado de injunção*, nos parece que es un ejemplo paradigmático de la preocupación que entre los constituyentes brasileños suscitó el problema, históricamente bien real, de las violaciones constitucionales generadas por la inercia de los poderes públicos, en especial del poder legislativo, en el ámbito de los derechos

constitucionales, y de su inquietud por proveer instrumentos procesales encaminados a hacer frente a tan peculiares quiebras de la constitucionalidad. Nos hallamos ante un mecanismo de fiscalización *in casu*, que se vincula indeleblemente con la protección de los derechos constitucionales. Y desde luego, a nuestro modo de ver, no nos hallamos ante una acción encaminada a desencadenar un proceso objetivo de control normativo de la constitucionalidad, sino que, por el contrario, estamos ante una acción que se contempla para la defensa del interés individual. La propia ubicación constitucional del instituto, en el art. 5º, en un inciso, el LXXI, que, bien significativamente, subsigue al que contempla el *mandado de segurança*, es enormemente significativa. En definitiva, a través del *mandado de injunção* el constituyente ofrece a cualquier persona que tenga un interés legítimo la posibilidad de que pueda buscar viabilizar el goce de sus derechos, instando al órgano judicial competente que proceda a integrar, o, si así se prefiere, a dar cumplimiento a la norma constitucional que declara o reconoce un derecho cuyo ejercicio se pretende viabilizar, viéndose afectado por la ausencia de una disposición que le asegure una aplicación plena. En resumen, a nuestro entender, nos hallamos ante un instituto procesal constitucional que, lejos de poder reconducirse al ámbito del control normativo, debe ubicarse en el ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad. Es ahí donde nos ofrece toda su virtualidad y donde presenta una muy relevante originalidad. Es obvio que no es ésta la posición sustentada en el libro, lo que, innecesario es decirlo, no presupone que no apreciemos la seriedad de su construcción, aunque discrepemos de algunas de sus apreciaciones y, desde luego, de la tesis que pretende demostrar.