

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE ANTROPOLOGÍA  
MAGÍSTER EN ANÁLISIS SISTÉMICO APLICADO A LA SOCIEDAD

**LA CONCEPCIÓN DE “JUSTICIA SOCIAL” SEGÚN LA PERSPECTIVA DE LA  
SUPREMA CORTE BRASILEÑA**

Una observación semántica y contextual del discurso de la suprema corte  
brasileña considerando el impacto de las diferencias socioeconómicas en el país.

Tesis presentada para  
obtener el grado de  
Magíster en Análisis  
Sistémico Aplicado a la  
Sociedad.

**Nombre del alumno:** Breno do Carmo Moreira Vieira  
**Nombre del Profesor Guía:** Hugo Cadenas

SANTIAGO, 06.12.2012

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco, primeramente, a todos los integrantes del MaSS, en especial a Pamela Jorquera, Cesar Mariñez y Cynthia Meersohn, quienes durante los años del Magíster me proporcionaron valiosos conocimientos y sobre todo amistad; a mi Profesor Guía, Hugo Cadenas, quien, aunque distante, siempre logró indicar el mejor camino para un estudio exitoso. Agradezco, también, a mi familia y a mi querida amiga Fernanda Tinoco, por todo el apoyo e incentivo durante el desarrollo del presente trabajo, así como a Francisco Ramos y Uirá Gomes, por su fundamental contribución a esta Tesis. Por último, mi gran agradecimiento a Guilherme Brandão, cuyo compañerismo representa un sinónimo literal de amistad verdadera, sincera y genuina.

## **RESUMEN**

Desde el inicio de la reflexión filosófica sobre el Derecho, esta enfrenta problemas relacionados con su autonomía como ciencia pura, o como una rama de las ciencias sociales. La preocupación por la demarcación científica –muy visible desde la segunda mitad del siglo XX– marcó una importante etapa en el desarrollo de la epistemología, la cual propició diferentes maneras y perspectivas de aproximación al conocimiento teórico de la vida en sociedad. Entre los principales exponentes de la filosofía de la ciencia está el sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien logró expandir los supuestos de la teoría de sistemas hacia las áreas más diversas de las ciencias sociales. La Teoría de Luhmann ganó aceptación en el medio académico, en parte por propiciar una forma lógica y sistémica de encarar el conocimiento, y en parte por su considerable aplicación práctica, por fundamentar políticas públicas, en especial en el campo de intervención social. Sin duda, el derecho fue uno de los asuntos que más preocupó a Luhmann en virtud de su evidente importancia para la sociedad. La presente tesis busca presentar inicialmente el contexto histórico de la epistemología sistémica y, seguida continuación, los fundamentos que componen la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann sobre el derecho y su concepción de la justicia. Sobre la base de dicha propuesta teórica, se buscará, finalmente, observar la concepción del concepto de ‘justicia social’ según la suprema corte brasileña, considerando el impacto de las diferencias socioeconómicas en el país.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho, Justicia, Sistemas Sociales, Epistemología, Suprema Corte

## ÍNDICE

<b>1. Introducción</b>	7
<b>2. Problemas de investigación</b>	
2.1. Pregunta de investigación	11
2.2. La “justicia social” como fundamento decisivo axiológico	11
2.3. El obstáculo del lenguaje jurídico en las sentencias de la suprema corte	12
2.4. Dificultad conceptual en utilizar la “justicia social” como marco decisivo	12
<b>3. Objetivos</b>	
3.1. Identificar los elementos semánticos utilizados por los jueces de la suprema corte, para fundamentar la utilización de la “justicia social” como argumento decisivo	13
3.2. Describir los casos prácticos y circunstancias que originaron los procesos sometidos a la suprema corte, en que se sentenciaron sobre el argumento de la “justicia social”	14
3.3. Observar la composición técnica en la fundamentación de las sentencias de la suprema corte, de modo a buscar la relación entre el derecho positivo (constitucional) y la aplicación del criterio de “justicia social” como factor decisivo	14
<b>4. Metodología</b>	
4.1. El tipo de investigación y estrategia metodológica	14
4.2. Técnicas de recolección de datos	15
<b>5. Antecedentes de la investigación</b>	
5.1. Breve exposición del escenario socioeconómico brasileño contemporáneo	17
5.2. Organización judicial brasileña y la suprema corte	20
a. Estructura organizacional del judiciary brasileño pos-1988, requisitos formales para ingreso a la suprema corte y disposiciones constitucionales sobre la organización judicial	20
5.3. Problematización sobre la epistemología de las ciencias sociales	26
a. Conceptos básicos sobre la epistemología jurídica	31
5.4. Fundamentos luhmannianos sobre el derecho	37
a. Complejidad y contingencia en la constitución del derecho como subsistema social	37
b. El derecho como estructura de expectativas	40

c. El derecho positivo: código y programación.....	48
d. Comportamiento, sanciones y legitimación del Estado.....	52
5.5. Fundamentos luhmmanianos para el concepto de justicia.....	55
a. La justicia dentro de la estructura sistémica - una fórmula de contingencia.....	56
b. La importancia de la consistencia en las decisiones y el papel de la argumentación jurídica - La función del juez en la aplicación del derecho y el proceso de decisión como “ <i>draw a distinction</i> ”.....	62
5.6. La “justicia social” dentro del ordenamiento jurídico brasileño.....	67
5.7. La “justicia social” en la doctrina jurídica brasileña.....	69
5.8. El rol de la jurisprudencia en la teoría de sistemas sociales.....	74
<b>6. Los mecanismos formales de participación social en el ámbito de la suprema corte brasileña</b>	
6.1. Las principales formas de acceso a la suprema corte.....	80
a. Ação Direta de Constitucionalidade – ADIN.....	83
b. Recurso Extraordinário.....	86
c. Audiência Pública.....	88
d. La figura del <i>Amicus Curiae</i> .....	90
e. Demás estadísticas relevantes - segregación por materia de derecho.....	92
6.2. Composición actual del Supremo Tribunal Federal.....	93
<b>7. Análisis jurisprudencial - estudio de casos</b>	
7.1. Muestra jurisprudencial 01.....	99
7.2. Muestra jurisprudencial 02.....	101
7.3. Muestra jurisprudencial 03.....	103
7.4. Puntos de convergencia.....	107
<b>8. Conclusión.....</b>	<b>110</b>
<b>9. Bibliografía.....</b>	<b>117</b>
<b>10. Anexos.....</b>	<b>118</b>

## INDICE DE CUADROS Y TABLAS

<b>Cuadro 01:</b> Organización del Poder judicial brasileiro desde la Constitución de 1988.....	24
<b>Cuadro 02:</b> Imagen de la suprema corte brasileña.....	25
<b>Cuadro 03:</b> Estadísticas de procesos ingresados en la suprema corte.....	82
<b>Cuadro 04:</b> Porcentaje de procedencias en las decisiones en ADIn`s.....	86
<b>Cuadro 05:</b> Estadísticas de protocolo y distribución de procesos.....	88
<b>Cuadro 06:</b> Porcentaje de procesos por ramificación del Derecho brasileiro.....	97

## 1. INTRODUCCIÓN

Primeramente, conviene aclarar que la presente tesis se ubica en el campo de la sociología del derecho, aplicada de manera específica al derecho brasileño. De este modo, los antecedentes de investigación representan un abordaje a las teorías desarrolladas –en especial– por los exponentes académicos en la filosofía, sociología y antropología. Adicionalmente se considera el escenario social y jurídico brasileño, con el objetivo de observar la concepción de ‘justicia social’ según la jurisprudencia emanada de la propia suprema corte brasileña.

El orden social y económico contemporáneo establecido sobre la democracia garantiza una pluralidad de formas culturales y de expresión, que naturalmente impregnan la vida cotidiana de las personas con incontables elementos subjetivos diferentes, en cada región geográfica y en cada colectivo de personas. Comprender y respetar la diversidad cultural se convierte no solo en un deber social (y sobre todo una señal de consideración hacia el prójimo), sino también constituye una necesidad para asegurar la unidad estatal y el sentimiento de unidad nacional. Sobre esta perspectiva, el poder público tiene el deber de asegurar que toda esa diversidad cultural y libertad de expresión sea garantizada, de modo que configure la práctica de la democracia (Constitución Federal, art. 1º).

Para que se alcanzase la actual etapa de las presentes constituciones democráticas, especialmente en los países latinoamericanos, se dio un largo proceso de evolución histórica, el cual siguió la tendencia europea del siglo XX. En lo fundamental este proceso se encargó de que figurara expresamente en la Carta Magna una amplia gama de ‘derechos fundamentales’, constituidos en elementos tales como equidad, libertad de expresión y religión, y también de definir obligaciones del Estado frente a la sociedad, como por ejemplo la asistencia cualitativa en salud, educación, seguridad, entre otras.

Dentro de un breve abordaje histórico, a efectos de aportar algunos antecedentes históricos jurídicos, vale la pena considerar el proceso de la Revolución Industrial (que antecedió las dos guerras mundiales). En dicha época la situación precaria y degradante de los trabajadores poco a poco lograba conquistar la atención del legislador (que se vio muchas veces compelido a aprobar medidas en consecuencia de la gran presión popular) en demandas para garantizar derechos básicos, tales como el límite diario de la jornada y el salario mínimo. De esta manera, desde el punto de vista social, el derecho obrero marcó grandes conquistas que tuvieron consecuencias también en otras ramas jurídicas, principalmente en el derecho constitucional. Sin embargo, este tránsito hacia un abordaje más social del Derecho se aceleró marcadamente después de que la humanidad sufrió los horrores de la segunda guerra mundial, tras la cual el derecho constitucional asumió mayores preocupaciones en el ámbito social (culminando en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948).

Algo similar sucedió con la epistemología y las ciencias sociales en este proceso. En el periodo de la posguerra surgió una gran preocupación por buscar soluciones pragmáticas para los problemas enfrentados por gran parte de la población y también una motivación para mejorar el mundo, valorizando el intercambio cultural y las diferencias entre los pueblos. La producción científica, obviamente, obtuvo los beneficios de este nuevo pluralismo, lo que se plasmó especialmente en que en EEUU y en Europa las ciencias sociales tuvieron un gran desarrollo. En el ámbito de la epistemología, por su parte, las principales escuelas (Princeton, London School of Economics, Berkeley, Viena, Frankfurt, entre otras) demostraban una preocupación por la demarcación científica y los aspectos lógicos del lenguaje (Bunnin y James, 2007: 40). Paralelamente, en una profundización de los estudios sobre la comunicación, sus medios y las relaciones sociales, Niklas Luhmann presentó su perspectiva sistémica, en la cual la demarcación científica se observa de manera diferente, prestando menos atención a los problemas lógicos del lenguaje y preocupándose más bien con la observación de los fenómenos sociales.

En lo que concierne a Latinoamérica, en el escenario pos Segunda Guerra, la comunidad científica no presentaba aún un grado de desarrollo similar al de los países de Europa y de EEUU; las universidades no disponían de grandes aportes financieros, y para los gobiernos de la región no representaba una prioridad el garantizar una producción científica de calidad (Bunnin y James, 2007: 56). En los años siguientes, debido a la polarización política en la época de la Guerra Fría, se instalaron regímenes dictatoriales en gran parte de los países latinoamericanos. En dichos regímenes hubo una ruptura de las garantías y derechos fundamentales, la cual causó también gran impacto en la comunidad científica, que observaba vigilante al gobierno y se preocupaba en gran medida en cómo expresar sus propias opiniones. Por su parte, la estructura estatal (incluyendo el poder judicial) estaba dirigida a cumplir las determinaciones de los gobernantes. Hacia fines del siglo XX, estos regímenes perdieron fuerza y el estado democrático de derecho se instauró en la mayoría de los países latinoamericanos, lo cual trajo consigo diversas reformas en el ámbito político, económico y educativo.

Luego de la ruptura con estos regímenes de represión, las sociedades civiles de estos países pudieron ejercer libertades básicas (las que necesariamente deberían encontrar límite en la ley y en el respeto al prójimo), naturalmente esto trajo consigo un aumento del flujo de información, acentuado por el surgimiento de nuevos medios de comunicación. La producción científica e intelectual, aunque atrasada y con poco aporte financiero, encontró un escenario más favorable para su desarrollo. En consecuencia, el poder público necesariamente tuvo que adaptarse a esa nueva etapa de la sociedad, que, económica e intelectualmente más avanzada, se preocupaba por asuntos como la



reducción de la violencia por medio de políticas asistenciales, la mejor distribución de la renta, la protección a la propiedad privada, la garantía de los derechos fundamentales, entre otros elementos claves que pasaron a componer aspectos fundamentales de la sociedad contemporánea.

A pesar de reconocer el hiato histórico de represión vivido en Latinoamérica hasta la década de 80, la presente tesis tendrá su foco en los fenómenos sociales ocurridos en la época posdictadura, la que representa actualmente la situación de la mayor parte de los países de la región.

Con la finalidad de explorar el reflejo de los cambios sociales ocurridos en el poder judicial brasileño a partir de su democratización, hemos escogido el tema de la 'justicia social', investigando su concepción según la suprema corte brasileña. La investigación empieza por realizar un abordaje desde la sociología del derecho y de la epistemología jurídica, con el propósito de garantizar una explicación más completa sobre las bases teóricas del objeto de estudio; los antecedentes de investigación permiten una problematización de la epistemología de las ciencias sociales, así como una exploración de la perspectiva luhmanniana sobre el derecho y la sociología jurídica; a continuación se abordan temas que exponen de manera sucinta el escenario socioeconómico brasileño y explican la organización institucional del poder judicial brasileño.

A continuación, partiendo del tema de la justicia social, se intenta –en un sentido cibernético– observar las observaciones de la suprema corte respecto de casos especiales que son sometidos a decisiones y que son sentenciados con fundamento en el argumento de la 'justicia social'. Estas observaciones corresponden a los jueces (denominados Ministros), los cuales poseen la particularidad de pertenecer a un estrato socioeconómico considerablemente distinto de la mayor parte del pueblo brasileño. Es sobre este panorama social antagónico que se relacionan los elementos de orden teórico y de la praxis (representada por la jurisprudencia, producto final de la operación judicial, oriunda de la interpretación de los jueces). Para observar tal relación, se utilizará en particular la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann, tratando de profundizar en las investigaciones sobre relaciones sociales y la participación del derecho como un subsistema de la sociedad.

La Constitución brasileña de 1988 es considerada como la "carta democrática" por contener expresamente una amplia gama de derechos y garantías fundamentales relacionadas con el ciudadano, así como también por disponer sobre obligaciones del Estado frente la sociedad. En el propio texto constitucional constan principios, objetivos y fundamentos que deben orientar la vida pública y la operación judicial; entre estos principios, hay aquellos que se refieren estrictamente al modo cómo el juez debe interpretar la ley y fundamentar sus sentencias, aunque no haya ninguna disposición en el derecho positivo. Naturalmente, esto permite un acceso universal a las prestaciones del poder

judicial. De este modo, a ningún magistrado le es concedida la facultad de no juzgar un caso que se le ha presentado, arguyendo simplemente como motivo que la solución pretendida no está positivada en la ley nacional. Por este motivo, la justicia social opera como uno de los principios guías tanto para suplir la omisión de contenido sustantivo y principios interpretativos en los códigos, así como para orientar al juez a fundamentar su sentencia, adecuándola al caso concreto.

Sin embargo, el concepto de 'justicia social' posee una raíz semántica demasiado grande, de modo que su interpretación cuando no se extrae de la doctrina, se atiene al sentido común (utilizado como una especie de consenso semántico-dogmático conceptual dentro de la sentencia). Dicho concepto se utiliza mucho, pero poco se profundiza en su desarrollo. Un aspecto que no puede ser descartado y sobre el cual hemos hecho mención anteriormente es la diferenciación de la perspectiva de la 'justicia social', considerando la diferencia socioeconómica existente entre los jueces y la sociedad común; de este modo la aceptación/comprensión pública de una sentencia –cuyo lenguaje ya es característicamente complejo– fundada en un principio amplio y axiológico supone un gran desafío, en especial cuando se considera que el juez pertenece a un segmento social estrictamente de élite. Además, el concepto de la 'justicia social' está erigido sobre circunstancias particulares restringidas a cada caso en específico, del cual difícilmente es posible generalizar –a lo sumo establecer claridad– una jurisprudencia unívoca a su concepto.

En efecto, en base a estos antecedentes históricos previamente discutidos es que se presenta el contexto para formular el objetivo general, el cual consiste en observar la adecuación semántica del término 'justicia social' en las sentencias de la suprema corte brasileña, posconstitución de 1988. Como marco temporal, la investigación se delimita a las sentencias dictadas posteriores al 2003; esto debido a que el inicio del siglo XXI representó una ruptura importante con los gobiernos tradicionalmente instaurados en Brasil, de modo que se permitió una perspectiva diferente para encarar problemas históricos presentes en el país, como la miseria y la desigualdad.

Por interferencias políticas, por falta de interés o debido al exceso de procesos, diversos casos de relevancia nacional dejan de ser juzgados; otros, cuando empiezan, son postergados. Sin embargo, la suprema corte, en los últimos años, juzgó asuntos de gran impacto social, tales como la unión civil homosexual, las condiciones de asilo político, leyes penales, entre otros casos, de manera que dada la repercusión en los medios de comunicación de masas, acaba por mostrarle a la sociedad brasileña la importancia de la suprema corte en el día a día. Es sobre este escenario que se hace importante estudiar los discursos de la corte suprema y la percepción de los ministros frente al pueblo y su capacidad de comprensión sobre este en el marco de un discurso esencialmente técnico, oriundo de un estrato social dominante en diversas formas.

La adecuación del discurso jurídico es algo que gana espacio en el derecho brasileño, mientras algunas universidades y centros de enseñanza diseminan una postura más *accesible* al poder judicial en el uso del lenguaje jurídico, puesto que esto representa un obstáculo muy grande tanto para la población más pobre, como para aquellos sin una educación completa. En el derecho brasileño hay además un movimiento creciente a favor de reducir el formalismo extremo en el acceso al poder judicial, con el objetivo de aproximar este poder a las necesidades del pueblo y de asegurar la percepción de protección sobre sus ciudadanos. Desafortunadamente esas prácticas aún son tímidas, principalmente en el ámbito de la suprema corte, lo que generalmente se replica en los demás tribunales.

Toda esta problemática antes señalada encontrará fundamento y base para la investigación en la epistemología posemipirista, la sociología (con especial énfasis en Niklas Luhmann) y la antropología, para adecuar la observación del objeto de estudio a fundamentos teóricos actuales, complejos y ampliamente utilizados en el ámbito académico. La investigación pragmática, a su vez, analizará la observación del discurso de los jueces, por medio del análisis de la jurisprudencia de la suprema corte brasileña, en aquellos casos en los cuales el argumento “justicia social” sirvió como fundamento decisivo de la medida establecida en la sentencia dictada.

## **2. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN**

### **2.1. Pregunta de investigación**

Para desarrollar el estudio planteado, es apropiado proponer como pregunta de investigación la siguiente:

*¿Existen semánticas convergentes o consensuales en aquellas decisiones judiciales que emplean el concepto de ‘justicia social’; y serían estas semánticas suficientes para satisfacer las expectativas de los interlocutores relevantes del sistema jurídico?*

### **2.2. La ‘justicia social’ como fundamento decisivo axiológico**

La búsqueda de una identidad consensual respecto al término justicia social representa el primer problema de investigación admitido por la tesis. Aunque expresamente previsto en la ley brasileña, su definición no figura en ningún texto legal, correspondiéndole al jurista la interpretación de su amplitud y de su uso.

Después de explorado el campo teórico/doctrinario, la tesis seguirá la investigación por medio de estudios de casos concretos, que se refieren a la selección de jurisprudencias y la identificación de los elementos argumentativos

referentes a 'justicia social'. Sobre esta base muestral se intentará apuntar casos en que el argumento de la justicia social figuró como punto definitivo en la fundamentación y en el convencimiento del juez, para legitimar su sentencia frente a las expectativas asumidas por la sociedad.

Al respecto, es posible formular la *hipótesis* de la tesis de la siguiente forma:

*Para la suprema corte brasileña, el concepto de 'justicia social' es algo circunstancial y ausente de consenso sobre su definición, la cual cambia según cada juez y proceso; simultáneamente, los argumentos semánticos son además complejos para una comprensión satisfactoria por parte de la población común brasileña, no logrando atender las expectativas sobre una actuación satisfactoria del judiciario.*

### **2.3. El obstáculo del lenguaje jurídico en las sentencias de la suprema corte**

El lenguaje jurídico en Brasil es notablemente un elemento de exclusión social y de descrédito del Poder Judicial. La complejidad de los términos específicos, tal como la falta de interés del juez en sentenciar su caso de forma menos rebuscada, implica una dificultad histórica de acceso al Poder Judicial y también maximiza el ya existente sentimiento de impunidad en lo que se refiere a la expectativa social. Por medio del lenguaje, el juez se pone aún más distante de la sociedad, que someterá casos para análisis y aguardará una decisión según su estructura de expectativas; el tercero no interesado queda aislado del propio pueblo que lo legitima para tomar decisiones.

Es sobre esta base que se analizará la identificación de elementos lingüísticos particulares en la dialéctica jurídica, apuntando estructuras semánticas propias del diálogo jurídico, y observando la complejidad de las relaciones comunicativas. En esta etapa, se buscará una relación de la semántica jurídica con la necesidad de reducción de complejidad y elección de contingencias dentro del caso concreto.

### **2.4. Dificultad conceptual en utilizar la 'justicia social' como marco decisivo**

Continuando con los dos tópicos anteriores, la tesis observa la dificultad conceptual enfrentada por los jueces de la suprema corte en utilizar el argumento de la 'justicia social' como un marco definitivo propio. En otras palabras, se busca observar la carga teórica sobre el concepto de 'justicia social' al justificar la decisión dictada. En esta etapa la jurisprudencia demostrará su particularidad circunstancial para hacer una comparación de casos en que se utilizó el concepto de 'justicia social' como marco decisivo.

Analizando los tres problemas sugeridos, la tesis busca observar las observaciones de la suprema corte respecto de una transposición de un concepto marcadamente abstracto a una aplicación pragmática. Concepto este que es de gran relevancia popular y que resguarda un amplio potencial de expectativas sociales.

### 3. OBJETIVOS

Conforme a lo señalado anteriormente y a los antecedentes históricos presentados, la tesis se propone observar la concepción de 'justicia social' desde la perspectiva de la suprema corte brasileña. El problema de investigación pone de manifiesto una relación conflictiva. Por un lado la investigación se dedica a observar los discursos y observaciones de los jueces respecto de asuntos de amplia repercusión social, pero también tiene en cuenta como telón de fondo que estos ministros pertenecen tanto a una clase social dominante de la sociedad brasileña como a un grupo políticamente bastante poderoso. En otras palabras, se observa el discurso utilizado por los Ministros (un grupo política, económica e intelectualmente selecto) frente a otros grupos en la sociedad brasileña, marcadamente más pobres y sin acceso a educación de calidad. El **objetivo general** consiste, pues, en *analizar la semántica de la 'justicia social' en las sentencias de la suprema corte brasileña, posconstitución de 1988 y su relación con las expectativas de sus interlocutores relevantes*. Tal investigación tiene su delimitación en las sentencias dictadas posteriores al 2003; ello porque el inicio del Siglo XXI representó una ruptura con los gobiernos de derecha, consolidándose aún más el orden democrático y permitiendo una perspectiva diferente de encarar problemas históricos presentes en el país, como la miseria y la desigualdad. A partir del referido marco temporal hasta la presente fecha es posible consolidar una base de investigación más amplia de sentencias relacionadas con el tema de la 'justicia social', que al mismo tiempo permiten una comprensión más actual de la tendencia de la suprema corte acerca del tema planteado.

Considerando la complejidad semántica de los elementos que componen las sentencias, así como el vasto campo teórico abordado para el desarrollo de los elementos intrínsecos al objeto de estudio, la tesis presenta cuatro objetivos específicos:

**3.1. Identificar los elementos semánticos utilizados por los jueces de la suprema corte, para fundamentar la utilización de la 'justicia social' como argumento decisivo** - Se intenta observar la relevancia del argumento 'justicia social' en la fundamentación de las sentencias, buscando elementos de convergencia entre la jurisprudencia. Se observa además la complejidad de aquellos elementos frente a la diferencia socioeconómica entre los jueces y la

población común. Con este objetivo buscamos responder a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los argumentos utilizados para sostener la aplicación del concepto de la 'justicia social'?

**3.2. Describir los casos prácticos y circunstancias que originaron los procesos sometidos a la suprema corte, en que se sentenciaron sobre el argumento de la 'justicia social'** - Con este objetivo intentamos identificar los elementos factuales que originaron las acciones judiciales, tales como la convergencia entre las demandas sociales (situaciones pragmáticas experimentadas por la sociedad) y la solución jurídica de la suprema corte para el conflicto en cuestión. Vale aclarar que el ordenamiento jurídico brasileño dispone de la 'justicia social' de manera subsidiaria, más como un principio orientador en caso de ausencia de dispositivos legales y, sobre todo, un importante argumento de fundamentación de la sentencia. Con este objetivo se busca responder a la siguiente pregunta: *¿Existe alguna similitud fáctica entre los casos prácticos decididos por la suprema corte sobre el argumento de la 'justicia social'?*

**3.3. Observar la composición técnica en la fundamentación de las sentencias de la suprema corte, con el propósito de buscar la relación entre el derecho positivo (constitucional) y la aplicación del criterio de 'justicia social' como factor decisivo** - Se hace necesario establecer un eje de contingencia entre la situación pragmática que busca amparo jurídico y la amplitud social del embate entre las partes litigantes; se espera además apuntar los trazos comunes en la semántica desarrollada por la suprema corte (observar las observaciones del STF sobre el tema 'justicia social'). Este objetivo tendrá como base el marco teórico de la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann, la cual profundiza el estudio sobre la participación de los elementos comunicativos en las relaciones sociales. Con este objetivo buscamos responder a la siguiente pregunta: *¿Cuáles son los argumentos técnicos que los jueces utilizaron para sostener la aplicación del Art. 170 CF?*

## **4. METODOLOGIA**

### **4.1. Tipo de investigación y estrategia metodológica**

En virtud de la aproximación esencialmente doctrinaria y la correlación con los elementos concretos expresados en las sentencias judiciales, es posible señalar una dualidad metodológica para la tesis: a la vez exploratoria y descriptiva. Lo primero porque la tesis demanda un elaborado estudio sobre los campos de la sociología, antropología, epistemología, lingüística y sociología del derecho, lo que implica una amplitud exploratoria; lo segundo, en virtud de la profundidad de las

lecturas y profundidad de los elementos abordados durante el desarrollo de la parte teórica, y la posterior referencia a las sentencias dictadas por la Corte Suprema, se trata de una investigación de carácter descriptivo a nivel de la recolección de la información.

A continuación, para el abordaje del tema, la estrategia más coherente con la tesis sería la *Cualitativa*; eso se justifica dado al enfoque predominantemente doctrinario de la investigación desarrollada. La extensa bibliografía, tal como la necesidad de un profundo aporte teórico, asegura que la estrategia metodológica más adecuada sea la Cualitativa, pues busca un análisis detallado de los elementos semánticos, circunstanciales y sociales que oponen a los interlocutores de las sentencias: los jueces y el ciudadano. En este sentido, señala Miguel Valles (1997: 152) con respecto a la aproximación metodológica cualitativa:

La aproximación a la metodología cualitativa suele hacerse después de haber recibido una formación, más o menos sólida, en la metodología cuantitativa. Aquí se supondrá que el lector ya tiene una base acerca de la organización de la investigación social, enfocada desde la óptica cuantitativa; saber distinguir entre los conceptos de proyecto y diseño; y conoce la relación que guardan estos términos clave con los de estrategias metodológicas y técnicas.

Además, el amplio universo de la muestra referente al tópico ‘justicia social’ en el acervo jurisprudencial de la Corte Suprema asegura un aporte casi doctrinario sobre las decisiones, cuyos contenidos pueden ser estudiados de manera comparativa frente a otros juzgados, tal como frente a recursos esencialmente teóricos. Ello porque asuntos bastante polémicos muchas veces no son juzgados debido al escenario de estabilidad política, y existen pocos casos – aunque relevantes– que fueron decididos sobre el fundamento de la “justicia social”, en que los jueces se esforzaron por adoptar un discurso complejo y extenso para legitimar su uso.

#### **4.2. Técnicas de recolección de datos**

Conforme a lo planteado en los tópicos anteriores, la tesis propuesta se basa de forma predominante en el análisis documental, es decir en la revisión de importantes teorías de las ciencias sociales, derecho y epistemología, de modo que su universo de muestra, de inicio, se restringe a la producción científica disponible en el campo de la sociología, derecho y epistemología, a fin de establecer el marco teórico de forma clara y objetiva. En seguida, el desarrollo del estudio implica una búsqueda de sentencias de la suprema corte brasileña basadas en el fundamento de la ‘justicia social’, lo que implica seleccionar

limitados casos, demarcados por un espacio temporal (posteriores al 2003) y por temas especiales, dentro de un universo considerablemente amplio de jurisprudencia (por medio de la herramienta presente en el sitio de internet oficial de la suprema corte, en donde se encuentra toda la jurisprudencia del tribunal). En resumen, el análisis documental y el análisis de jurisprudencia sirven para recolectar los datos, los cuales son analizados por medio del análisis de contenido de documentos y archivos, los que apuntan a asuntos centrales como lenguaje, demarcación científica, argumentación y función social del derecho.

Para aclarar la elección y selección de los juzgados, la delimitación de las sentencias obedece fundamentalmente a los siguientes criterios:

- a.** La publicación de la sentencia debe ser posterior a 2003;
- b.** Abordar temas relacionados con economía, bienestar social y seguridad;
- c.** Establecer un universo muestral de 3 decisiones, de ser posible;
- d.** Garantizar prioridad a las sentencias fundamentadas sobre doctrina de sociología, antropología y filosofía del derecho, y que se basaron en datos cuantitativos para el análisis de los temas indicados en la letra “b”;

Conviene destacar que, dada la amplitud de lecturas que el tema demanda y la complejidad de la literatura sobre el tema, es necesario organizar la producción de datos, y construir una estrategia de análisis. La referida estrategia consiste primeramente en seleccionar la literatura primaria en el campo de las ciencias sociales, epistemología y derecho, seguido de los registros de lectura. En seguida, se procede a una relectura de los registros, para identificar la necesidad de suplir las explicaciones en base a literaturas secundarias (*ad hoc*). La tercera etapa representa la selección de sentencias que disponen de los argumentos que se refieren a la ‘justicia social’ antes señalados; tal selección es viable gracias al sitio de la suprema corte brasileña en internet, que permite una amplia consulta de la jurisprudencia, utilizando diversas combinaciones de elementos semánticos. En seguida, es necesario compilar los estudios doctrinarios frente al análisis pragmático de las sentencias para formular la estructura principal del texto. La quinta etapa consiste en verificar la coherencia argumentativa y consistencia textual del estudio desarrollado, para que en la última etapa, la revisión permita eliminar errores e inconsistencias, tales como agregar detalles que puedan enriquecer la explicación de la tesis.

Debemos reforzar que el análisis e interpretación de los datos proceden con la finalidad de permitir un abordaje crítico y constructivista del tema. Este modo de análisis puede ser muy bien explicado en las palabras de Egon y Yvona (2000: 136):



Teoría crítica y constructivismo. En estos dos paradigmas los valores tienen su lugar; se les considera como ineluctables en la formación (o creación, en el caso del constructivismo) de los resultados de las investigaciones. Además, aun si fuera posible, no se considera tolerable la exclusión de los valores. Excluirlos sería adverso para el público sin poder o 'en riesgo', cuyas construcciones originales (*emic*) merecen la misma consideración que las de otros públicos más poderosos y las del investigador (*etic*). El constructivismo, que considera al investigador como facilitador del proceso de investigación, tiende a hacer un mayor énfasis en este punto que la teoría crítica, que suele colocar al investigador en un papel más autoritario.

Por supuesto, la aproximación al presente tema se muestra adecuada a este tipo de análisis dada la necesidad de una percepción amplia de las ciencias, de los elementos axiológicos, del público científico y de las relaciones sistémicas. Este tipo de aproximación ofrece una mejor capacidad de análisis al identificar los puntos frágiles de cada teoría, buscando construir una nueva argumentación lógica en el estudio de paradigmas en el campo social. En resumen, la producción de información es de carácter substancialmente bibliográfico, y el tipo de estudio exploratorio, aunando diversos elementos desarrollados en el campo de la epistemología y de las ciencias sociales. Como efecto paralelo, la recopilación de datos permite un enfoque más didáctico y una aproximación más interdisciplinaria a sus resultados.

## **5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION**

### **5.1. Breve exposición del escenario socioeconómico brasileño contemporáneo**

Brasil es un país con un carácter notablemente continental, en el cual cada una de sus regiones presenta características sociales y económicas bien distintas. El norte y el nordeste figuran tradicionalmente como regiones más pobres, en las cuales se encuentra una gran concentración de la riqueza en poder de unas pocas familias; el servicio público es precario y de carácter meramente asistencialista. El centro-oeste del país, por otro lado, configura una importante área agropecuaria, donde, al igual que en el norte y nordeste, hay una evidente concentración de la riqueza, y las políticas públicas son igualmente deficientes. En las regiones del sur y el sureste se ubican los grandes polos industriales, los que representan casi que

70% del PIB nacional<sup>1</sup>, y como tales reciben un gran número de inmigrantes de las otras regiones; la asistencia del gobierno, por su parte, es más fuerte que en otras regiones (aunque deficiente frente la creciente demanda popular). En total, la República Federativa Brasileña, posee 27 regiones (o 'Estados'), cada uno con su estructura de gobierno y justicia, que si bien están subordinados indirectamente al Poder Federal, tienen autonomía para determinados asuntos, conforme a lo previsto en la constitución.

La constitución vigente fue promulgada en 1988, y es conocida como la *carta democrática* o *carta social*, debido a su amplio abordaje de derechos y garantías conferidas al pueblo, de manera muy diferente de las dos constituciones anteriores promulgadas durante el gobierno militar. Tal hecho se extrae del propio texto inicial de la *carta social*<sup>2</sup>:

#### Preámbulo

Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución:

Art. 1º. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

- I. la soberanía;
- II. la ciudadanía;
- III. la dignidad de la persona humana;
- IV. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;
- V. el pluralismo político.

---

<sup>1</sup>Fuente: [http://www.ibge.gov.br/home/mapa\\_site/mapa\\_site.php#economia](http://www.ibge.gov.br/home/mapa_site/mapa_site.php#economia), en 06.02.2012

<sup>2</sup> Todo el texto constitucional en la tesis fue retirado de la traducción de la Constitución Brasileña hecha por la Georgetown University, disponible en el sitio web indicado por la propia Suprema Corte Brasileña en el hyperlink: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaGuiaDC&pagina=constituicaobrasileiraoutrosidiomas>

Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución.

Art. 2°. Son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Art. 3°. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil:

- I. construir una sociedad libre, justa y solidaria;
- II. garantizar el desarrollo nacional;
- III. erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales;
- IV. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación.

Art. 4°. La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

- I. independencia nacional;
- II. prevalencia de los derechos humanos;
- III. autodeterminación de los pueblos;
- IV. no intervención;
- V. igualdad de los Estados;
- VI. defensa de la paz;
- VII. solución pacífica de los conflictos;
- VIII. repudio del terrorismo y del racismo;
- IX. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad;
- X. concesión de asilo político.

Párrafo único: La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

La estructura del poder judicial, a su vez, está formada por tres instancias: el juez de primer grado, el tribunal de justicia (corte de recursos), y el tribunal superior de justicia (corte de recursos nacional); la suprema corte, por su parte, se ocupa solamente de los asuntos constitucionales que puedan surgir en cualquiera de estas tres instancias. La composición de la suprema corte es de once jueces (denominados Ministros), seleccionados por el Presidente de la República de entre

ciudadanos de notable conocimiento jurídico y reputación intachable. Para que la suprema corte juzgue un determinado proceso, este debe cumplir con dos requisitos formales: a. pertinencia temática (referente al tema de derecho constitucional) y b. relevancia social.

## **5.2. Organización judicial brasileña y la suprema corte**

### *a. Estructura organizacional del poder judicial brasileño post 1988, requisitos formales para el ingreso a la suprema corte y disposiciones constitucionales sobre la organización judicial*

El poder judicial o judiciario brasileño está compuesto por diferentes tipos de jurisdicciones, cada una referente a un campo específico de actuación, todos previstos en el capítulo III de la Constitución, Artículos 92 al 125. Primeramente, es preciso explicar que existen tres instancias, que se dividen por el grado jerárquico y consecuente análisis de recursos. Otro aspecto importante es la división entre la *justicia federal* y la *justicia estatal*, cada cual con su lista de atribuciones debidamente prevista en la Constitución Federal. La suprema corte, a su vez, no pertenece a ninguna esfera, aunque todos los demás tribunales están obligados a seguir sus sentencias dado su carácter vinculante. El supremo tribunal consiste en la instancia jerárquica máxima en el judiciario brasileño y es responsable por estructurar la carrera de magistratura. Con el objetivo de enriquecer este estudio, se hace necesario transcribir algunos de los principales dispositivos de la constitución que guardan relación con la organización del judiciario y que proporcionarán una mejor comprensión de los mecanismos estatales:

Art. 92. Son órganos del Poder Judicial:

- I. el Supremo Tribunal Federal;
- II. el Superior Tribunal de Justicia;
- III. los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales;
- IV. los Tribunales y Jueces del Trabajo;
- V. los Tribunales y Jueces Electorales;
- VI. los Tribunales y Jueces Militares;
- VII. los Tribunales y Jueces de los Estados, del Distrito Federal y Territorios.

§1º. El Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia y los Tribunales Superiores tienen sede en la Capital Federal.

§2º. El Supremo Tribunal Federal y los Tribunales Superiores tienen jurisdicción sobre todo el territorio nacional.

Art. 93. Una ley complementaria, de iniciativa del Supremo Tribunal Federal, regulará el Estatuto de la Magistratura, observando los siguientes principios:

- I. el ingreso en la carrera, cuyo cargo inicial será el de Juez sustituto, a través de concurso público de pruebas y títulos, con la participación de la Orden de los Abogados de Brasil en todas sus fases, atendiéndose, en las nominaciones, al orden de clasificación;
- II. promoción de grado a grado, alternativamente, por antigüedad y mérito, obedeciendo las siguientes normas:
  - a. es obligatoria la promoción del juez que figure por tres veces consecutivas o cinco alternativas en la lista de mérito;
  - b. la promoción por mérito requiere dos años de ejercicio en el respectivo grado y que el juez integre la primera quinta parte de la lista de antigüedad de éste, salvo que no hubiese con tales requisitos quien aceptase el plazo vacante;
- III. la evaluación del mérito se hará por criterios de prontitud y seguridad en el ejercicio de la jurisdicción y por la frecuencia y aprovechamiento en cursos reconocidos de perfeccionamiento;
- IV. en la apreciación de la antigüedad, el tribunal solamente podrá recusar al juez más antiguo por el voto de dos tercios de sus miembros, conforme al procedimiento propio, repitiéndose la votación hasta concretarse la mención;
- V. el acceso a los tribunales de segundo grado se hará por antigüedad y mérito, alternativamente, apreciados en el último grado o, donde hubiese, en el Tribunal de Alzada, cuando se tratase de la promoción para el Tribunal de Justicia de acuerdo con el inciso II y la clase de origen;
- VI. la previsión de cursos oficiales de preparación y perfeccionamiento de magistrados como requisitos para ingreso y promoción en la carrera;
- VI. los salarios de los magistrados serán fijados con una diferencia no superior al diez por ciento de una u otra de las categorías de la carrera, no pudiendo, por ningún título, superar al de los Ministros del Supremo Tribunal Federal;
- VII. la jubilación con remuneración íntegra es obligatoria por invalidez a los setenta años de edad, y facultativa a los treinta años de servicio, después de cinco años de ejercicio efectivo en la judicatura;
- VIII. el juez titular residirá en la respectiva comarca;
- IX. el acto de remoción, excedencia y jubilación del magistrado por interés público, dependerá de la decisión por voto de dos tercios, del respectivo tribunal, asegurándose amplia defensa.

X. todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas sus decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley, si el interés público lo exigiese, limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y sus abogados, o solamente a éstos;

XI. las decisiones administrativas de los tribunales serán motivadas, siendo las disciplinarias adoptadas por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros;

XII. en los tribunales con número superior a veinticinco juzgadores podrá ser constituido un órgano especial, con un mínimo de once y un máximo de veinticinco miembros, para el ejercicio de las atribuciones administrativas y jurisdiccionales de competencia del Tribunal en pleno.

XIII. el número de jueces en la unidad jurisdiccional será proporcional a la efectiva demanda judicial y a la respectiva población;

XV. la distribución de procesos será inmediata, en todos los niveles de jurisdicción.

Art. 94. 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, que, en los veinte días siguientes, escogerá uno de sus integrantes para la nominación.

Art. 95. Los jueces disfrutan de las siguientes garantías:

I. 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;

II. la inamovilidad, salvo por motivo de interés público, en la forma del artículo 93, VIII;

III. 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, sobre cualquier título o pretexto, auxilios o contribuciones de personas físicas, entidades públicas o privadas, salvo en las excepciones previstas en ley;
- V - ejercer la abogacía en la jurisdicción o tribunal del cual se dejó, antes de transcurridos tres años de la salida del cargo por jubilación o exoneración.

Art. 96. Compete privativamente:

(...)

II - al Supremo Tribunal Federal, a los Tribunales Superiores y a los tribunales de Justicia, proponer al Poder Legislativo respectivo, observando lo dispuesto en el art. 169:

- a. la modificación del número de miembros de los Tribunales inferiores;
- b. la creación y la extensión de cargos y la fijación de los salarios de sus miembros, de los jueces, incluso de los tribunales inferiores, donde los hubiese, de los servicios auxiliares y los de los juzgados a ellos vinculados;
- c. la creación o extinción de los tribunales inferiores;
- d. la alteración de la organización y de las divisiones judiciales;

Art. 97. Solamente por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo órgano especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo del poder público.

Además de la organización de los tribunales, la constitución prevé en sus dispositivos la 'estructura de las funciones esenciales para la justicia', que son ejecutadas por el Ministerio Público, la Abogacía Pública y la Defensoría Pública.

**Composición de la Suprema Corte brasileña (art. 101):**

- a. Once ciudadanos brasileños nativos;
- b. Entre 35 y 65 años;
- c. Notable conocimiento jurídico;
- d. Reputación intachable;

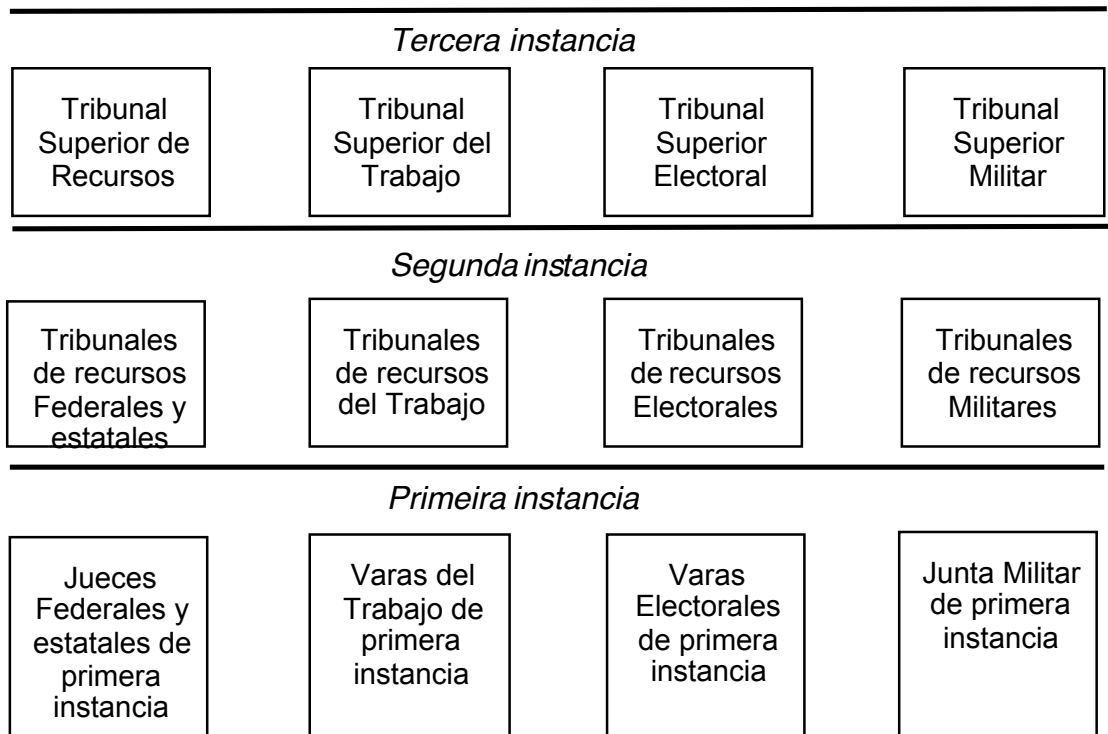
*Materia Consitucional*

*Pertinencia temática*

*Atribuciones originarias y recursales*

Supremo Tribunal Federal

*Relevancia social*



Cuadro 1 - Organización del Poder judicial brasileño a partir de la Constitución de 1988 (Fuente: Elaboración propia)





Cuadro 2: Imagen de la suprema corte brasileña (Fuente: "<http://www.stf.jus.br>"[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), en 15.07.2012)

Para ingresar como Ministro (juez) de la suprema corte, el postulante deberá cumplir determinadas características, previstas expresamente en la constitución, en su artículo 101. Los Ministros son escogidos por el Presidente de la República, y posteriormente sus nombres son ratificados por el Senado Federal, conforme a lo expresado en la referida norma transcrita:

Art. 101. El Supremo Tribunal Federal está compuesto por once Ministros con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años de edad, de notable saber jurídico y de reputación intachable.

Párrafo único. Los Ministros del Supremo Tribunal Federal serán electos por el Presidente da República, después de aprobada la elección por la mayoría absoluta del Senado Federal.

A la jurisdicción de estos Ministros son sometidas cuestiones de gran relevancia nacional, tales como consultas procesales cuya jurisprudencia sirve de guía para las decisiones de otros tribunales, o incluso asumen un carácter

vinculante para casos semejantes, lo que permite, a su vez, asegurar la celeridad procesal.

### **5.3. Problematización sobre la epistemología de las ciencias sociales**

La tesis sigue los aportes teóricos fundados en la epistemología posempirista, etapa filosófica en que aparece la cuestión de la demarcación científica entre las ciencias sociales y ciencias exactas. Se propone establecer el estudio a partir de este punto, porque se intenta una descripción histórica más amplia y fundamentada de los debates acerca del criterio de demarcación. Por consiguiente, este trabajo se apoyará en los estudios desarrollados por Karl Popper, el Círculo de Viena (en sus últimos años), por la escuela de Frankfurt, y en epistemólogos recientes de mayor relevancia, como Lakatos y Feyerabend. Esto se justifica debido al hecho de que las críticas a la demarcación científica, a los métodos y a la estructura lógica de la argumentación encontraron mayor énfasis en los filósofos Thomas Kuhn, Paul Feyerabend e Imre Lakatos, quienes contribuyeron con importantes nociones al desarrollo científico.

El jurista y filósofo brasileño Paulo de Barros Carvalho (2011: 145) resume con éxito los movimientos del positivismo lógico, conforme la cita abajo:

Neopositivismo Lógico, o simplemente, Positivismo Lógico –además de la filosofía analítica, empirismo contemporáneo o empirismo lógico– son denominaciones por las cuales se hace posible conocer una corriente de pensamiento humano que adquirió cuerpo y expresividad en Viena, en la segunda década del siglo XX, cuando filósofos y científicos se reunían, sistemáticamente, para discutir problemas relativos a la naturaleza del conocimiento científico. Trataban, por lo tanto, de Filosofía de las Ciencias, pero más preocupados con una Epistemología General, puesto que cada uno de los participantes estaban movidos por intereses específicos de su campo de enseñanza. El grupo era heterogéneo y reunía filósofos, físicos, sociológicos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas (Kelsen estuvo presente en algunos encuentros), etc. Profundamente interesados en los fundamentos de las respectivas Ciencias, mantuvieron intenso intercambio de ideas, en un régimen de cooperación intelectual pocas veces registrado, circunstancia que posibilitó una serie de conclusiones consideradas como válidas para los diversos sectores del conocimiento. A partir de ahí se puede hablar de una Epistemología General, es decir, de una teoría crítica destinada al estudio y análisis de conceptos básicos, de principios y de objetivos del conocimiento científico en general, tal como de los

resultados de su efectiva aplicación. Epistemología, por supuesto, es un término más limitado que Teoría General del Conocimiento, o Gnoseología, pues su foco temático no es el simple conocimiento (doxa = creencia, opinión), mas el saber cualificado como científico (episteme = conocimiento científico + logos = estudio, pensamiento, reflexión).

Sin embargo, no es posible hacer un estudio satisfactorio sin abordar antes los fundamentos centrales de aquellos que retomaron la discusión central de la demarcación científica, especialmente Karl Popper y el Círculo de Viena. Al mismo tiempo, el sociólogo y filósofo alemán Niklas Luhmann profundizó en la adaptación de criterios científicos hasta una naturaleza más pragmática y 'realista' (haciendo hincapié en la contingencia de lo social), utilizando los elementos axiológicos no como fundamentos de demarcación *per se*, sino respecto del proceso de conocimiento/observación. Con su teoría de sistemas, apoyada posteriormente en los trabajos de los chilenos Maturana y Varela, le fue posible realizar una nueva apertura y ampliar el horizonte de la epistemología, a la par de revisar diversas concepciones tradicionales.

Teniendo como base los estudios epistemológicos contemporáneos, algunos de ellos previamente señalados, la presente tesis propone hacer una relación entre la estructura de constitución de paradigmas (las concepciones de justicia social para los jueces de la suprema corte) y la lógica del método científico y la demarcación que lo sostiene (consistencia argumentativa). Esto significa que a partir de dicha revisión teórica se seguirá un abordaje pragmático sobre la importancia de la demarcación científica y sus consecuencias para el derecho. El objetivo es, pues, demostrar la superación del obstáculo de la rigidez de la demarcación científica, y cómo la epistemología comenzó a preocuparse con cuestiones más presentes en la vida en sociedad, preocupada no sólo por identificar y justificar, sino principalmente en subsanar problemas sociales, transponiendo la teoría estrictamente académica hasta su reflejo social; etapa esta en que el lenguaje asume un rol fundamental. Respecto de esto, resume el filósofo del derecho, Luiz Alberto Warat (2004: 221):

En la teoría social, pensada ella como discurso científico, existe también la preocupación por encontrar criterios de demarcación, reglas de significación, que permitan decidir cuáles son las expresiones que se consideran significativas dentro de ellas. Establecer el límite dentro de una teoría social entre sentido y el sin-sentido. Son propuestas establecidas desde un metalenguaje, que sirven para delimitar desde afuera el campo dentro del cual el lenguaje en el que se constituye la teoría social puede usarse con

eficacia, vale decir, con suficiente fuerza explicativa en relación al comportamiento social, y fuera de la cual empieza a operar al servicio de un uso lingüístico diferente: el persuasivo retórico.

(...)

En realidad, se trata más bien de una forma mítica para la organización del discurso científico. Hacer ciencia no es preocuparse por las posibles relaciones de un lenguaje con la realidad, sino más bien, si algo quiere llamarse discurso científico en las ciencias sociales, es aquel lenguaje que explicita los determinantes y condicionantes de los fenómenos sociales, que al investigador se presentan con los componentes ideológicos.

Durante las décadas de 60 y 70 -en continuidad con la tendencia de ampliación del estudio de la epistemología - importantes estudios se desarrollaban principalmente en universidades en Alemania y Estados Unidos, siendo sus principales representantes los filósofos Jürgen Habermas, Niklas Luhmann, Theodor Adorno, Talcott Parsons y Max Horkheimer, los que tuvieron gran preocupación por estudiar más profundamente los fenómenos sociales, las relaciones comunicativas y los impactos más pragmáticos de la epistemología en la vida en sociedad. Sin embargo, el presente trabajo se concentrará en el enfoque de Niklas Luhmann y su teoría de sistemas, por ser más amplia y contener más elementos relacionados con las teorías anteriores, lo que permite una concepción aún más completa de la llamada 'nueva generación de la epistemología'.

El desarrollo de la teoría de sistemas de Luhmann tuvo como principales fundamentos los estudios de Talcott Parsons, Bertalanfy, Von Foerster y de los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela. Fueron en especial estas bases teóricas que contribuyeron a que Luhmann estableciese sus conceptos de 'clausura operativa', 'observación de segundo orden', 'autorreferencia' y 'autopoiesis', que componen los fundamentos centrales de la teoría de sistemas. Respecto de este último concepto, resulta interesante destacar los escritos de Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, en *Sociedad y Teoría de Sistemas* (1990: 57), los cuales resumen con claridad el origen del significado del concepto de 'autopoiesis':

Maturana y Varela elaboraron un concepto de autopoiesis para referirse a una clase particular de unidades compuestas. Se trata de sistemas dinámicos que pueden distinguirse como unidades mediante una red de producción de componentes los que: i) constituyen con sus interacciones la red de producción que los

origina: ii) especifican, como componentes, los límites de esta red, y iii) constituyen esta red como unidad en su dominio de existencia.

Un sistema autopoietico cuyo dominio de existencia es el espacio físico es un sistema vivo. Los sistemas autopoieticos son sistemas dinámicos cerrados, donde todos los fenómenos se encuentran subordinados a su autopoiesis y todos sus estados son estados en autopoiesis.

Un sistema viviente conserva, mientras vive, su organización autopoietica y su acoplamiento estructural con el ambiente. Los seres vivos son sistemas en continuo cambio estructural. La historia de un ser vivo es su ontogenia, y ocurre bajo condiciones de cambio estructural continuo, conservando la organización y la relación de correspondencia con el medio.

Teniendo como base estos conceptos, y ciertamente muchos otros, Luhmann logró con éxito desarrollar su teoría de sistemas, fundada en la idea de que la sociedad consiste en un sistema cerrado, cuyo límite queda establecido en las operaciones comunicativas que tienen lugar en su interior. En términos operativos, el sistema opera de manera autopoietica, pues hace una serie de distinciones lógicas, y define como base un código binario de comprensión/selección (que Maturana y Varela identificaron otrora como modelo funcional de todo proceso cognitivo autopoietico). Es interesante observar lo que señala Luhmann al respecto (2005: 104):

La respuesta a esta pregunta la encontramos en la 'apertura' del sistema debida a la codificación lingüística, entendida esta como la duplicación de todas las posibilidades expresivas mediante una diferenciación sí/no. De esta manera, el sistema crea para sí, adicionalmente, una versión negativa del sentido, sin correspondencia con el entorno, es decir, que sólo se puede disponer en el camino del cálculo propio del sistema. Esta codificación estructura todas las operaciones del sistema, sin importar su contenido, como elección entre sí y no. (...) Este concepto general se puede condicionar también como (y sólo como) control de las propias posibilidades de negación para la producción de sus elementos, es decir, de las comunicaciones subsiguientes.

Luhmann también estuvo influenciado por los estudios desarrollados por Spencer-Brown (1979) y sus conceptos de *re-entry* y distinción. En mayor detalle, las operaciones autoclausuradas ocurren haciendo distinciones en las distinciones, seleccionando lo que permite conexiones al interior del sistema. Sin

embargo, dado que el propio sistema está estructurado como una distinción entre sistema/entorno, en una oportunidad posterior, una distinción anteriormente excluida del sistema puede ser utilizada, pues está constituida en el sentido. De este modo, el sistema puede 'llamarla' para ingresar en la distinción e integrar las relaciones comunicativas.

La epistemología luhmanniana asume un carácter *constructivista*, a medida que los sistemas son sostenidos en operaciones de comunicación, las cuales son simultáneamente determinadas por los propios límites intrasistémicos, y también establecen sus límites con su entorno. De este modo se deja de lado la suposición de que la 'realidad' es conocible más allá de los límites del sentido operativizados por un determinado esquema de distinción, es decir, más allá de construcciones de un observador.

Como elemento de diferenciación frente al estudio epistemológico desarrollado por los posempiristas, lo propuesto por Luhmann no se interesa especialmente por las condiciones restrictivas de demarcación científica (leyes, formas, estructuras axiológicas, etc.) que antes marcaban el centro de la discusión teórica, sino que establece las operaciones comunicativas como el marco central no sólo de las relaciones sociales, sino también de la propia atribución de la ciencia (demarcación). Por tanto, la perspectiva luhmanniana de demarcación – que, dicho de manera simplificada, ya no se preocupa exclusivamente en segregar las 'ciencias naturales' de las 'ciencias sociales' o método– permite una concepción más amplia y pragmática de las ciencias sociales y sus consecuentes investigaciones.

Dentro de esta construcción epistemológica, Luhmann también incluye la distinción entre los 'observadores de primer' y 'segundo orden'. En breve síntesis, el primero corresponde al observador que observa objetos, no observadores. El observador de segundo orden, por su parte, observa observadores y sus esquemas de distinción, sin escapar, todavía, a sus determinaciones estructurales; se puede decir, entonces, que la observación de segundo orden es "una observación de primer orden especializada en la ganancia de complejidad." (Luhmann, 1996: 127). El observador de segundo orden no logra comprender en totalidad las operaciones comunicativas del sistema observado pues observa los esquemas de distinción 'desde fuera'. Respecto de esto, resulta interesante destacar lo señalado por Arnold y Rodríguez (1990: 91), respecto del cambio paradigmático en la concepción luhmanniana:

Un cambio paradigmático tiene lugar cuando el nuevo paradigma incorpora al antiguo, dando cuenta de un modo nuevo de éste y sus planteamientos centrales. Es así como la diferencia central del paradigma todo/partes se reformula como teoría de la diferenciación sistémica. El sistema surge en la distinción respecto a su entorno, y

la diferenciación interna es la duplicación de la diferencia sistema/entorno al interior del sistema. Cada subsistema se diferencia respecto a un entorno interno al sistema global. Si el sistema se constituye en relación con un entorno, la diferenciación es la forma reflexiva de la construcción de sistema.

Sobre esta base teórica constructivista, Luhmann desarrolla su perspectiva epistemológica con el propósito de aproximarse a una manera diferente de la ciencia de la sociedad, lo que también permite una manera diferente de explorar las ciencias sociales, en especial las ciencias jurídicas. En base al aporte teórico antes señalado, Luhmann analiza, en el contexto de las sociedades modernas, la complejidad de las relaciones y la rapidez del flujo de informaciones, las cuales crean dentro del sistema social la necesidad de elaborar diversos subsistemas que usan la comunicación como manera de analizar, comprender y problematizar los variados centros del contexto social. Dentro de esta red comunicativa que caracteriza al sistema social se diferencian en su interior nuevos códigos, los cuales toman forma como 'subsistemas' (los cuales también operan de manera autopoiética), tales como el derecho, la economía, la política, entre diversos otros. Estos sistemas desarrollan funciones específicas, sin perder el permanente cambio de elementos y sus relaciones con el ambiente (*in casu*, el sistema social como un todo). Esta calidad es destacada por el jurista y filósofo brasileño Gustavo Valverde (2004: 74):

Tomemos un ejemplo para conferirle mayor seguridad al concepto. Luhmann considera la política, el derecho y la economía como sistemas sociales parciales integrantes del sistema social total. Esos sistemas se encuentran estructuralmente acoplados. El derecho y la economía por la idea de 'propiedad' y por el 'contrato'; el derecho y la política por la 'Constitución'.

#### *a. Conceptos básicos sobre la epistemología jurídica*

Antes de proseguir con un estudio más detallado sobre la perspectiva luhmanniana sobre el derecho, y los consecuentes fundamentos de su epistemología, es preciso abordar brevemente algunos supuestos señalados por el iusfilósofo austro-húngaro (egresado de la universidad de Viena) Hans Kelsen, los cuales sirvieron en parte a Luhmann para sostener sus argumentos y también para superar diversos argumentos positivistas del afamado jurista.

A través de estudio fundado sobre los pilares kantianos de lógica y derecho, Kelsen formuló su llamada 'Teoría Pura del Derecho', la que, para ser mejor comprendida, requiere una introducción básica a las nociones fundamentales del

pensamiento de Kant sobre el tema. Para Kant, la ciencia del derecho es representada por un conjunto de leyes de una legislación exterior. Dichas leyes son originadas *a priori* y hacen remontar la justificación de su existencia sobre un ser supremo (metafísica); a partir de entonces, el filósofo evidencia la importancia de separar la 'metafísica del derecho' de la parte pragmática (positivada). La metafísica del derecho es obligatoria para que se pueda elaborar un conjunto de comandos en conformidad con los principios inherentes a la esencia humana, concebidos estrictamente por la razón. El referido ordenamiento establecido *a priori* se denomina 'leyes externas'. Los individuos siguen dichas leyes por el simple uso de la razón, visto que los respectivos comandos son esencialmente oriundos de un 'legislador supremo', el cual trasciende el plano físico y que sólo apunta derechos (y ningún deber, pues se trata de una voluntad divina perfecta y puramente impositiva).

Sin embargo, en un plano pragmático del derecho, este se ocupa de positivizar las normas, asegurando una aplicación práctica a los casos concretos, de modo que es posible formar un conjunto de dispositivos que operan como imperativos, los cuales imponen deberes y sanciones. El referido derecho positivado es considerado como legitimado cuando está sujeto a un proceso legislativo basado en una elección de la sociedad. Nótese que para Kant es necesaria una definición de comandos morales y legislativos. Las prescripciones jurídicas son aquellas que imponen deberes válidos *erga omnes*, por medio de comandos normativos, y que operan independientemente de justificativas externas dadas por los interlocutores. La ciencia jurídica, por supuesto, se ocupa justamente del estudio de las normas positivadas, que, conforme a lo explicado, son externas y dotadas de formas de imperativos hipotéticos (previendo, de forma programática, determinada sanción frente a determinada acción). Es sobre esta estructura racional de comandos prescriptivos que Hans Kelsen edifica los supuestos fundamentales de su Teoría Pura, la cual exploraremos a continuación.

La Teoría Pura del Derecho, también denominada 'Teoría del Positivismo Jurídico' por Kelsen, buscó desde sus inicios atribuir un carácter de cientificidad al derecho, para lo cual este debería operar de manera autónoma con respecto a las otras diversas disciplinas de las ciencias sociales. Para él, el derecho se origina de hechos significantes ocurridos en la sociedad, que acaban por motivar una producción normativa lógica y coherente. Las disposiciones normativas, por consiguiente, pueden tener diferentes naturalezas: de comando (cuando obligan a determinado comportamiento), de permisión (cuando constan determinadas conductas que pueden ser ejercidas) y de competencia (cuando establecen atribuciones a destinatarios específicos). Así, escribe el propio filósofo: "Denominamos 'norma' a una regla que determina o prohíbe cierta conducta. El significado específico de la norma está expresado en el concepto de 'deber-ser'" (Kelsen, 2001: p.204).



De manera provechosa, el jurisfilósofo belga Chaïm Perelman (2004: p.91) logra resumir la idea central del Positivismo Jurídico:

El positivismo de Hans Kelsen y de su escuela presenta el derecho como un sistema jerarquizado de normas, el cual se distingue de un sistema puramente formal por el hecho de que la norma inferior no se deduce de la norma superior mediante transformaciones puramente formales, como ocurre en la lógica o en la matemática, pero mediante la determinación de las condiciones según las cuales podrá ser autorizada la creación de normas inferiores, dependiendo la eficacia del sistema de la supuesta adhesión a una norma fundamental, la *Grundnorm*, que será la constitución original.

Además, para aclarar en qué consiste la norma fundamental citada por Perelman, Kelsen (2003: 221) expresa que:

(...) la norma fundamental es la norma que se supone cuando la costumbre, a través de la cual la Constitución surgió, o cuando el acto constituyente (generador de la Constitución) puesto por determinados individuos, son objetivamente interpretados como hecho productor de normas.

Y añade a lo anterior, que “denominamos norma ‘fundamental’, la norma cuya validez no puede derivarse de una norma superior. Todas las normas cuya validez puede remontarse a una misma norma fundamental forman un sistema de normas, un orden”. (Kelsen, 2000: 163). De tal manera, explica también el profesor Ives Gandra (2011: 134), describiendo la pretensión de Kelsen de establecer dicha norma fundamental:

Kelsen, al concebir su ‘gran norma’ pretendió crear un antecedente, que sería una norma no escrita, para dar validez a la norma primera constitucional. Sería una nueva categoría ontognoseológica (relación entre el objeto conocido y quien lo conoce) en una visión axiológica valorada en su edición.

Según Kelsen (2000), entonces los ordenamientos jurídicos están caracterizados por una organización sobre la cual la norma opera como un pilar y, quizás por eso, la razón de existir del propio sistema. Debido a ello, no es exagerado reforzar que el ordenamiento no se orienta por comandos externos, o axiomas oriundos de un medio diverso del jurídico, sino por medio de una estructura de jerarquía; por un conjunto de reglas que orientan la evolución, producción y aplicación de normas en el sistema jurídico, por medio del cual la

norma encuentra fundamento en los comandos inmediatamente superiores a ella, llegando al final, a la norma fundamental. Kelsen, desde su prefacio en la obra *Teoría Pura del Derecho* (primera edición), deja transparente su intención en aproximarse del derecho desde una perspectiva estrictamente científica (Kelsen, 2003: IX):

Hace más de dos décadas que comencé a desarrollar una teoría jurídica pura, es decir, purificada de toda la ideología política y de todos los elementos de ciencia natural, una teoría jurídica consciente de su especificidad por ser consciente de la legalidad específica de su objeto. Ya desde el inicio mi intención fue elevar la jurisprudencia, que –abierta o veladamente– terminaba casi completamente en ratiocinios de política jurídica, a la altura de una genuina ciencia, de una ciencia del espíritu. Importaba explicar no sus tendencias exclusivamente dirigidas al conocimiento del derecho, sino aproximarlas tanto cuanto fuese posible de sus resultados, del ideal de toda la ciencia: la objetividad y la exactitud.

A partir de entonces, el Derecho pasó a ser estudiado desde una perspectiva interna, como un sistema autooperativo, el cual controla su propia reproducción, ajena a cualquier interferencia externa.

Un análisis del momento histórico en que floreció la Teoría Pura del Derecho resulta importante para comprender su creación e importancia. Entre los siglos XIX y XX, el Estado Liberal y las teorías sobre las cuales se sostuvo la rígida separación entre Estado y sociedad, entre lo público y lo privado, entre política y economía, tuvo lugar un intento de establecer un nuevo orden capitalista, el que consistía en asegurar el control de las instituciones jurídicas protectoras de su economía de mercado.

No obstante se advierte que incluso el mismo Kelsen reconoce en su concepto de ‘pureza del sistema’ un simple *corte epistemológico*, lo que implica que la aplicación del Derecho no ocurre por medio de una simple aplicación de la ley a un caso concreto. La creación de la norma ocurre en base a la interpretación del texto legal (derecho positivo); interpretación ejercida por un organismo capacitado y legitimado para buscar un alcance efectivamente normativo del texto escrito, para garantizarle coerción.

Sin embargo, por medio de la Teoría de los Sistemas, autores como Luhmann demostraron que el sistema jurídico representa, en verdad, un subsistema del sistema social y, en virtud de esto, sufre a cada instante interferencias de parte de otros subsistemas, tales como el económico y el político, de modo que su creación y ampliación dependen de las maneras en que el subsistema jurídico acopla interferencias o irritaciones que le resultan relevantes y

las traduce a su 'lenguaje' jurídico. Más aún, Luhmann señala que el sistema jurídico, al igual que los demás subsistemas, se reproduce a todo momento de manera autopoietica e independiente, en base a sus propios signos y directrices. En base a este fundamento Luhmann admite la continuidad de creación del subsistema jurídico, mediante estas irritaciones provenientes del entorno, acopladas al sistema según la adecuación a sus dispositivos intrínsecos. Tal afirmación permite destacar que las ideas de Luhmann difieren del modelo teórico desarrollado por Hans Kelsen, y que Arthur Kaufmann (2002: 179) resume de la siguiente manera:

La 'teoría pura del derecho' trata del deber-ser, del deber-ser jurídico 'puro', que no es un valor ético, sino solamente una estructura lógica. El postulado supremo es, por eso, la 'pureza del método'. Así, en el inicio de la 'teoría pura' se dice que: 'ella se designa como teoría pura del derecho, porque pretende asegurar un conocimiento dirigido únicamente al derecho y excluir de tal conocimiento todo lo que no se incluya en el objetivo definido rigurosamente como derecho. Esto es: libertar la ciencia jurídica de todos los elementos que le sean incompatibles'. Kelsen apunta, en especial, la psicología, la sociología, la ética y la teoría política.

Aún dentro de los supuestos de la teoría de sistemas, se busca demostrar que el foco deja de ser el hombre en sí, y se transfiere a este al ambiente del sistema social. El factor humano, sin embargo, puede ser visto como fundamental para el derecho, puesto que el ser humano, como creador de conocimiento y generador de conflictos, opera de forma recurrente en todos los subsistemas sociales, trayendo consigo la carga axiológica de cada experiencia experimentada; esto resulta del hecho inevitable de llevar al subsistema jurídico elementos distintos, que se acoplan a las operaciones ya establecidas y acaban por resonar en los momentos de creación normativa. Sin embargo no está de más reforzar que tal carga de valores sólo se acopla al sistema jurídico por medio del lenguaje textual (escrito o no) manifestado en forma de una decisión, la que a su vez es un acto debidamente fundado sobre el ordenamiento jurídico vigente, por lo cual los axiomas a aplicar no representan solamente una naturaleza subjetiva, sino que operan de modo objetivo, vinculante y coercitivo. Así, las normas jurídicas surgen como una respuesta a las transformaciones ocurridas dentro del sistema, exponiendo las necesidades del Estado (como proveedor de políticas públicas) y de la sociedad (para no causar la ruptura de sus subsistemas).

Regresando a la teoría de Kelsen, contrariamente a lo que se podría creer en una primera percepción, esta no fue totalmente abandonada con el surgimiento de la teoría de sistemas. Es importante resaltar que fue por medio de su

metodología sistemática de estudio del ordenamiento jurídico que Kelsen mostró la importancia del derecho como un conjunto de comandos positivados, destinados a resolver y pacificar conflictos. Fue a partir de la premisa *kelseneana* (y de su predecesor Kant) que se empezó a comprender el derecho como integrante de una realidad social compleja, para la cual el sistema positivado debe presentar respuestas y orientaciones basadas en el desarrollo del lenguaje y de acoplamientos estructurales exitosos. Luhmann, entonces, supera el modelo de Kelsen, pero sin abandonarlo en su totalidad ni restarle importancia.

Para efecto de las concepciones sobre la epistemología jurídica en Brasil, cabe citar parte de las reflexiones del iusfilósofo Paulo de Barros Carvalho (2011: 32), quien reconoce la complejidad en el estudio del Derecho como sistema social, al mismo tiempo en que busca una definición interesante de aquel subsistema que opera aspirando a la reducción de complejidad:

Consideramos el derecho como el plexo de estructuras normativas existentes aquí y ahora, proyectado sobre la realidad social para ordenarla en lo que concierne a las relaciones ínterpersonales que sobre ella se establecen, canalizando el flujo de conductas en dirección a determinados valores que la sociedad elige y quiere que sean implementados. Reconocemos en el fenómeno jurídico algo extremadamente complejo, en el cual interfieren factores de naturaleza distintas, en un intensivo proceso de mezcla. La tipificación de los hechos que ingresan por la puerta abierta de las hipótesis normativas ocurre mediante conceptos que el legislador formula: conceptos sobre hechos del mundo y conceptos sobre las conductas humanas. Conceptualizar implica seleccionar caracteres, escoger trazos, separar aspectos, desconsiderando los demás. Las singularidades irrelevantes el legislador las deja de lado, incluso porque existen en tal cantidad que el trabajo adquiriría dimensiones infinitas. Y surge así el concepto, después la aplicación del criterio selectivo que el legislador adoptó, criterio que no es nada más que un juicio de valor expedido en consonancia con su ideología, considerada en este sentido como una pauta de valores, tabla de referencias axiológicas.

En vista de eso, quien se proponga reconocer el derecho positivo no puede aproximarse de él en la condición de sujeto puro, desprovisto de actitudes axiológicas, como si estuviera frente a un fenómeno de la naturaleza o a una ecuación algebraica. La neutralidad axiológica impediría, desde el comienzo, la comprensión del sentido de las normas, suprimiendo la investigación.

Siendo objeto del mundo de la cultura, el derecho y, más particularmente, las normas jurídicas están siempre impregnadas de valor. Ese componente axiológico, invariablemente presente en la comunicación normativa, experimenta variaciones de intensidad de norma en norma, de tal suerte que existen preceptos fuertemente cargados de valor y que, en función de su rol sintáctico en el conjunto, acaban ejerciendo significativa influencia sobre grandes partes del ordenamiento, informando la directriz de comprensión de múltiples segmentos.

Finalmente, es sobre esta concepción de la relación del derecho con los elementos del lenguaje, los axiomas y los diversos subsistemas que componen la sociedad, que Luhmann construye su elaborada perspectiva sobre la epistemología jurídica, basada en los preceptos de la teoría de sistemas, y que será explorada a continuación.

#### **5.4. Fundamentos luhmannianos sobre el derecho y la sociología jurídica**

##### *a. Complejidad y contingencia en la constitución del derecho como subsistema social*

Esta transposición del estudio eminentemente teórico/filosófico hasta la aplicación práctica de los argumentos científicos (vista de muy buena manera por Niklas Luhmann) permite el surgimiento de una etapa en la epistemología que se preocupa también del carácter de la *transdisciplinarietà*. Mediante este enfoque se hace posible un abordaje más holístico de las demandas sociales, y también se hace posible que diversas áreas de las ciencias sociales puedan operar juntas sobre un mismo sistema comunicativo para tener éxito en la observación de problemas y en la construcción de diversas posibilidades de confrontarlos.

Según Luhmann, la sociedad está compuesta por una serie de relaciones comunicativas, que operan de forma recursiva dentro de un sistema. La comprensión de la comunicación depende de un largo y complejo número de aspectos axiológicos que la hacen posible y que permiten tanto el acuerdo argumentativo como el disenso.

Sobre esa base teórica de carácter sistémico, se intenta abordar la construcción del derecho, considerándolo como un sistema cerrado, que dispone de medios de comunicación propios, y como un sistema que se organiza y se construye dentro de límites específicos, por medio de principios jurídicos generales. La perspectiva sistémica del derecho que pretendemos abordar no se preocupa, así, de predecir hechos sociales (visto que las predicciones se refieren a hechos aislados y no consiguen transponer las barreras situacionales), ni de

formular paradigmas absolutos que operen en condiciones fijas e inmutables (como una dogmática jurídica). Por el contrario, lo que se busca es una proximidad entre la teoría (epistemológica y doctrinaria) y la práctica, para proporcionar un mayor acoplamiento entre las operaciones comunicativas establecidas entre los jueces y la sociedad. El derecho, entonces, opera de manera correlativa entre el derecho positivo, la capacidad de argumentación (interpretaciones y dialéctica), y la demanda social, en la cual se manifiesta una relación cíclica entre teoría y *praxis*; en este sentido, citando a Luhmann (2005: 62):

No obstante, la teoría jurídica que se origina en la *praxis* misma del derecho no cumple, en el contexto del sistema de la ciencia, con lo que promete el concepto de teoría. Las teorías provenientes de la *praxis* son más bien un producto colateral de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas. (...) Por ejemplo: cuando se trata de regular una colisión de intereses considerados como legales (expropiación, estado de emergencia pública, responsabilidad por riesgos), se recomienda el desarrollo de reglas para la 'ponderación de intereses' - reglas que no clasifican, de antemano, los intereses involucrados como ilegales. (...) Por ello, desde un principio renunciaremos a la idea de una teoría que pudiera orientar la práctica, de aquí que describamos el sistema de derecho como un sistema que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente, al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista; es decir, sin ningún intento de representar el mundo exterior al sistema.

El derecho, ocupando su función social, suple con expectativas normativas a la sociedad, cuenta con un medio de comunicación simbólicamente generalizado (la validez jurídica), el cual, con la finalidad de asegurar la estabilidad de espíritu y orden social, debe poder ser comprendido por los ciudadanos. Para lograr esto, los jueces deben encontrar un difícil término medio entre el complejo lenguaje jurídico y la capacidad de comprensión del pueblo, de manera que se garantice el acoplamiento estructural entre estos elementos comunicativos; en este sentido continúa Luhmann (2005: 185):

En una conceptualización muy vaga esta circunstancia ha sido denunciada como poder o dominio del lenguaje. Con todo, así no se responde la pregunta decisiva: ¿cómo se puede explicar la ubicuidad del poder en un sistema altamente complejo? Evitaremos palabras tan fuertes y los prejuicios que llevan implícitos. Sostenemos, sin embargo, que ya en este nivel la consolidación temporal no se

obtiene sin consecuencias sociales. Esto será todavía más válido en cuanto nos acerquemos al campo de las expectativas normativas y, de allí, a la función del derecho. (...) Las sanciones surgen, como lo han mostrado investigaciones 'etnometodológicas', en la autocorrección de la comunicación. Las normas reducen la contingencia de la limitación de la contingencia; es decir: fijan la limitacionalidad ya probada de la utilización arbitraria de los signos.

Complementando los fundamentos de la teoría de sistemas, Klaus Günther (2004: 29) explica que:

Teorías sistémicas cambiaron en extremo la experiencia de contingencia, invirtiendo con eso el cuestionamiento: ya que no se trata de saber como una acción orientada por normas sería posible, a pesar de la contingencia y de la indefinición, sino sobre la condición de estructuras sociales que serían posibles en base a la contingencia y la indefinición. En el momento en que se admite el punto de vista de la contingencia, el problema se desplaza de la dimensión de la aplicación de normas para la observación de la formación y reproducción de sistemas.

Robert Alexy (2011: 36), por su parte, admite la idea de que hay en el derecho una estructura elaborada de 'interlocutores' que observan el sistema jurídico y construyen sus perspectivas particulares sobre este, destacando la importancia de los tribunales en la definición de los elementos que integrarán el referido subsistema:

Para un observador, al derecho lo integra lo que los tribunales y las autoridades hacen, apoyándose en el enunciado normativo que, de acuerdo con los criterios de validez del sistema jurídico vigente en cuestión, son establecidas conforme al ordenamiento. De tal modo, queda claro que existe un empleo de la expresión 'derecho' en la perspectiva del observador, según la cual una inclusión clasificadora de elementos morales en el concepto de derecho que se refiera a normas individuales no solo es conceptualmente irrelevante, como también conceptualmente imposible. (...) Se debe dar la razón a la aseveración que concierne a la perspectiva del observador. De ser así, consideraciones tanto de índole analítica como normativa llevan a la conclusión de que, desde el punto de vista de un observador que contempla normas individuales y levanta cuestiones acerca de una conexión clasificadora, la tesis positivista de separación es correcta.

Además, según Luhmann (1972), hay una considerable dificultad teórica en definir el objeto de estudio de la sociología del derecho. La ausencia de un fin específico dentro de la sociología jurídica implica un notable desafío para determinar incluso un punto de partida para su estudio, independiente de lo que se escoja. Con alguna influencia de las teorías sociales sobre la relación del derecho con la sociedad, elaboradas por Weber, Marx y Durkheim, la perspectiva luhmanniana sobre la sociología jurídica se edifica sobre aspectos relacionados con la contingencia, las expectativas y las instituciones, entre otros conceptos igualmente importantes que serán descritos en los tópicos siguientes, de modo que quedará evidente el carácter interdisciplinario del derecho (en especial las relaciones con otros subsistemas como la política y la economía) y la participación del lenguaje dentro de la estructura autorreferente y autopoietica del subsistema jurídico.

#### *b. El derecho como estructura de expectativas*

Conforme abordado anteriormente, Luhmann construyó de manera evidente su teoría de sistemas en base a la complejidad de las relaciones comunicativas dentro de un sistema operativamente clausurado. Especialmente basándose en los trabajos realizados anteriormente por Talcott Parsons, Luhmann (1972) afirma que la 'estructura' de los sistemas sociales se constituye de expectativas normativas. Esta concepción obliga a que se utilice un concepto de sistema social reducido a acciones referidas a normas, el cual sólo se puede analizar de forma más amplia en la sociología jurídica.

Las 'relaciones sociales', a su vez, operan de forma recursiva donde las personas establecen sus expectativas de manera reciproca, dentro de un escenario constituido por la asimilación de experiencias pasadas y perpetuadas. A este respecto, es preciso citar al propio Luhmann (1972: 45):

Cada experiencia concreta presenta un contenido evidente que se refiere a otras posibilidades que son al mismo tiempo complejas y contingentes. Por complejidad queremos decir que siempre existen más posibilidades que las que se pueden realizar. Por contingencia entendemos el hecho de que las posibilidades señaladas para las demás experiencias podrían ser diferentes de las esperadas; en otras palabras, que esa indicación puede ser engañosa por referirse a algo inexistente, intangible, o a algo que después de tomadas las medidas necesarias para la experiencia concreta (por ejemplo, yendo hasta determinado punto), no está más allá. En términos



prácticos, complejidad significa selección forzada y contingencia significa el peligro de decepción y la necesidad de asumir riesgos.

En otras palabras, el aprendizaje sistémico significa selecciones de expectativas y confirmaciones/refutaciones, introducidas por perturbaciones de *alter/ego*. La observación de segundo orden opera como un catalizador de operaciones de contingencia, que propicia un individuo al absorber las perspectivas de otra persona, y reconocerlo como un semejante. Luhmann (1972) denomina esto de 'doble contingencia', en la cual se presuponen selecciones de expectativas, formuladas en reciprocidad entre *alter* y *ego*, oriundas de la convivencia social. Como señala Luhmann (1972: 47)

Reconocer y absorber las perspectivas del otro como mías propias solo es posible si reconozco al otro individuo como otro yo. Esa es la garantía de la propiedad de nuestra experiencia. Con esto, sin embargo, debo admitir que el otro disfruta igualmente de libertad para variar su comportamiento, de la misma forma que yo. También para él el mundo es complejo y contingente. Él puede errar, engañarse, engañarme. Su intención puede significar mi decepción. El precio de la absorción de perspectivas distintas es, formulado en términos extremados, su inconfiabilidad. (...) El comportamiento del otro individuo no puede ser tomado como un hecho determinado, él tiene que ser posible de ser esperado en su selectividad, como selección entre otras posibilidades del otro. Esa selectividad, sin embargo, es comandada por las estructuras de expectativas del otro individuo. Para encontrar soluciones integrales, confiables, es necesario poder tener expectativas no solo sobre el comportamiento, sino sobre las propias expectativas ajenas. (...) Está claro que el trato social solo es posible a través de las expectativas de expectativas, pues aquél no es solo satisfacer expectativas ajenas, sino que significa un comportamiento a través del cual A se representa como aquel socio que B necesita, para que él (B) pueda ser lo que le gustaría representar frente a A.

Por supuesto, las relaciones de expectativas componen la vida en sociedad, en la medida en que las personas se comportan y esperan que otros se comporten de acuerdo con un patrón de conductas consideradas adecuadas. Como se extrae de la propia semántica de la palabra, las expectativas son solo selecciones de comportamientos y acciones, de modo que pueden acabar rechazadas o contrarias a lo que se espera, lo que determinará el grado de inserción del individuo en el sistema social.

Dentro de esta estructura sistémica compleja y contingente, la comunicación se desarrolla de manera permanente, realizando los acoplamientos estructurales de sus elementos y proyectando en los *alter/egos* las expectativas recíprocas de las personas. Dentro de ese rol de congruencias conductuales, el sistema social elige los aspectos formales que servirán de normas necesarias para mantener una convivencia armónica y pacífica, y que no se aceptarán determinadas 'desilusiones' (expectativas normativas). Los comportamientos considerados 'esenciales' para la convivencia determinan el contenido de la estructura normativa que positiva 'decepciones' que el sistema social no puede tolerar, y para tal efecto propone sanciones. A ese respecto, Luhmann (1972: 53) asevera:

A través de la expectativa normativa, el estilo de estas expectativas puede ser sometido a reglas normativas. La cuestión de asimilación o no, en caso de decepciones, es tan importante que no puede ser relegada al arbitrio privado. La elección de otro tipo tiene que ser institucionalizada.

Más aún, para asegurar el cumplimiento de las expectativas, el sistema social organiza su estructura, con el fin de reducir la complejidad de las relaciones desarrolladas por sus integrantes, lo que será abordado en el próximo asunto.

El sistema social busca 'seleccionar' los elementos que componen la comunicación dentro de su límite; asimismo, busca legitimar estructuras para mantener el orden de expectativas elegidas como prioritarias para una coexistencia armoniosa. La sociedad se encarga de determinar –en base a sus experiencias pasadas– los valores que servirán como guías de conducta y de expectativa recíproca, con el propósito de construir estructuras responsables por reducir la complejidad y la contingencia.

Según Luhmann (1972), las decepciones llevan a la incertidumbre y a la inseguridad, y ese aspecto del problema no se puede resolver por una compensación de costos o beneficios caso por caso. Algunas expectativas simplemente no pueden ser absorbidas/soportadas por la sociedad. Dentro de un gran rol de 'expectativas', el sistema social determina las que le son indispensables para su mantenimiento, constituyendo la base del sistema jurídico y normativo. A este respecto, señala Luhmann (1972: 75):

La tesis de una necesaria superproducción de expectativas normativas, de una multiplicidad y contradicción siempre demasiado amplias en el sistema normativo de la sociedad, es de importancia fundamental para una teoría evolutiva del derecho.

Estas expectativas que establecen la reducción de complejidad y contingencia se denominan 'expectativas normativas', y en ellas se mantiene la expectativa a pesar de las decepciones por medio de estructuras institucionalizadas. La existencia de expectativas normativas es primordial para la formación y evolución del derecho de la sociedad; así continúa Luhmann (1972: 76):

La contribución de la expectativa normativa para el desarrollo de sistemas complejos está relacionada con su tendencia a dilatar las posibilidades de expectativas, juntamente con su intención contrafactual. Esa contribución se fundamenta en las necesidades de convivencia social, en su necesidad elevada de expectativas normativas, lo que lleva a una superproducción. Ese mecanismo puede ser caracterizado como fundamental, pues es el que posibilita la formación del derecho –no en el sentido de una norma superior justificando la inferior, ni de lo estable justificando lo inestable, sino lo contrario: es un mecanismo que genera posibilidades de esperar algo normativamente, con relación a lo cual el derecho puede servir como una estructura de selecciones.

Por medio de la consolidación de las expectativas normativas, y debido a la amplitud de las relaciones sociales, los individuos designan instituciones para asegurar la reducción de la contingencia, asegurando el estricto cumplimiento de aquellas expectativas fundamentales. Conforme a lo aseverado por Luhmann (1972: 80), el derecho representa el principal instrumento legitimado por la sociedad, el cual goza de un consenso público para protección de sus valores. Dentro de esa legitimación normativa, el sistema cuida de organizar y estructurar las instituciones que servirán de guardianes de sus expectativas.

El problema, por eso, no puede consistir en una ampliación considerable del consenso. Eso absorbería el potencial de atención disponible para otros temas, eliminándolos rápidamente. La institucionalización de expectativas sobre expectativas solo podrá estar dirigida al mejor aprovechamiento de un mínimo de experiencias simultáneas y sinónimas, distribuyéndolas igualmente entre los significados y los momentos socialmente relevantes, transformando el consenso de tal forma que el 'consenso social general' solo necesite ser cubierto por la experiencia actual de algunas personas, en algunos sentidos y en algunos momentos.  
(...)

Cuando la institucionalización implica desconocidos, hasta mismo en ellos puede suponerse un consenso, suponiendo que aun sin un entendimiento previo explícito exista una concordancia genérica en cuanto a un conjunto mínimo de expectativas sobre expectativas.

Como instrumento de las instituciones jurídicas, el Estado confiere poder coercitivo y decisivo a un grupo selecto de individuos, sensibles a las expectativas de otras personas. Estos 'terceros excluidos' de la relación establecida son los jueces, los que ejercen la función como observadores de segundo orden de un conflicto concreto entre partes litigantes. En otras palabras, los jueces son, antes que nada, elementos políticos dentro de las instituciones, en la medida en que para mantenerse dependen directamente de un consenso popular para perpetuar sus expectativas; así continúa Luhmann (1972: 84):

Las instituciones se fundamentan, por lo tanto, no en la concordancia factual de determinantes manifestaciones de opiniones, sino en el éxito de sobrestimarlas. Su continuidad está garantizada mientras casi todos supongan que casi todos están de acuerdo.

(...)

Ahí tenemos que el desarrollo más amplio del derecho en el sentido de que una institución del derecho solo es posible si la función institucionalizante de los terceros desemboca en roles especiales que puedan llenar esa condición: he ahí el papel de juez.

La naturaleza de las 'instituciones jurídicas' está, por consiguiente, directamente vinculada a su carácter político, en el sentido de legitimación popular de la mayoría en concordar y sobrestimar las expectativas. El ejercicio de la función de juez (tercero excluido) supone conocer las expectativas ajenas, con el fin de encontrar una solución legítima para el conflicto sometido a decisión. Recordemos que lo que se intenta observar en la tesis es cómo un individuo que pertenece a una realidad socioeconómica distinta, sujeto a otros tipos de conflicto, logra éxito en analizar expectativas de expectativas de otras personas con telones de fondo históricos muchas veces completamente distintos.

Sin embargo, la sociedad cambia sus valores con el paso del tiempo, lo que implica un subsecuente cambio de expectativas. Mientras se cambian las expectativas, se transforman también la jurisprudencia y las instituciones. Conforme a lo expuesto por Luhmann, la sociedad legitima políticamente las instituciones, delegando a expertos (terceros excluidos) la reducción de complejidad y el consenso en torno a expectativas; en el judiciary, las

expectativas de expectativas son de terceros, que consolidan sus orientaciones causales sobre los litigantes en forma de jurisprudencia. La 'jurisprudencia', considerada por sí sola, posee un importante rol circunstancial, en que el tribunal refuerza las providencias (reacción) del Estado sobre una determinada acción; el tribunal proyecta una expectativa en base al historial de conflictos sometidos a análisis. El juez, como tercero no participante, aplica la ley haciendo una relación entre conflicto, expectativas y el texto legal positivado.

Dentro de ese contexto sistémico, contingente y reflexivo, se podría considerar a la *justicia social como una expectativa momentánea y circunstancial, que cambia de acuerdo con los diferentes momentos de la sociedad, para los cuales el judiciary debe encontrar un punto de convergencia para hallar una respuesta a las expectativas del pueblo*. En otras palabras, la carencia por justicia social sería una 'decepción momentánea', marcadamente social y que al mismo tiempo demanda una rápida respuesta por parte del poder público, para que la institución no caiga en descrédito. A este respecto es posible relacionar a Luhmann (1972: 59):

A las ofensas públicas solo se puede reaccionar de inmediato. Cualquier atraso reduce su credibilidad, o incluso su legitimidad, pues al mismo tiempo los espectadores ya constituyeron sus expectativas de expectativas, y no quieren sufrir desilusiones. La interdependencia de las expectativas lesionadas se convierte en presión de tiempo, pero de esa forma solo se agudiza un problema que ya existe: la decepción no puede, aunque lo desee, ignorar la realidad, pero puede no admitirla o aceptarla.

(...)

Su tentativa de imponer su expectativa a posteriori, o por lo menos para casos futuros, demuestra al mismo tiempo con toda clareza su decisión en el sentido de mantener la expectativa. Eso lleva a la tentativa de definición del concepto de la norma por medio de la disposición al uso de sanciones en los casos de su transgresión.

(...)

En resumen, la vida cotidiana ofrece una opción considerable entre posibles explicaciones de decepciones en formas de reacciones. Con eso se abre a diversas proyecciones normativas la perspectiva de su persistencia, sin que se suponga de antemano la necesidad de que ella sea consensual, posea consistencia o esté libre de contradicciones.

Conforme a lo explicado anteriormente, la sociedad establece expectativas normativas, que pueden o no ser reducidas en forma de reglas escritas. La norma

positivada forma parte del conjunto de elementos del sistema jurídico, de modo que el propio sistema cuida de elaborar herramientas legítimas para autoprotegerse, sancionando a los integrantes que no se conducen dentro de las expectativas entendidas como más importantes para la convivencia armoniosa.

Klaus Günther (2004: 374) expone además que Luhmann establece una relación de contingencia entre *ego* y *alter* para el cumplimiento de expectativas y sus decepciones. Según él, hay una relación de expectativas de expectativas que consolida la función de normatividad y juridicidad del derecho de determinada sociedad, la cual, dentro de su complejidad operativa, logra satisfacer las expectativas del mayor número de personas posibles:

Las estructuras que nacen a partir de la situación problemática de doble contingencia no deben solo posibilitar una expectativa complementaria, sino que también deberán hacer posible la expectativa de expectativas.

Si ego establece sus expectativas solo por un determinado comportamiento que está en conformidad o que se desvía del alter, el horizonte de expectativa permanece concreto. Sin embargo, el ego debe ser capaz de considerar la propia selectividad de posibilidades de comportamiento de alter. Integrar y asegurar esta estructura reflexiva constituye, para Luhmann, la función de normatividad y juridicidad. Con el aumento de la complejidad de situaciones, la necesidad de esta función aumenta.

En su interpretación, Günther (2004) refleja la idea de que el derecho se forma según una estructura de expectativas, alimentadas de manera recursiva y contingente por los individuos dentro de un sistema operativamente cerrado. El derecho surge porque determinadas expectativas de comportamientos son seleccionadas y puestas formalmente sobre protección; y este establecimiento de reglas posibilita una orientación de expectativas de acuerdo con un *medium* generalizado, una especie de acuerdo social respecto de expectativas mutuas. Cuando determinada acción ocurre en desacuerdo con las expectativas, el derecho reparará la decepción y rechazará el comportamiento inadecuado. Así sigue Günther (2004: 378):

En este sentido, para que el Derecho surja será necesario que determinadas expectativas sean caracterizadas con una calidad de deber coactivo (*sollqualität*), es decir, sean fijadas con relación a una postura de no aprender, y que sean colocados a disposición mecanismos, como atribuciones de culpa y sanciones, para que

se procese la decepción. Solamente entonces las expectativas podrán perdurar, pasando por diversos casos de decepciones que se diferencian a lo largo del tiempo. En la dimensión social, se trata de seleccionar aquellas expectativas condensadas en una estructura selectiva del derecho. No se discute, para este fin, cualquier expectativa que se tenga privadamente o que sea casualmente compartida en un pequeño grupo, pero solamente aquellas expectativas que pudieron apoyarse, en el sentido de otro generalizado, en la posición de un tercero neutro. Las 'expectativas de expectativas presumibles de terceros' deberán ser supuestas como consenso general y por ello dependen de procedimientos de institucionalización. En el derecho, será posible institucionalizar, de nuevo, la función institucionalizante de modo reflexivo y eso, inicialmente, en la función judicante y, más tarde, por medio de la diferenciación entre legislación y aplicación del derecho. En dimensión objetiva, se trata de la condensación, en términos de contenido, de las expectativas seleccionadas en un sistema de sentido identificable.

En esta cita, Günther (2004) se refiere a la legitimación de un tercero neutro, el cual tiene la función judicante para evaluar las expectativas y decepciones. Esta función es responsable de hacer la combinación binaria de lícito/ilícito que se reproduce dentro del sistema jurídico. Sin embargo, la estructura e institucionalización serán abordadas más adelante. Lo que interesa en este momento es señalar al derecho como un subsistema de la sociedad, creado a partir de una estructura de expectativas mutuas (*ego* y *alter*) de los integrantes del sistema operativamente *clausurado*. Dentro de esas relaciones de *ego* y *alter* se ubica igualmente el 'criterio de justicia', que sirve tanto de argumento para fundamentar las decisiones, como también legitima la propia perpetuación del sistema jurídico *per se*. A ese respecto, asevera Robert Alexy (2011: 109):

El sistema sólo deja de existir como sistema jurídico a partir del momento en que, en virtud del argumento de la injusticia, se deba contestar el carácter jurídico de una cantidad tal de normas que la reserva mínima de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico deja existir.

Aunque para Alexy el discurso configure la esencia del derecho, su perspectiva no posee una gran distancia respecto de la que presenta Luhmann, dado que el argumento de injusticia puede ser caracterizado como una

expectativa frustrada o una decepción configurada. La continuidad del propio sistema jurídico se vincula directamente al grado de satisfacción de las expectativas de los interlocutores, lo que ayuda a percibir su característica autopoietica. Y sobre tales aspectos son importantes las palabras de Celso Campilongo (2011: 152):

Si la sociedad es imaginada como un conjunto de hombres concretos será imposible comprender el concepto de clausura operativa. El modelo de Luhmann supone una gran ruptura con la tradición humanista y con gran parte de la sociología que considera al hombre, en cuanto forma de unidad de sistema psíquico y orgánico, el elemento esencial de la sociedad. Luhmann pone al hombre como ambiente de la sociedad. Al contrario de lo que imaginaban los críticos más apresurados de esa tesis, eso no representa de ninguna manera una desvalorización del hombre frente a la sociedad. Este es un punto fundamental para la comprensión del modelo de Luhmann. Sin su correcta presentación, el modelo queda expuesto a censuras que tienden a adjetivarlo de tecnocrático, antidemocrático, o ‘escandaloso’, por menospreciar al individuo. Primeramente, se debe decir que la diferencia sistema/entorno le atribuye al entorno una importancia tan grande como al sistema. Más allá de eso, decir que los hombres son el entorno del sistema social no significa afirmar que el sistema puede maniobrar o conducir a los hombres a su antojo. Por fin, Luhmann considera el entorno siempre como más complejo y rico de posibilidades que el sistema, es decir, el sistema no logra determinar el entorno (del mismo modo que la sociedad es más compleja que los sistemas psíquicos y nunca es enteramente comprendida por los individuos). De tal modo, el margen de libertad, imprevisibilidad y autonomía que se confiere a los hombres (al entorno de la sociedad) es aún más grande que el que se confiere al sistema o aun a la eventual inclusión de los hombres en el sistema social.

### *c. El derecho positivo: código y programación*

Como hemos visto, Luhmann no abandona la perspectiva positivista sobre el derecho, de manera que acepta la validez y, también de cierta forma, la necesidad de los comandos normativos (sean en forma escrita, como ocurre en el derecho romano, sean en forma de orientaciones jurisprudenciales, tal como el derecho consuetudinario). Con cierta frecuencia, Luhmann se refiere a



los supuestos de Kelsen para sostener la lógica jerárquica entre normas y a la aplicación de sus comandos a los casos concretos.

Para Luhmann, el derecho positivo configura una amplitud de representación de expectativas de la sociedad, que eligieron las principales conductas a proteger por medio de la norma escrita. Tal derecho constituye un sistema binario de programación, orientado a prever la licitud (*recht*) y la ilicitud (*unrecht*) de determinada acción/expectativa (Günther, 2004). A este respecto se debe citar a Günther (2004: 376):

Luhmann, por eso, admite solo dos posibilidades de posicionamiento del sistema jurídico en relación con cambios en su entorno, de tal modo que el mismo consiga cambiar: en la dimensión del código, por medio de la introducción de un tercer valor que aumente el esquematismo binario original y funcione como un llamado 'valor de rechazo'. De ese modo, podremos relacionar los códigos de diversos sistemas parciales entre sí, sin necesitar adoptar la respectiva codificación; esta codificación será rechazada por medio del respectivo 'valor de rechazo'. Con esto, el código, representado por el tercer valor, puede ser, simultáneamente, considerado y desconsiderado; se trata de un tercer elemento que es, al mismo tiempo, incluido y excluido: 'Se rechaza... la calidad de criterio (la función de código) de los códigos de otros sistemas para el propio sistema, y no la relevancia de sus valores'. Con eso, será posible pensar acerca de la perspectiva de otros códigos en el sistema, sin propiamente observar el código distinto. De ese modo, la 'policontextualidad de la sociedad' consigue ser representada en el sistema parcial. La desventaja de la tríplice valoración, sin embargo, consiste en que la decisión entre los propios valores licitud/ilicitud (*recht/unrecht*) quedará, respectivamente en relación con el tercer valor, aguardando nuevamente. Con eso, resurge la paradoja que necesitaba ser evitada, a fin de refutar la cuestión de que el derecho introduce licitud e ilicitud (*recht und unrecht*).

Siguiendo el supuesto fundamental de la Teoría de Sistemas, Luhmann vislumbra como uno de los elementos más intrínsecos del subsistema del Derecho el objetivo de reducir la complejidad entre las relaciones de conflicto dirigidas al poder judicial. Así, la estructura de normas positivadas, la argumentación y los axiomas deberían actuar entrelazados como elementos operativos del referido subsistema. Todas esas relaciones proporcionan interacciones entre los demás subsistemas y fortalecen el argumento de

Luhmann sobre la característica interdisciplinaria de las relaciones de naturaleza jurídica. El profesor Paulo de Barros Carvalho (2011: 79) logra ejemplificar la relación simbiótica entre los demás subsistemas, en especial con el legislativo (subsistema político):

Orientar las conductas interhumanas, en el sentido de propiciar la realización de valores relacionados a los sentimientos sociales, en un determinado sector del tiempo histórico, puede ser considerado como el primordial objetivo del derecho. Sin embargo esa preordenación de comportamientos posibles, en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, solo es estimulada, instigada, provocada por los mecanismos lingüísticos de los cuales puede servirse el instrumento jurídico, visto que sabemos que el lenguaje, aunque proferido con la autoridad coactiva de los órganos del Poder Público, no llega a tocar materialmente los eventos y las conductas por ella regulados. El legislador, tomado aquí en su sentido amplio, tiene que operar con creencias, hábitos sociales, sentimientos y estimativas; tiene que aprender, históricamente, la marcha de lo social, para que sea posible motivar a los destinatarios de la regla jurídica, induciéndolos a realizar las expectativas normativas.

Vale la pena citar también a otro jurista que se preocupa de establecer una perspectiva social del derecho, considerando su forma positiva, a saber, L.A. Hart. Para él, el positivismo parte de una idea central de separar derecho y moral; en esta segregación sería posible afirmar que el conocimiento de contenido de la ley no tiene, en sí, nada que ver con lo que se debe hacer desde el punto de vista moral (Simmonds, in Bunnin y James, 2002: 400). En resumen, el motivo de que Hart adopte una concepción positiva del derecho refleja el hecho de que este se configura como un fenómeno social. Aunque distinta en otros puntos, es posible notar la convergencia entre argumentos centrales defendidos por Luhmann y otros nombres destacados en la filosofía jurídica, tal como Hart y Kelsen.

Aún tratando sobre el mecanismo codificado del derecho, en el ámbito de su mayor reglamento, el Ministro de la Corte Suprema brasileña, Gilmar Mendes (2007: 05), cita las lecciones del constitucionalista portugués J. J. Gomes Canotilho (el cual es muy respetado en Brasil), que establece un marco decisivo del Estado sobre la real motivación/intención que se buscará con las normas constitucionales:

En otras palabras, en un resumen del propio Canotilho, lo que tenemos que decidir es –antes que nada– si la constitución ha de ser una ley del Estado, y solo de él, o un estatuto jurídico del fenómeno político en su totalidad, o sea, un plan normativo global que cuide no solo del Estado, sino más bien de toda la sociedad. Sucede que, a partir de esa decisión preliminar, tanto la teoría como la praxis constitucionales representarán la idea o la ideología subyacentes a esa opción de base, haciendo visible la voluntad del constituyente, la fórmula política que, a su vez, se materializó en la Constitución y condicionará su realización.

Sobre la noción de integración social que se busca por medio de la Constitución –que resume los elementos más importantes de intersección entre diversos subsistemas y que representa el norte que rige a la sociedad como un todo– diversos otros autores elaboran diversas teorías sobre la efectiva participación de la sociedad en el proceso de decisión, en especial, la representación social en el ámbito de la suprema corte. El autor que en los últimos años goza de mayor prestigio en la teoría constitucional brasileña (y dentro de la concepción seguida por la corte suprema) es el alemán Peter Häberle, que considera la verdadera noción de constitución no la simple norma escrita, sino el ‘proceso interpretativo por toda la sociedad’. Tal concepción se muestra adecuada para una sociedad democrática, que garantiza a sus interlocutores una eficaz y real participación en el ejercicio del derecho; acerca de ese aspecto, resume Gilmar Mendes (2007: 05):

Según esa concepción, en las palabras del propio Häberle, la ley constitucional y la interpretación constitucional republicana sucederían en una sociedad pluralista y abierta, como obra de todos los participantes, en momentos de diálogo y de conflicto, de continuidad y de discontinuidad, de tesis y antítesis. Solo así, comprendida como orden jurídica fundamental del Estado y de la sociedad, la Carta Política será también una constitución abierta, de una sociedad abierta y verdaderamente democrática.

Y sobre tal concepción, la cual guarda estricta coherencia con la idea de Luhmann sobre los elementos que componen el subsistema del derecho, más adelante se abordarán los mecanismos formales de intervención ante la Corte Suprema

#### *d. Comportamiento, sanciones y legitimación del Estado*

Según lo que expone Luhmann de manera recurrente en su obra *Sociología del Derecho* (1972), el comportamiento social sigue una secuencia de acciones y reacciones fundadas en expectativas, relacionadas con el 'sentido' y con 'referencias pasadas'. El 'sentido', en concreto, opera como un elemento de síntesis particular a cada individuo, responsable por reducir la complejidad y escoger su acción dentro de un universo de posibilidades y expectativas (contingencia). La capacidad de abstracción sobre expectativas de expectativas varía según el grado de desarrollo social del individuo; lo que explica la necesidad de que el tercero no interesado (el juez) disponga de un grado de sensibilidad diferencial, para lograr éxito en satisfacer las expectativas de los litigantes, de modo que no conlleve descrédito al poder judicial. Su interpretación acerca de los conflictos debe ubicarse en un nivel más avanzado que el de la normalidad popular, aunque simultáneamente consciente de las situaciones enfrentadas por la gente común y el comportamiento esperado de un individuo, cuando sometido a determinadas situaciones. La falta de sensibilidad, o errores de interpretación de las expectativas de la sociedad llevan el judiciary al descrédito y a desilusiones colectivas.

El comportamiento debe estar dentro de la estructura de expectativas de la sociedad, de modo que al transgredirse aquellos que son considerados esenciales para el mantenimiento del sistema, este cuida de rechazarlos por medio de sanciones legítimamente validadas por la sociedad (Luhmann, 1972: 103):

Dichas reglas las denominaremos programas, cuando las condiciones de su aplicación son especificadas. Este es el caso cuando, al conocerse mejor una situación, las reglas llevan a esperarse determinadas acciones o determinadas consecuencias de acciones. (...) Una acción que corresponde al programa es correcta.

Esa justificación de acción no es alcanzada cuando la complejidad de expectativas es identificada solo en el nivel más abstracto de la generalización, o sea, solo a través de valores. Valores son elecciones sobre la preferencia de acciones.

Sin embargo, el tercero no interesado debe aceptar el hecho de que no es posible establecer una jerarquía de valores; de igual manera, no existe un sistema de valores. Los elementos axiológicos no podrán servir de justificación para acciones, ni mucho menos sostener los comandos del juez. Sin embargo, los aspectos subjetivos componen la esencia del sentido, el cual naturalmente

opera como un reductor de complejidad dentro del límite sistémico. La complejidad de las relaciones sociales actuales demanda una estructura libre de elecciones pautadas por experiencias anteriores. El hecho de abstraerse sobre una situación hipotética de expectativas no significa que los valores servirán como elementos decisivos en la sentencia. Sobre tal aspecto señala Luhmann (1972: 109):

Eso no significa que las personas y los valores pierden su significado para el derecho, sin embargo que la identificación y la mutabilidad de las complejiones de expectativas en el derecho no más están vinculadas a una persona o a una justificativa a través de un valor.

Según esta perspectiva, el derecho cuida de seleccionar determinados comandos que la sociedad entiende como necesario que consten de forma expresa en su estructura, la cual debe ser protegida por las instituciones públicas. Luhmann (1972: 109) resume todos estos puntos de forma exitosa:

Para facilitar la comprensión, los resultados hasta ahora obtenidos pueden ser resumidos bajo la forma de algunas tesis: el comportamiento social en un mundo altamente complejo y contingente exige la realización de reducciones que posibiliten expectativas comportamentales recíprocas y que son orientadas a partir de las expectativas sobre tales expectativas. En la dimensión temporal esas estructuras de expectativas pueden ser estabilizadas contra frustraciones a través de la normalización. Frente a la creciente complejidad social eso supone una diferenciación entre expectativas cognitivas (disposición a asimilación) y normativas, además de la disponibilidad de mecanismos eficientes para el procesamiento de decepciones, frustraciones. En la dimensión social esas estructuras de expectativas pueden ser institucionalizadas, en otras palabras, apoyadas sobre el consenso esperado a partir de terceros. Debido a la creciente complejidad social eso exige cada vez más suposiciones ficticias del consenso y también la institucionalización del acto de institucionalizar a través de roles especiales. En la dimensión práctica esas estructuras de expectativas pueden ser fijadas externamente a través de un sentido idéntico, componiendo una interrelación de confirmaciones y limitaciones recíprocas. Debido a la creciente complejidad social

eso exige una diferenciación de los diversos planos de abstracción.

(...)

En realidad existe un alto grado de discrepancia en la forma de funcionamiento de esos mecanismos. Ellos pueden generalizar expectativas diferentes, incompatibles. Ellos pueden bloquearse, dificultarse recíprocamente. Esas incongruencias forman un problema estructural de cualquier sociedad, y es frente a ese problema que el derecho constituye su función social.

Los comportamientos en contra de las expectativas normativas son objeto de sanciones, las que son respuestas temporales y circunstanciales oriundas del poder estatal que imponen, por medios legítimos de fuerza, restricciones al individuo. El Derecho, como orientador y observador de expectativas comportamentales, debe servir de guardián de los intereses primordiales de la sociedad.

Según Luhmann (1972), la 'fuerza física' no significa necesariamente efectos físicos en cuanto movimiento o daños a la persona; pero representa aspectos sensoriales y simbólicos, que siguen el evento físico-orgánico y presentan los elementos de decisión. En otras palabras, el uso de la fuerza física no es un 'medio para llegar a una expectativa', sino una manifestación de los mecanismos constituyentes del derecho. Por último, conviene resumir la puntual definición luhmanniana (1972: 115) de derecho:

Definido en esos términos, el derecho es concebido funcional y selectivamente --en otras palabras, no a través de la constancia de una dada calidad original del 'deber-ser', ni a través de un determinado mecanismo factual, por ejemplo la 'sanción estatal'. Esos elementos convencionales de definición del derecho no son, con eso, excluidos o hechos irrelevantes, pero son referidos como características que determinan la naturaleza del derecho. El derecho no es primariamente un ordenamiento coactivo, sino un alivio para las expectativas. El alivio consiste en la disponibilidad de caminos congruentemente generalizados para las expectativas, significando una eficiente indiferencia inofensiva contra otras posibilidades, que reduce considerablemente el riesgo de una expectativa contrafactual. La coacción relevante para el derecho en términos constitutivos reside en la obligatoriedad de seleccionar expectativas, la cual, a su vez, en pocos pero importantes casos puede motivar la imposición de determinados comportamientos. (...) En ese sentido el derecho es una de las bases imprescindibles de la evolución social.

Sobre esta compleja base teórica, Luhmann construye su perspectiva sobre el derecho y al mismo tiempo ofrece una nueva perspectiva de sociología jurídica, diferente de la rigidez metodológica y estructural presentada por la epistemología posempirista. Como se percibe, el derecho está formado por un conjunto de expectativas, comportamientos y personas, operativizadas dentro de un espacio de tiempo y apoyado por instituciones validadas por el sistema social. Entonces, conceptos como 'justicia social' serían contingentes, mutables y circunstanciales, en que los terceros no interesados elaboran sus generalizaciones por medio de una relación simultánea de consenso, sentido y fuerza para corresponder a expectativas de expectativas con respecto a determinada situación concreta, dentro de un espacio de tiempo hábil para no decepcionar a los interlocutores sociales.

### **5.5. Fundamentos luhmannianos para el concepto de justicia**

El estudio del 'argumento de justicia' es notablemente algo fundamental dentro del derecho, de modo que ha sido largamente discutido por diversos autores y desde diferentes abordajes. Perelman detalla algunas de esas percepciones en sus estudios, de manera que logra llegar a una definición formal para tal término controvertido: "La justicia de un acto consiste en la igualdad de tratamiento que les reserva a todos los miembros de una misma categoría esencial" (2004: 67). La dificultad de aplicación de tal concepto al caso concreto, sin embargo, es considerada por el propio Perelman (2004: 137) como algo inherente:

Personalmente, siempre busqué extender el papel de la razón, y fue sobre esa perspectiva que comencé, hace más de treinta años, mi análisis de la noción de justicia. Aplicando a tal noción un método de análisis de inspiración positivista, obtuve un primer resultado: pude evidenciar una noción de justicia formal que corresponde a la regla de justicia, según la cual es justo tratar del mismo modo situaciones esencialmente semejantes. Tal regla, que es central en toda aplicación de una norma a situaciones particulares, es indispensable en cualquier concepción positivista del derecho. Ella parece, a primera vista, ajena a cualquier juicio de valor. Sin embargo, tan pronto se busca utilizar esa regla, es preciso decidir si una situación nueva es o no esencialmente semejante a otra que podría servir de precedente, y se vuelve inevitable el recurso a un juicio de valor: de hecho, cumple declarar que las diferencias que distinguen los dos casos son o no descartables.

Nótese, por lo tanto, que la problemática sobre los elementos que componen el concepto de 'justicia' ha sido largamente debatida, en especial sobre la participación de elementos como la argumentación y los axiomas (elementos valorativos). Es sobre este escenario que Luhmann construye su modelo teórico, preocupándose en abordar temas sensibles, tales como consistencia argumentativa, expectativas sociales, razón, equidad, entre otros, los cuales serán presentados a continuación. Todo eso, por supuesto, considerando como pilar el fundamento de que los sistemas autopoieticos surgen como forma de reducción de complejidad, posibilitando al hombre la comprensión de los fenómenos físicos, biológicos y sociales que lo rodean, evitando, pues, que se enfrente una carga de informaciones sin fin, la cual frustraría las expectativas desarrolladas.

*a. La justicia dentro de la estructura sistémica - una fórmula de contingencia*

Luhmann también se ocupó de cuestionar el concepto de justicia para el sistema jurídico y su papel dentro de la sociedad, de tal manera que lo estableció como elemento indisoluble del estudio de la teoría del derecho; para el filósofo alemán, el tema de la justicia trae consigo una importancia tan grande para el sistema social (y aún más, para el subsistema del derecho), que no se puede percibir apenas como un criterio establecido según reglas subjetivas de la moral, la ética y las interpretaciones. En este sentido, introduce Luhmann (1972: 116) la problemática que involucra tal hecho:

Por indiscutible que sea la calidad ética de la exigencia moral de la justicia, la teoría del derecho no puede quedar saciada con esta solución. Por decirlo de alguna manera, la teoría del derecho no puede quedar satisfecha con dejar prácticamente en manos de la ética la idea de la justicia para verse obligada, entonces, a incorporarla dentro de sí misma. Habíamos aceptado que el sistema del derecho juridifica las normas morales, al citarlas; pero el que esto sea así, tiene que comprobarse específicamente por medio de textos jurídicos. Esto no se deduce simplemente de que las decisiones jurídicas tengan que fundamentarse. El problema se encuentra, *horrible dictu*, en el mismo nivel en el que se citan los estándares técnicos, o en el mismo nivel del mejor conocimiento competente posible: en las disposiciones particulares del sistema jurídico.

De la cita arriba se percibe que Luhmann equipara la importancia de la justicia dentro del sistema jurídico como del mismo status que la propia norma positivada y la argumentación (que, conforme ya planteado en los tópicos



anteriores, son elementos considerados primordiales para la formación del sistema jurídico). Naturalmente, dada la magnitud de la importancia que la justicia implica dentro para la sociedad, Luhmann (1972: 144) continúa delimitando los problemas claves relacionados con aquella, considerando los supuestos de la teoría de sistemas:

Mientras que en otro sentido las autodescripciones se producen en forma de teoría (lo que significa también que son discutibles), la idea de justicia requiere evidentemente una calidad normativa. En la tradición véteroeuropea, esta norma se comprende como armonía social y se encuentra referida a la sociedad en general; la sociedad, a su vez, se entiende, entonces, como convivencia jurídicamente constituida.

(...)

En primer lugar, hemos delimitado el problema de la justicia mediante distinciones: se trata de autorreferencia, pero no como operación, sino como observación; no a nivel del código, sino a nivel de los programas; y no en forma de una teoría, sino en la forma de una norma (propensa al desengaño). Todo eso significa que pueden existir sistemas jurídicos injustos (o: más o menos justos). Ni la autopoiesis operativa del sistema, ni el código necesariamente invariable, pueden ser 'justos'. Esta delimitación es importante para la precisión del planteamiento de la pregunta. Pero: ¿qué es lo que exactamente se determina, así, como lo positivo? ¿Cómo se puede especificar esta autoconfrontación mediante una norma autorreferente? ¿Cómo puede el sistema expresar la propia unidad en un programa normativo, que se puede aplicar al mismo tiempo en el sistema, a decir verdad, en todas partes?

Después de esta serie de argumentos, Luhmann describe el punto central de su idea de justicia, 'considerándola como una fórmula de contingencia del subsistema jurídico', lo que significa ponerla como un elemento recursivo del sistema del derecho, naturalmente inherente a su propia clausura operativa. Esto implica ser (la justicia) un elemento que forma parte de las relaciones autorreferentes intrínsecas al funcionamiento del referido subsistema. Vale la pena transcribir el pasaje a continuación:

En busca de respuestas a estas preguntas, partimos de que la idea de justicia se puede entender como fórmula de contingencia del sistema jurídico. Así, esta fórmula se sitúa, sin que tengamos que utilizar el concepto de valor, en un plano en el que puede ser

comparada con otras fórmulas de contingencia –por ejemplo, con el principio de limitación (= fertilidad de las negaciones) en el sistema científico, con el principio de escasez en el sistema económico, con la idea de un dios único en el sistema religioso, o con ideas como la formación o la capacidad de aprendizaje en el sistema educativo. El concepto de fórmula de contingencia toma así el lugar de una gran cantidad de otros conceptos decisivos en la definición de justicia: virtud, principio, idea, valor... Pero no sustituye del todo dichas aserciones; eso se debe a que sólo un observador externo puede hablar, como pretendemos mostrar, de fórmula de contingencia; mientras que el propio sistema tiene que designar la justicia como ofrecimiento con lo que el sistema se identifica como idea, como principio, como valor. Al interior del sistema, la fórmula de contingencia se asegura como irrefutable; se le ‘canoniza’, como se pudiera expresar siguiendo a Aleida y Jan Assmann.

Con el concepto de fórmula de contingencia, extraemos en primer lugar la conclusión de que ya no procede el concepto iusnaturalista de justicia. La propia naturaleza no es justa, en ningún sentido comprensible. (...) Las fórmulas de contingencia se refieren a la diferencia entre indeterminabilidad y determinabilidad. Su función consiste en rebasar ellas mismas este límite y recurren para ello a factores plausibles históricamente dados. Esto mismo se puede expresar mediante el concepto lógico de despliegue de las paradojas o de las tautologías. O también se puede expresar mediante el concepto, proveniente de la teoría de los sistemas con capacidad de observar, de hacer observable lo inobservable, al sustituir una diferencia por una unidad que sólo puede describirse como paradoja o como tautología.

Con la dimensión indeterminabilidad/determinabilidad no nos referimos a hechos consumados (captados, designados), sino tan sólo a la posibilidad de manejarlos de otra manera. Por ello, utilizamos el concepto de ‘fórmula de contingencia’. Un sistema que procesa sus operaciones internas mediante informaciones, siempre tiene a la vista también otras posibilidades. En el caso del sistema jurídico, esta orientación por contingencia se refuerza en la medida en que el sistema se encuentra ya inmerso en una mayor positivización del derecho. Porque con ello se da por concedido que todas las normas jurídicas y todas las decisiones, todas las causas y argumentos podrían tomar, también, otra. (Luhmann, 2005: 280-282)

Así, refuerza el hecho de que la justicia es un elemento de contingencia, en cuanto representa un elemento concreto del sistema, en tanto que los operadores ejercen su función de elección de los códigos de derecho positivo para componer los argumentos de decisión dentro de una situación de litigio (u otra que demande del observador que elija una solución 'justa' aceptable por los demás interlocutores del sistema del cual se es parte). Como consecuencia natural de esta percepción teórica, se deriva que el éxito de recepción de la elección 'justa' dentro del sistema depende de su *capacidad de adecuación* a ello. En otras palabras, la justicia es sobre todo una operación recursiva de distinción, oriunda de una *observación autorreferente*. La justicia, entonces, aparece con la misma importancia que la norma positivada, pero una norma distinta de los criterios regulares de selección (sin un destino ya preestablecido en cada caso), pues se encuentra en la base que sostiene todo el sistema jurídico –evitando las decepciones y satisfaciendo las expectativas de los participantes de la sociedad, lo que está íntimamente vinculado al hecho de que el juez dicte decisiones consistentes.

Específicamente en lo que concierne a la problemática de 'justicia social' (conceptualmente vinculada a la noción de igualdad), Luhmann (2005: 288-289) plantea el concepto de justicia como un principio que se alimenta a sí mismo, de modo que la fórmula de contingencia presenta una naturaleza abstracta y generalista, conforme se extrae de su texto:

Al mismo tiempo, la práctica jurídica orientada por textos (conceptos, dogmas), permite una comprensión distinta del problema de la justicia. La justicia puede relacionarse ahora de una manera distinta con la forma de la igualdad: en la forma de reglas que deciden casos iguales de manera igual (y por lo tanto; casos desiguales, de manera desigual). En una versión compacta: la justicia se puede designar como consistencia de la toma de decisión.

Con relación a la justicia conmutativa y a la justicia distributiva (que le es paralela), se logra aquí un paso de abstracción que presupone la existencia de un sistema jurídico diferenciado que es el que constituye los casos jurídicos.

(...)

El principio de consistencia en la toma de decisión que separado de otros juicios de valor que circulan en la sociedad, por ejemplo, de la cuestión de si los afectados son ricos o pobres, si llevan una conducta moral intachable, sí requieren urgentemente ayuda.

Y continúa, de modo que quede clara la intención de Luhmann en separar la justicia del juicio moral *per se*, mientras mantiene su preocupación en precisar la tenue frontera que separa el sistema político del jurídico, ya entrando en el campo

de la problemática oriunda de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán (que es el equivalente a la suprema corte brasileña), lo cual, para el filósofo, manifiesta preocupantes interferencias exógenas. Dichas interferencias –políticas y axiológicas– acabaron creando un ambiente de crisis en el concepto de justicia, seguramente análogo a la situación de Brasil, lo que representa un riesgo para la propia aplicación del derecho al caso concreto:

Los problemas que de allí resultan ocupan, por lo menos en Alemania, a la jurisprudencia constitucional. Esta se entiende como control del equilibrio de los valores; sin embargo sólo sustituye un criterio por otro (eventualmente) distinto. La frontera entre el sistema político y el jurídico, de la que depende la propia jurisdicción constitucional (tanto jurídica como políticamente) se va borrando.

(...)

En vista de estos problemas –cuyo aumento está inducido tanto políticamente, como por las injerencias legislativas en el derecho, como por la programación orientada hacia fines–, se puede comprender por qué la crisis del principio de justicia ya no se puede resolver con el derecho natural. (...) Una clara separación entre justicia y juicio moral (o bien reflexión ética), no es sólo una cuestión de autonomía del sistema jurídico. La separación garantiza también la independencia jurídica de la evaluación moral del derecho y, no por último, garantiza la posibilidad del desacuerdo moral en la evaluación de las cuestiones jurídicas. (Luhmann, 2005: 292-293)

Sin embargo, importa considerar los supuestos fundamentales que llevaron Luhmann a sostener que el derecho es un subsistema objetivado a una función de estabilizar las expectativas normativas y de reducción de complejidad, respetando la transitoriedad tanto de los dispositivos legales como también de los elementos que componen la estructura argumentativa del juez. Así, el cuestionamiento de la función del derecho para Luhmann es el norte para enfrentarlo como una estructura de conocimiento en cuanto proceso de elección o decisión. Mientras en la teoría de Kelsen la pregunta que se hace es ‘qué es el derecho’, garantizando un foco a la estructura orgánica del sistema jurídico positivo jerarquizado, para Luhmann se hace necesario un análisis del derecho desde una perspectiva funcional, como elemento integrante de la Teoría de los Sistemas, sobre la cual se aspira a una reducción de complejidad de las operaciones, por medio de códigos singulares (característicos del sistema jurídico). Así, por supuesto, justamente por adoptar códigos propios y un objeto de estudio diferenciado, Luhmann distingue el subsistema jurídico del político.

Conforme abordado en los tópicos anteriores, donde se hace referencia a Klaus Günter, el uso de la dicotomía derecho/no-derecho, lícito/ilícito permite al sistema jurídico el análisis de casos concretos, experimentados en situaciones de conflictos. Por consiguiente, se hace posible la búsqueda por la solución de los litigios y el mantenimiento del sistema vigente, por medio de la legitimación del poder. Sobre ese asunto, es interesante citar al filósofo brasileño Celso Campilongo (2011: 09):

Su tarea es la de garantizar y mantener las expectativas en cuanto a los intereses cuidados por el derecho y ofrecer respuestas, claras y justificadas, en los casos de conflicto. Ahí la definición luhmanniana de derecho como 'generalización congruente de expectativas normativas'. En base a expectativas normativas estabilizadas, los programas del sistema jurídico implementan el valor del código del derecho (lícito/ilícito). Es así que el sistema jurídico decide a quien otorgar razón a partir del propio derecho.

Otro autor que logra comentar con éxito la perspectiva de Luhmann sobre justicia es el jurista y filósofo alemán Karl Larenz, quien relaciona en concreto la importancia que la dogmática asume dentro de la definición conceptual defendida por Luhmann:

Luhmann relaciona, por fin, al doble proceso de aumento y reducción de 'complejidad' por parte de la dogmática jurídica con la idea de justicia, como aquel polo que indica la unidad del orden jurídico como un todo y frente al cual el sistema conceptual dogmático tiene en cuenta la complejidad del Derecho. La justicia se refiere a las exigencias generales del Derecho; la dogmática representa 'el plano inmanente al sistema jurídico, en lo cual estas exigencias se reespecifican y operacionalizan'. Esto sucede a través de la evolución de los criterios que sirven para diferenciar Derecho y no-Derecho. Vistos formalmente, estos criterios consistirían en 'reglas de diferenciación del igual y del desigual', para satisfacer las exigencias de la justicia. Mediante la elaboración de criterios de este tipo, la dogmática serviría a la 'diferenciación del sistema jurídico' y en el fondo, a 'la idea' de que el Derecho 'debe ser tratado de acuerdo con criterios específicamente jurídicos'. Digamos esto con nuestras propias palabras: la dogmática realiza la mediación permanente entre las exigencias últimas de los valores fundamentales y principios generalmente aceptados, tanto como un conjunto de normas 'dadas', como entre estas –y de este modo, en

última instancia, también con los propios principios– y sus ‘aplicaciones’ en situaciones diversas y variadas. (Larenz, 1997: 324)

Sin embargo, para detallar de forma más eficaz la perspectiva luhmanniana de justicia, es necesario abordar también su comprensión sobre la importancia de los elementos axiológicos y argumentativos dentro del sistema jurídico.

*b. La importancia de la consistencia en las decisiones y el papel de la argumentación jurídica - La función del juez en la aplicación del derecho y el proceso de decisión como ‘draw a distinction’.*

Uno de los atractivos de la filosofía luhmanniana del derecho, y su consecuente aplicación, se relaciona con el hecho de que logra corresponder elementos puros de filosofía y sociología frente a la realidad pragmática enfrentada por los operadores del derecho. Su sensibilidad en tender un puente entre lo teórico y lo real garantiza un considerable grado de credibilidad en sus lecciones. Dentro de tal esfera de conocimiento aplicable, Luhmann logra buscar los términos de la Teoría de Sistemas que encuadran a la estructura cambiante del derecho, y la adecuación de los elementos axiológicos que componen las perspectivas de los observadores. En el presente apartado se buscará presentar otros argumentos de Niklas Luhmann concernientes a la formación de la concepción del criterio de ‘justicia’; para esto, es interesante vislumbrar el análisis que hace Ives Gandra Martins (2011: 82) sobre el origen del término que consideramos hoy como ‘justicia’, para facilitar la comprensión sobre lo que se abordará en seguida:

En la misma terminología adoptada, el término “jurídico” proviene de la concepción moderna que empieza en el Derecho Romano. Para los romanos, el vocablo ‘Derecho’, o ‘reto’, equivalía a *jus*, o ‘justo’. De ahí la razón por la cual la equivalencia entre los términos llevó a diversas variantes como ‘justicia’ y ‘jurídica’, vocablos provenientes de la concepciones del Derecho como sistema que tiene por objeto la materia *jus*. De esta manera, hoy se traduce *jus civile* como ‘Derecho civil’ de cara a esa equivalencia. La palabra ‘justicia’, que viene de *jus*, es la consecuencia natural de la búsqueda de un sistema científico que el Derecho aspira a conseguir, fundamentado en lo que representa, según mi percepción, la esencia del Derecho, o ‘el ideal de la justicia’.

A lo largo del proceso de formulación de la Constitución de la sociedad, se discuten cuáles valores integrarán el orden jurídico, orientando la producción

normativa. Sin embargo, a pesar de parecer, a primera vista, que tal actividad podría constitucionalizar cualquier principio como un elemento ‘fundador de un nuevo orden jurídico’, no se puede olvidar que el orden positivado se encuentra inmerso dentro de una realidad social compleja, la cual posee principios anteriores y ajenos al mundo jurídico y que influyen la construcción del orden jurídico originario. La moral, los valores de la sociedad, el pensamiento económico, político y social vigentes no vinculan directamente las acciones, pero representan elementos de influencia en el acto en que ocurre la fundación del orden jurídico que irá a regular todas las relaciones dentro del sistema social que lo creó. Ignorar tal dinámica es admitir que el orden jurídico es ajeno a la realidad del propio sistema. Creado el nuevo orden jurídico –materializado por la Constitución– quedan establecidas las condiciones básicas para sostener las decisiones posteriores que generarán más elementos textuales, por medio de un proceso autopoietico intenso.

Según Luhmann, el concepto de justicia guarda una estrecha relación con la ‘argumentación’ utilizada por el operador del derecho. Aunque ningún argumento tiene el poder de cambiar el derecho vigente y las consecuencias oriundas de las predisposiciones positivadas, los textos cuidan de producir el acoplamiento estructural de los elementos de validez con la estructura semántico-argumentativa. La forma textual posibilita una ‘autoobservación simplificada’, la cual ayuda al sistema jurídico a reducir la complejidad, así como a dictar decisiones consistentes y aptas para satisfacer las expectativas del mayor número de interlocutores. Desde esta perspectiva, Luhmann (2005: 402) refuerza el concepto de justicia como ‘tratamiento igual a situaciones iguales’ (que corresponde a la idea de consistencia, expuesta en el tópico anterior):

Está claro que el movimiento de la validez y la argumentación jurídica no operan con independencia mutua, ya que entonces no se podría reconocer que se trata de operaciones de un mismo sistema. Estas dos operaciones se enlazarán a través de acoplamientos estructurales, es decir: textos. En la forma de textos, el sistema gana la posibilidad de coordinarse mediante sus propias estructuras, sin que con ello se vea en la necesidad de fijar de antemano el número (y la designación) de las operaciones que son necesarias para reutilizar determinadas estructuras, para citar determinados textos, para encontrarles una solución, para cambiarlos. Únicamente así se puede fijar y soportar la exigencia ideal de que para casos iguales, tratamientos iguales (justicia).

En el mismo pasaje, Luhmann también señala la importancia de la argumentación jurídica a nivel de las observaciones de primer y segundo orden.

Para él, los textos sirven como fundamentos, establecidos a través de normas escritas de formas específicas, implicando el sentido literal del derecho. La argumentación jurídica, a su vez, solo aparece en la forma de observación de segundo orden, en el momento que el interlocutor ejerce su interpretación sobre el texto vigente, interpretación esta que el observador cuidará de fundamentar de forma racional, respetando las disposiciones previstas en el texto positivado.

Por supuesto, para Luhmann la propia argumentación necesita tener una consistencia interna y una estructura lógica coherente, de manera que no representa simplemente un recurso retórico; la argumentación jurídica toma como base los elementos del sistema del derecho y reproduce sus comando de manera recursiva y altamente técnica, siendo que “se nutre de la diversidad de los casos y con ello logra una alta especificidad que no se deja disolver en principios generales como el de la justicia.” (Luhmann, 2005: 409). El pasaje a continuación resume de forma eficaz la perspectiva luhmanniana sobre los supuestos de la argumentación *per se*:

El concepto de argumentación entonces se formula, independientemente de la pregunta de qué tan buenas son las razones, con ayuda de tres distinciones: 1) operación/observación; 2) autoobservación/hetero-observación; 3) controvertido/incontrovertido. La argumentación jurídica es, según esto, una combinación de cada una de estas distinciones, la autoobservación del sistema del derecho que, en su contexto recursivo autopoiético, reacciona (o anticipa) ante las diferencias de opinión –pasadas o venideras–, recurriendo a la asignación de valores del código conforme a derecho/no conforme a derecho. Se trata, pues, de observación ya que tiene que ver con discriminar casos (o grupo de casos) sirviéndose de distinciones. Se trata también de una autoobservación, debido a que la operación de la observación se desarrolla dentro del sistema mismo del derecho. Y se trata de comunicación proclive a la controversia en tanto que la disposición sobre el símbolo de validez como la pura lectura de la ley, deben quedar excluidas del concepto de argumentación. (Luhmann, 2005: 415).

Así, se concluye que la argumentación jurídica representa la observación de las operaciones del sistema jurídico, que sigue un proceso de distinciones (*draw a distinction*) de predicados comunes a las demás operaciones de selección y rechazo lo que caracteriza la autopoiesis del sistema jurídico. Por consiguiente, como la argumentación tiene el mismo propósito cabal que todas las operaciones sistémicas –reducción de complejidad –, su estructura debe presentar la



semántica inclusiva, conforme el esquema de distinción operacionalizado por el sistema, para perdurar como un elemento válido. Dentro de esa concepción de consistencia argumentativa, Luhmann (2005: 420) edifica de manera expresa su concepto de justicia:

Si la justicia consiste en la consistencia de las decisiones, entonces podemos decir también: justicia es redundancia. De esta manera la redundancia se distingue de otros tipos de decisión ideal que tienen en mente la optimización de las decisiones particulares, al discernir entre una cantidad grande de información posible.

Un concepto sistémico de justicia es evidente que no se puede realizar de manera puntual a partir de decisiones aisladas. De esa manera el concepto se sustrae (contra la opinión de casi todos los autores que se han ocupado del tema) de la contabilización moral y de la valoración ética. En vez de eso (¡en vez de eso!) se trata de la prevención de errores, lo que ahora quiere decir: prevención de inconsistencias que sean reconocibles. Visto de esta manera, los errores son indicadores operativos para la eventual injusticia del sistema. Al mismo tiempo sirven de forma de conocimiento que permite distanciarse de las decisiones erróneas de los otros; por tanto, sirven para reaccionar ante la imposibilidad de la absoluta inconsistencia de todas las decisiones.

De la cita que antecede, es posible comprender la importancia de que la decisión jurídica goce de argumentos consistentes para que llegue a satisfacer el 'criterio de justicia' de determinado sistema. La 'decisión jurídica' es imprescindible para que el derecho pueda cumplir su función de control de las expectativas; sin ella, los conflictos ocurridos en el mundo de los fenómenos no encontrarían solución vinculante y definitiva, visto que el ordenamiento no detiene la capacidad de autoaplicación dentro de la realidad social (complejo comunicativo). Para eso, el derecho legitima la acción de determinados agentes y organismos para aplicar sus comandos y resolver los conflictos instaurados. Siendo así, la decisión jurídica es un acto capaz de crear un derecho nuevo, en la medida en que utiliza argumentos consistentes y relativos a las reglas normativas positivadas. A los agentes legitimados por el sistema se delega la tarea de figurar como observadores de segundo orden y de mantener la supervivencia del sistema, y a ellos cuidarán de dictar decisiones consistentes, y asegurar la respectiva efectividad.

Garantizar la supervivencia del sistema jurídico, entonces, representa la compleja tarea del jurista, hasta el punto en que ocurre una ruptura suficientemente fuerte como para motivar el surgimiento de un nuevo orden

jurídico, y para que ello ocurra, basta que las expectativas de la mayoría de los interlocutores de la sociedad no sean satisfechas (salvo en los casos de tiranía o dictadura por razones obvias).

Para satisfacer las expectativas, el sistema jurídico dispone de algunos recursos canonizados como principios en la sociedad contemporánea, por ejemplo: la 'prohibición de negación de acceso a la justicia'; la 'necesidad de una decisión fundamentada'; la 'legalidad' (no existe crimen o obligación sin ley anterior que los determinen), entre diversos otros dogmas, comunes en los textos constitucionales de la mayoría de los países democráticos. De hecho, se nota que la ocupación del jurista es algo notoriamente complejo, figurando más allá de una función de mero intérprete/argumentador; sobre esto, termina Luhmann (2005: 470-471) su capítulo sobre la argumentación jurídica con las siguientes palabras:

A esto se debe añadir que la profesión del jurista sobrevalora el significado de la interpretación/argumentación, precisamente porque localiza el sistema en el nivel de observación de segundo orden. Con ello debe entrar en consideración, de nuevo, el hecho de que se trata de un sistema codificado binariamente y que las decisiones sobre la validez/no validez son las decisivas. Es decir: el logro maestro de la capacidad jurídica consiste, por un lado, en la producción de textos a partir de textos a través de la interpretación y la argumentación –y esto aunque se trata de cuestiones sujetas a determinación o a comprobación. Por otro lado, los juristas al argumentar en ambos lados, pierden la mitad de sus procesos. Así como en el sistema de la salud siempre mueren algunos pacientes y otros sobreviven al tratamiento, así el jurista tiene que vivir con el hecho de que su argumentación, por bien pesada que esté, no siempre determina la última decisión. En el hábito que desarrolla la profesión se puede observar, a veces, cierta distancia irónica hacia las ideas y los medios de la argumentación, a la par de una esmerada atención fijada en aquello que, en última instancia, es lo que verdaderamente soporta la decisión: usos del tribunal, tradición. Las razones últimas son siempre, pues, las penúltimas.

De hecho, en virtud de la complejidad inherente a las operaciones del sistema jurídico, y frente a la 'recursividad' necesaria de todas las decisiones (significando que todas deben ser fundamentadas), el sistema utiliza elementos aptos para reducir la complejidad y asegurar la consistencia de aquellas. Estos elementos se presentan en la forma de los antecedentes y jurisprudencia; son instrumentos importantes para garantizar la expectativa de justicia, tomando como base otras decisiones dictadas en casos semejantes, de modo que las

observaciones de segundo orden apunten para un norte ya de conocimiento del interlocutor. Para finalizar el presente tópico, es necesario describir la percepción de Luhmann (2005: 369) sobre la función de los tribunales:

El hecho de que el sistema internamente se vea en la necesidad de decidir no es más que la consecuencia que corresponde al desacoplamiento del sistema con respecto a toda participación directa del entorno (clausura operativa del sistema). Ese estado del sistema no es un resultado del estado del mundo. La distinción sistema/entorno se experimenta en el sistema como un problema abierto y, al final de una larga experiencia con esta clausura y después del desarrollo de ordenamientos jurídicos que hacen esto posible, el sistema mismo se coacciona a decidir.

Pero, ¿qué es lo que los tribunales hacen? ¿Deciden?

Como la decisión es un comportamiento que cualquier persona conoce y, por lo demás, los tribunales deciden en público con dignidad, es muy fácil que haya pasado por alto la particularidad de este procedimiento.

## **5.6. La “justicia social” en el ordenamiento jurídico brasileño**

De manera general se puede decir que el concepto de ‘justicia social’ posee fundamentos kantianos, en la medida que su génesis está relacionada fundamentalmente con los axiomas vinculados a derechos humanos; en base a esto es que, sistémicamente considerada, la operatividad de la ‘justicia social’ puede ser considerada como resultado de un acoplamiento estructural entre sociedad, derecho y política. Además, se cree que la operatividad del derecho tiene complejidad para sustentar la complejidad de las pretensiones relacionadas con la justicia social, más allá de sencillos argumentos jurídicos. Hay asimismo la supuesta relación de sinónimos entre los conceptos ‘justicia social’ y ‘justicia distributiva’, los cuales fueron explorados como idénticos durante el final del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, pero se debe resaltar que tal relación semántica no encuentra amparo expreso en la legislación brasileña y, por lo tanto, no será objeto de observación en la presente tesis.

Marcadamente, la constitución brasileña dispone en sus instrucciones iniciales los principios y objetivos del Estado, los derechos y deberes del ciudadano, y posteriormente regula la estructura estatal, el orden económico, etc. Todos fundados sobre una base normativa singular (el texto constitucional), cuyas variaciones se distinguen según los discursos de los ministros y las respectivas interpretaciones circunstanciales de casos concretos. Restringiendo esta hermenéutica a los objetivos de la presente tesis, la base de análisis será el

término 'justicia social' (previsto en la ley brasileña como un fin social), la cual se encuentra presente de forma expresa en la normativa. Este término orienta algunos principios fundamentales del derecho brasileño y sirve de base interpretativa para los jueces en caso de ausencia de previsión normativa para solución de casos, conforme prevén los Artículos 4 y 5 de la Ley de Introducción del Código Civil, de 1942:

Art. 4º: Cuando la ley sea omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho.

Art. 5º: En la aplicación de la ley, el juez atenderá los fines sociales a los que ella se dirige y las exigencias del bien común.

De inmediato, es preciso resaltar que estos dispositivos –previstos 46 años antes de la presente Constitución– guardan estrecha relación con la discusión epistemológica respecto de la interferencia de los elementos axiológicos tanto en los propios comandos legales como en la aplicación directa de la ley a los casos concretos. Estos elementos regulan la interpretación del Juez, que debe encontrar una solución para los casos según sus propias experiencias; experiencias particulares, que luego desarrollan un determinado impacto social en cada sentencia dictada.

Después es la propia Constitución que prevé la justicia social de forma amplia y genérica en su artículo 170:

Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictámenes de la **Justicia Social**, observando los siguientes principios:

- I. soberanía nacional;
- II. propiedad privada;
- III. función social de la propiedad;
- IV. libre competencia;
- V. defensa del consumidor;
- VI. defensa del medio ambiente;
- VII. reducción de las desigualdades regionales y sociales;
- VIII. busca del pleno empleo;
- IX. tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte.

Párrafo único. Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley.

Como objeto de análisis, la tesis analizará la jurisprudencia de la suprema corte brasileña, donde se fundamentan las sentencias en base al argumento de la 'justicia social', con el fin de observar la particularidad circunstancial y argumentativa de los juzgados. Lo que se constata previamente es la notable característica económica que se señala en su aplicación, y, lo más importante, la carencia conceptual de elementos axiológicos que componen las justificaciones para sus supuestos intrínsecos. En este análisis, se buscarán sentencias dictadas por la suprema corte sobre temas diversos y en momentos distintos en que la 'justicia social' fue el factor determinante en la decisión dictada. En otras palabras, se observará la 'justicia social' como una justificación jurídica de naturaleza circunstancial, subjetiva, autorreferente y personal en la percepción de los Ministros.

Además, esperamos observar que la coherencia argumentativa en las sentencias, y el lenguaje técnico en ocasiones rebuscado, terminan maximizando la dificultad de acceso al judicial (pues resulta evidente lo complejo que es para el ciudadano mediano comprender los términos, sumado al exceso de burocracia y el alto coste de los procesos), y, por lo tanto, proporciona una reducción de la credibilidad frente a todo el sistema, por las divergencias semánticas con los interlocutores del sistema (sociedad). En ese sentido, la carencia comprensiva alcanza el plano de validez práctica de las sentencias, las cuales aunque técnica y legalmente adecuadas, están lejos de la gente común, de modo que su eficacia práctica se pone en riesgo debido a un problema eminentemente comunicativo.

### **5.7. La “justicia social” en la doctrina jurídica brasileña**

A efectos del presente tema, se efectuó una búsqueda en la doctrina brasileña, en especial la que utiliza la Teoría de Sistemas en su acervo argumentativo. Lamentablemente, pocos fueron los estudiosos que se sobresalen en la doctrina nacional en el estudio de Luhmann; sin embargo, tres juristas actualmente disfrutan de considerable prestigio como pensadores en el ámbito académico brasileño, y, por supuesto, disponen de gran prestigio por parte de los integrantes del poder judicial. Los referidos autores son Marcelo Neves, Celso Fernandes Campilongo e Ives Gandra Martins.

Aunque no se encontraron referencias concretas acerca del tema justicia social, las percepciones de los autores citados proporcionan una transposición de la teoría de Luhmann para el escenario brasileño. Antes de adentrarnos en las consideraciones de los autores mencionados, vale recordar que, en el ámbito del

subsistema jurídico, las interacciones ocurridas con el entorno y con los demás subsistemas, y las relaciones oriundas de él, sólo entran en el sistema del derecho cuando se transforman en códigos jurídicos, en otras palabras, cuando se expresan de forma normativa. La creación de la norma, a su vez, supone una decisión jurídica. En virtud de esto, el acoplamiento estructural entre el subsistema jurídico y los demás subsistemas sólo ocurrirá de hecho por medio de las efectivas decisiones judiciales (juicios), pues representa el momento en que el lenguaje extraído del entorno se vuelve codificado y apto para operar dentro del subsistema, de modo que pasa a expandir el ordenamiento vigente, introduciendo nuevos comandos a la clausura autorreferente. Por lo tanto, la autopoiesis del subsistema jurídico opera en el momento de la efectiva decisión judicial, la cual introduce elementos comunicativos dentro de las operaciones intrasistémicas; y se debe aclarar, además, que cuando se profiere una decisión judicial, el interlocutor percibe el contenido axiológico de la sociedad sobre la cual actúa, normalizando el contenido lingüístico y confiriendo un peso vinculante a tales dispositivos. En resumen, es la 'decisión judicial' la que efectivamente crea el subsistema jurídico y que garantiza la interacción con otros subsistemas y con el entorno.

Volviendo al estudio de "justicia social" dentro de la doctrina brasileña, es preciso reforzar que a pesar de que no fue encontrada ninguna referencia directa, se puede exponer la concepción de 'justicia' asumida por los autores citados anteriormente, comenzando por Celso Campilongo (2011: 21-22), el cual presenta su perspectiva semejante a la que fue asumida por Luhmann, considerando justicia como consistencia del proceso de toma de decisiones:

El sistema jurídico se distingue y se especifica funcionalmente en relación con su entorno. Ese proceso, típico de la sociedad moderna, es definido por la positivación del derecho. Derecho moderno es derecho positivo, es decir, puesto y válido por una decisión. No representa exclusivamente 'reducción de complejidad'. Es, además, aumento de complejidad al alero de las selecciones de selecciones operacionalizadas en el sistema jurídico: variación del derecho en el tiempo, expansión de los temas 'juridificables' y creación de predisposición anticipada a la observancia de las decisiones (legitimación por el procedimiento). El derecho positivo también expande su contingencia, vale decir, la presencia continua de lo diverso como posible.

No obstante, para Luhmann el derecho positivo opera en las condiciones de un sistema cerrado. Justicia, en esa perspectiva, no es la referencia a valores suprapositivos, éticos o metajurídicos. La justicia es la consistencia adecuada del proceso de toma de decisiones. El derecho no extrae su validez de un imaginario contrato

social, de un idílico consenso comunicativo o de una supuesta razón natural. Nada de eso. Como sistema autorreferencial –organizado en base a un código comunicativo específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionales (del tipo si/entonces) y desempeña una función única y especial (generalización congruente de expectativas normativas)–, el derecho positivo debe resolver, de modo circular, tautológico y paradójico, el problema de su fundamento.

La concepción de justicia adoptada por Marcelo Neves (2011: 139) –otro luhmanniano que goza de gran reputación en Brasil–se encuentra cercana a Campilongo:

Por lo tanto, justicia solo puede ser considerada consecuentemente a partir del interior del sistema jurídico, sea como complejidad adecuada (justicia externa) o como consistencia de los juicios (justicia interna). Se trata, con otras palabras, por un lado (externamente), de apertura cognitiva adecuada al entorno, capacidad de aprendizaje y reciclaje frente a este; por otro (internamente), de la capacidad de conexión de la reproducción normativa autopoietica. (...). En resumen: en los términos de la concepción luhmanniana de la positividad del derecho, es decir, clausura normativa y apertura cognitiva del derecho moderno, el problema de la justicia está reorientado a la cuestión de la complejidad adecuada del sistema jurídico y de la consistencia de sus juicios.

Y continúa, describiendo su concepción sobre el sistema jurídico:

La concepción del derecho como sistema autopoietico supone la asimetría entre complejidad del sistema jurídico y la supercomplejidad de su entorno en la sociedad moderna. Frente a la complejidad no estructurada o indeterminada/indeterminable del entorno, el derecho positivo construye complejidad sistémica estructurada o determinada/determinable. Para eso, se exige tanto la autorreferencia consistente del sistema jurídico como la heterorreferencia basada en el código de diferencia entre lícito e ilícito, como la heterorreferencia adecuada al correspondiente entorno, a tal punto que el problema de la justicia interna y externa se reduce, respectivamente, a la cuestión de esos dos modos de referencia sistémica.

La autorreferencia implica tres momentos sistémicos: la autorreferencia de base o elemental, la reflexividad (autorreferencia procesal) y la reflexión. La autorreferencia de base significa la capacidad de conexión consistente entre los elementos constituyentes del respectivo sistema; por reflexividad se comprende que esos procesos se refieren a procesos basados en el mismo código sistémico de preferencia; la reflexión en sentido estricto significa que el sistema se reflexiona sobre su propia identidad. (Neves. 2011: 140)

El iusnaturalista Ives Gandra (2011), a su vez, no profundiza tanto en su idea de justicia, y se limita a exponer una definición amplia y relacionada con las consecuencias pragmáticas de la aplicación de la ley. Bajo este pretexto, el concepto de justicia asume una relación inseparable con el sistema jurídico, representando la unión de expectativas del subsistema legislativo con los argumentos utilizados por aquel otro en justificación de sus operaciones internas (resolución de casos y conflictos). La ley, entonces, sería la materialización de la búsqueda por la justicia, y la considera como 'sinónimo' de derecho:

En la misma terminología adoptada, el término 'jurídico' proviene de la concepción moderna que empieza en el Derecho Romano. Para los romanos, el vocablo 'Derecho', o 'reto', equivalía a *jus*, o 'justo'. De ahí la razón por la cual la equivalencia entre los términos llevó a diversas variantes como 'justicia' y 'jurídica', vocablos provenientes de la concepciones del Derecho como sistema que tiene por objeto la materia *jus*.

De esta manera, hoy se traduce *jus civile* como 'Derecho civil' de cara a esa equivalencia. La palabra 'justicia', que viene de *jus*, es la consecuencia natural de la búsqueda de un sistema científico, que el Derecho aspira a conseguir, fundamentado en lo que representa, según mi percepción, la esencia del Derecho, o 'el ideal de la justicia'. La evidencia, una concepción de Derecho que admite una regulación por el vehículo normativo (ley), en busca de un ideal de justicia, es una concepción más abarcadora que la simple formulación del mismo, solo como vehículo destituido de su mayor valor que es la búsqueda de ese ideal. El Derecho no es solo la forma de ley que cobija, sino que debe incorporar la búsqueda de un contenido ético o moral (...).

En otras palabras, la Ciencia del Derecho, como sistema normativo, incorpora lo que posee de científico la elaboración legislativa, en que la ley es solo su parte visible, al ser aplicada a los casos concretos,



los cuales el legislador cualifica como regulares. Es más, cuando toda la ley proviene de un sistema plasmado más científicamente que de la actividad no científica de los legisladores, hay una zona neutral en que el sistema del Derecho –técnicamente idealizado– convive con el pragmatismo de la ley impuesta por los detentores del poder, sin precauciones mayores en cuanto a la calidad del vehículo y del ideal de la justicia. (Gandra. 2011: 82-83)

Pese al hecho de no abordar directamente el principio de la ‘justicia social’ presente en el ordenamiento jurídico brasileño, los tres juristas comparten la idea defendida por Luhmann de que la justicia está directamente vinculada a la consistencia de los juicios y la capacidad de estos para responder a las expectativas sociales. Sobre tal perspectiva constructivista, son definidos los principios y contextos, considerados dentro de las operaciones cerradas del sistema como elementos comunicativos que desempeñan importante rol en las consecuencias extraídas de las relaciones argumentativas; y, considerando el hecho de que el propio Luhmann (2005: 424-425) admite la importancia de los principios (no como un supuesto dogmático, fijo e inmutable, sino como un elemento de la argumentación, algo de naturaleza axiológica, el cual integra la complejidad del sistema y será utilizado en casos específicos para reducirla), corresponde observar lo que el filósofo alemán escribe al respecto:

En algún momento se puede confirmar que las redundancias hayan jugado un papel decisivo en la alta variedad, cuentan con tipos de operaciones (formas de percepción individual sobre lo jurídico) que pierden significado o que ya no pueden enfrentar problemas que, no obstante, han adquirido un significado relevante: por ejemplo ‘bien público’, o el interés colectivo por que haya condiciones ambientales soportables.

(...)

Las teorías jurídicas que se restringen a la observación interna y a la autodescripción del sistema pueden, debido a eso, prescindir de conceptos como redundancia y variedad. Pero con esto prescinden también del entendimiento del constructivismo operativo con el que el sistema jurídico reconstruye, él mismo, su mundo.

*In casu*, el concepto de ‘bien público’ utilizado por Luhmann puede ser comparado al de ‘justicia social’ a efectos de su naturaleza como elemento del subsistema jurídico y que se fortalece o debilita dependiendo de las ‘condiciones ambientales soportables’ que le son propiciadas. Por último, no se puede olvidar

que para Luhmann, tal como para Alexy, los principios operan, sobre todo, como guías de juicios y reductores de complejidad.

## 5.8 El rol de la jurisprudencia en la teoría de sistemas sociales

Es preciso recordar breves preceptos de la teoría de Luhmann (2005: 364-266) sobre la actuación de los tribunales y la formación de 'jurisprudencia'. Sobre tal asunto, el filósofo alemán considera que:

El tribunal se concibe como órgano ejecutivo de la competencia legislativa y la metódica jurídica como simple deducción. El nexo debe garantizar mediante la lógica, ergo axiomatizando las relaciones normativas.

(...)

Los tribunales tienen que decidir hasta dónde pueden resolver los casos ayudándose de la interpretación y hasta donde, en caso de que las soluciones no sean satisfactorias, deben exigir cambios jurídicos por parte del legislador. Y sólo esta concepción de tarea judicial es la que posibilita llegar a prohibir la denegación de justicia y a exigir que los tribunales deban decidir sobre todos los casos que se les presenten.

(...)

El juez se enfrenta a la doble exigencia: decidir sobre cada caso y decidir de manera justa, lo que cuando menos quiere decir: aplicar la igualdad en los casos particulares, es decir, aplicar las mismas reglas.

Debido a la importancia de algunos casos que trascienden la mera aplicación de la relación lógica del derecho positivo al caso concreto, y a raíz de la necesidad de satisfacer las expectativas de la sociedad, Luhmann (2005: 363) sostiene el surgimiento de los *hard cases*, que son notablemente complejos pero necesarios para la formulación del concepto de justicia en sí:

La eminencia del concepto de ley exige que se incluyan en la competencia legislativa, otras competencias parciales: la competencia de anular y cambiar la ley, la competencia de derogarla mediante privilegios que 'rompen con la ley' y, no por último, la competencia de interpretar la ley en lo que ahora se denominan 'hard cases'. De todo esto resulta la necesidad de reformar el Estado territorial y de unificar el ser de la justicia.

Y prosigue describiendo los problemas enfrentados por los *hard cases* en el ámbito del sistema jurídico, resaltando la necesidad del uso de argumentos axiológicos que sustenten las decisiones de los magistrados en los casos en que el derecho positivo no ofrece una solución para el caso, lo que representará, al final, la verdadera fuerza del subsistema jurídico establecido por la sociedad:

El problema de los 'hard cases' ya existía antes del proceso de diferenciación del sistema del derecho. En ese entonces dichos casos difíciles se decidían por el juicio de Dios. Actualmente parece que las convicciones morales del juez (dentro de las convicciones morales del pueblo) son un equivalente funcional del juicio divino: igual de imprevisible, pero con mejores posibilidades de contribuir a la formación del derecho y, de esta manera, transformar lo imprevisible en algo previsible. Piense lo que piense la teoría del derecho acerca de esta arrogancia moral, cuando se expone a los tribunales al imperativo de decidir, no se les puede pedir una lógica argumentativa que descarte los regresos ad infinitum o los círculos viciosos. Por eso se les perdona cuando se atienen a ciertos principios.

(...)

La discrepancia entre la necesidad de decidir y la posibilidad de llegar a decisiones convincentes se expresa, entre otros, en la institución de la fuerza del derecho. (Luhmann, 2005: 377)

Sobre tal base teórica, en que se admite la importancia de los *hard cases* dentro de la composición del subsistema jurídico, como elementos de diferenciación, reducción de complejidad y, sobre todo, satisfacción de expectativas de los interlocutores, es posible extraer del pasaje abajo la definición que Luhmann (2005: 379) utiliza para sostener tanto el concepto como el rol de la jurisprudencia dentro del referido subsistema:

Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica. Por eso la legitimación, en el sentido de relación con valores que trascienden el derecho, no juega un papel importante. Por eso, todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: salvo que se las cambie. Por eso, la *res iudicata* es intocable, a no ser que se apliquen las reglas excepcionales previstas por el derecho. Y, por eso, el derecho debe aprehenderse como un universo cerrado en sí mismo en el que, aun bajo tensiones sociales extremas, se puede practicar la 'argumentación puramente jurídica', que decide por sí

misma los espacios de interpretación que se puede rechazar la deformación pretendida.

Se advierte, por lo tanto, la importancia dada a la consistencia de las decisiones, que Luhmann evoca con frecuencia como uno de los principales marcos en la definición de justicia y de la propia supervivencia del subsistema jurídico. Los tribunales, a su vez, necesitan garantizar tal consistencia, la cual, por consiguiente –en un estado democrático de derecho– es reforzada por otros subsistemas que interactúan imponiendo a los interlocutores el comando jurídico que se dicte.

## **6. LOS MECANISMOS FORMALES DE ACCESO DE LOS CASOS A LA SUPREMA CORTE BRASILEÑA**

En este capítulo se caracterizarán las formas de acceso a la suprema corte, describiendo los medios formales que remiten los asuntos a debate por los Ministros. Sin embargo, es interesante exponer la perspectiva de Luhmann sobre los jueces y tribunales, en sus funciones como observadores y reductores de contingencia. Como veremos más adelante, la argumentación jurídica opera como un mecanismo de interpretación y reducción de complejidad; aquella no necesariamente ocurre a partir de principios de razonabilidad o representa un potencial de pensamiento (Luhmann, 2005: 410), sino que representa la percepción particular del interlocutor sobre el caso concreto. El juez, a su vez, conforme cita Luhmann, “se enfrenta la doble exigencia: decidir sobre cada caso y decidir de manera justa –lo que por lo menos quiere decir: aplicar la igualdad en los casos particulares, es decir, aplicar las mismas reglas” (2005: 366), y naturalmente lo hace por medio de la interpretación y argumentación, que “logra una alta especificidad que no se deja disolver en principios generales como el de la justicia” 2005: 409).

La argumentación jurídica, elemento principal en las decisiones (juicios), es definida por Luhmann (2005) como observación de segundo orden, puesto que consiste en la interpretación del texto legal y la aplicación de sus comandos a la sociedad, con fundamentos suficientes para gozar de amplia aceptación y responder a las expectativas de los interlocutores. De manera clara escribe el filósofo alemán (2005: 403-404):

Como observaciones de primer orden (en el nicho del derecho) se podría decir: las operaciones del sistema ganan, con los textos, una seguridad (relativa) al decidir correctamente sobre los casos, o al menos al informar correctamente –al poner, pues, a disposición la

perspicacia jurídica. Uno se deja guiar por la idea de que el derecho se aplica correctamente a través de normas establecidas en forma de textos específicos. El derecho vigente es razón proporcionada para decidir en el sentido del derecho. El sentido literal del texto es lo indispensable. La interpretación será después entendida como racionalización posterior del texto, o como cumplimiento de la premisa de que el legislador mismo ha decidido racionalmente.

(...)

En cambio, la argumentación jurídica se llega tan sólo en el nivel de observación de segundo orden, es decir, después de que surge la pregunta de cómo se debe manejar el texto en la comunicación. Sólo en el plano de la observación de segundo orden se llega al establecimiento de reglas como la de que los textos no se deben entender de manera literal, sino conforme su sentido intrínseco. Entonces uno al observarse a sí mismo (o a otros) en la lectura de los textos, se tropieza con dudas. La ocasión de estas dudas es, en la mayoría de los casos, el hecho de que la decisión que fue tomada, resulta insatisfactoria –ya sea porque no armoniza con los intereses propios, o porque las consecuencias de esa decisión no se pueden atribuir seriamente al autor del texto. Entonces, en vistas de las diversas posibilidades, se debe buscar la argumentación convincente; se debe encontrar la razón, la regla decisiva que subyace al texto para fundamentarla.

Los tribunales funcionan pues como supervisores de la consistencia de los juicios, partiendo del hecho de que los jueces de segundo grado figuran como observadores de segundo orden, observando las decisiones jurídicas, y verificando la necesidad de cambio de los comandos dictados en primera instancia judicial. Luhmann (2005: 389-393) también es ilustrador en este punto:

Desde el punto de vista objetivo, llama atención que sólo los tribunales tienen la tarea de supervisar la consistencia de las decisiones jurídicas. Esto sucede en el modo de la observación de segundo orden: observación de decisiones jurídicas (leyes, contratos, decisiones judiciales) que, a su vez, han ya observado el derecho. El término técnico se llama: interpretación. Por cierto también en las reflexiones sobre la creación de la ley y los contratos la interpretación del derecho vigente juega un papel, pero sólo para circunscribir los límites del espacio creativo. Los tribunales interpretan en un sentido diferente, a saber, de manera, argumentativa: para demostrar la racionalidad de su propia decisión.

(...)

Por cierto, la función referida a los tribunales presenta dos caras - y la segunda cada vez se vuelve más importante: una, los juristas (abogados y jueces mismos) preparan la decisión formal del litigio; otra, en el marco de la praxis cautelar se ocupan de formular los instrumentos jurídicos de tal suerte que no se llegue al litigio.

Al ejercer tal función, el tribunal refuerza una de las funciones más importantes del subsistema del derecho, que consiste en aplicar sus decisiones a todos los integrantes del sistema social, representando la soberanía del Estado y proporcionando contacto con otros subsistemas, lo que ocasionará el acoplamiento estructural de diversos elementos comunicativos. Dice Luhmann (2005: 383-384):

Por consiguiente, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces.

(...)

Para la periferia no existe ninguna necesidad de decidir. En las periferias se pueden presentar intereses de cualquier índole e imponerlos con todos los medios disponibles, sin que importe la distinción de intereses legales/intereses ilegales. Precisamente por eso la periferia sirve de zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad: economía, vida familiar doméstica, política. (...) En la periferia el sistema garantiza su autonomía al no-tener-que-decidir: de esta manera se garantiza que el derecho no funcione simplemente como extensión, sin voluntad, de operaciones externas al derecho.

Tratando de manera más específica el acoplamiento estructural y el intercambio comunicativo entre los sistemas funcionalmente diferenciados, la teoría hermenéutica constitucional de Peter Häberle ganó espacios en la filosofía jurídica brasileña. Con su teoría formulada en Alemania en 1975, el referido filósofo logró influenciar en su país un cambio en el enfoque constitucional sobre la 'función y legitimidad de los interlocutores jurídicos'. El eje central de su teoría consiste (de manera extremadamente resumida) en que las normas son vividas por todos en el sistema social, y por lo tanto, también deben ser interpretadas por todos; de tal modo, la interpretación de normas constitucionales no puede

restringirse solamente a los agentes oficiales (del Estado), sino que debería ser un proceso amplio y plural, de manera que represente a la sociedad diversificada que legitima al Estado. Solamente sobre la base de dicha sistemática se logrará alcanzar una sociedad efectivamente democrática y abierta.

Se aprecia que la teoría de Häberle se asemeja a lo propuesto por Luhmann con respecto a los intercambios de elementos comunicativos entre los subsistemas de la sociedad, pero a priori se distingue en cuanto al hecho de que el primero considera fundamental la participación directa de la sociedad en el proceso de decisión; para Luhmann tal procedimiento ya es delegado a miembros legitimados por el sistema para ejercer la función judicante. Sin embargo, la teoría de Häberle fue relevante para la formulación de los instrumentos y medios de acceso a la suprema corte, la cual asume competencias tanto originarias (ocupando aquí la función de observador de primer orden) como de supervisores (en instancia de recursos), según la materia tratada y diversos requisitos procesales. Las principales formas de acceso serán abordadas a continuación.

### **6.1. Las formas de acceso de los casos a la suprema corte**

Antes de proseguir, se debe aclarar (conforme se observa en la legislación transcrita) que los medios por los cuales los casos acceden al Supremo Tribunal Federal (en adelante STF) son limitados y dependen del cumplimiento de una serie de requisitos objetivos, resumidos en la capacidad/legitimidad para postular en juicio, pertinencia temática (relevancia constitucional del tema sometido a consideración) y la ofensa estricta a los dispositivos constitucionales. En virtud de tales supuestos, la doctrina brasileña es casi unísona en afirmar que la suprema corte ejerce como principales funciones el *control de constitucionalidad*, que, a su vez, puede ser de modo formal o material; definiciones estas que se explican por medio de las palabras de Gilmar Mendes (2007: 961), quien primeramente describe el concepto de inconstitucionalidad formal:

Los vicios formales afectan el acto normativo singularmente considerado, sin afectar su contenido, refiriéndose a los supuestos y procedimientos relativos a la formación de la ley.

Los vicios formales traducen defecto de formación del acto normativo, por la inobservancia del principio de orden técnica o de procedimiento o por la violación de reglas de competencia. En esos casos, queda viciado el acto en sus supuestos, en su procedimiento de formación, en su forma final.

La inconstitucionalidad material, a su vez, guarda relación con el contenido de la disposición legal, que se encuentra en desacuerdo con lo que prevé la norma constitucional:

Los vicios materiales se refieren al propio contenido o al aspecto sustancial del acto, originándose de un conflicto con reglas o principios establecidos en la Constitución. La inconstitucionalidad material implica aún no sólo el contraste directo del acto legislativo con el parámetro constitucional, sino también el desvío de poder o el exceso de poder legislativo.

Se advierte, de inmediato, que la forma de control de constitucionalidad brasileña se basa notablemente en los modelos de Alemania, conforme reconoce el Ministro Gilmar Mendes (2007: 960), quien fue uno de los principales introductores de tal sistemática en el ordenamiento jurídico brasileño:

Se cuestiona asimismo la llamada inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión. La inconstitucionalidad por acción supone una conducta positiva del legislador, que no se adecua a los principios constitucionales consagrados. Por el contrario, la inconstitucionalidad por omisión se origina, fundamentalmente, de un vacío inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke*), o del no cumplimiento de la obligación constitucional de legislar (*Nichterfüllung von Gesetzgebungsaufträgen*).

Y prosigue reforzando las características intrínsecas de la Constitución de 1988:

Se debe señalar que el sistema de control de constitucionalidad en Brasil sufrió una reforma considerable con el advenimiento de la Constitución de 1988. La ruptura del llamado 'monopolio de la acción directa' otorgado al Procurador General de la República y la sustitución de aquel modelo exclusivista por un amplísimo derecho de postulación configuran factores que marcan la introducción de un cambio radical en todo el sistema de control de constitucionalidad. (Mendes. 2007: 982)

Entre otros diversos motivos, el control de constitucionalidad tal como lo proporciona la Constitución de 1988 refuerza la adjetivación de esta como la *Carta Social*, o *Carta Democrática*. Su preocupación por los elementos formales y materiales que integran el sistema jurídico brasileño ofreció medios inéditos a la población para cuestionar en juicio la adecuación de determinada norma frente a



la constitución (la cual, no está de más repetir, fue una conquista después de muchos años de represión y concentración del poder).

Aunque esté presente en la disposición normativa constitucional una considerable gama de controles de constitucionalidad y acceso al supremo tribunal, la presente tesis se ocupó de seleccionar las más recurrentes y que representan la significativa mayoría de los medios de acceso de los casos a la suprema corte. Además, para ilustrar la estadística de la suprema corte sobre demandas judiciales ingresadas, juicios y distribuciones (direccionamiento del expediente a un Ministro), resulta pertinente adjuntar la tabla disponible en el sitio *web* del STF:

Estadísticas STF	2010	2011	2012*
Procesos Ingresados	71.670	64.018	34.897
Procesos Distribuidos	41.014	38.109	20.489
Juicios	103.869	97.380	42.007
Decisiones publicadas	10.814	14.093	5.847

Cuadro 03: Estadísticas de procesos ingresados em suprema corte (FUENTE: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>, 22.08.2012)

Además, en el propio sitio *web* del Supremo Tribunal Federal hay una descripción en lenguaje no jurídico de las funciones constitucionales que corresponden a la corte, las cuales se transcriben a continuación<sup>3</sup>:

El Supremo Tribunal Federal es el organismo de cúpula del Poder Judicial, y a él compete, especialmente, el resguardo de la Constitución, conforme definido en el art. 102 de la Constitución Federal.

El Supremo Tribunal Federal se compone de once Ministros, nacidos brasileños (art. 12, § 3º, IV, de la CF/88), escogidos entre ciudadanos con edad entre 35 y 65 años, de notable saber jurídico y de reputación intachable, e indicados por el Presidente de la República, después de aprobación de la elección por la mayoría absoluta del Senado Federal.

El Presidente del Supremo Tribunal Federal es también el Presidente del Consejo Nacional de Justicia (art. 103-B, numeral I, de la CF/88, según la redacción dada por la EC nº 61/2009).

El Tribunal selecciona a tres de sus Ministros para componer el Tribunal Superior Electoral (art. 119, I, a, de la CF/88)

<sup>3</sup> Fuente: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>, en 17.07.2012.

Entre sus principales atribuciones está la de juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal, la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* oriunda de la propia Constitución y la extradición solicitada por Estado extranjero.

En el campo penal, se destaca la competencia para juzgar, en las infracciones penales comunes, al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los miembros del Congreso Nacional, a sus propios Ministros y al Procurador General de la República, entre otros.

En grado de apelación, sobresalen la atribución de juzgar, en recurso ordinario, el habeas corpus, el mandato de seguridad, el habeas data y el *mandato de injunção* decididos en única instancia por los tribunales superiores, si denegada la decisión, y, en recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión contestada sea contraria a dispositivo de la Constitución.

A partir de la Enmienda Constitucional n. 45/2004, fue introducida la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal apruebe, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, dispositivo (*súmula*) con efecto vinculante en relación a los demás organismos del Poder Judicial y de la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal (art. 103-A CF/88).

El Plenario, los Colegiados (“Turmas”) y el Presidente son organismos del Tribunal (art. 3º del RISTF/80). El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por el Plenario, entre los Ministros, y tienen mandato de dos años. Cada uno de los Colegiados se constituye de cinco Ministros y es presidido por el más antiguo de sus miembros, por un período de un año, vedada la reconducción, hasta que todos sus integrantes hayan ejercido la Presidencia, observado el orden decreciente de antigüedad (art. 4º, §1º, del RISTF/80).

#### *a. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn*

La *Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn* o ‘Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADIn’, como se extrae de la propia literalidad de su denominación, es el mecanismo procesal disponible para que seleccionados interlocutores puedan contestar la constitucionalidad de las normas, tal como explica Gilmar Mendes (2007: 1048):

Con la introducción de ese sistema de control abstracto de normas, dotado de amplia legitimación y, particularmente, con el otorgamiento del derecho de postulación a distintos organismos de la sociedad, el constituyente pretendió reforzar el control abstracto de normas en el ordenamiento jurídico brasileño como instrumento peculiar de corrección del sistema general incidente.

(...)

La constitución de 1988 limitó el significado del control de constitucionalidad incidental o difuso al ampliar, de forma significativa, la legitimación para interponer la acción directa de inconstitucionalidad (art. 103), permitiendo que, prácticamente, todas las controversias constitucionales relevantes sean sometidas al Supremo Tribunal Federal mediante un proceso de control abstracto de normas.

Como se señala en la cita, el rango de contestación por medio de la Acción de Inconstitucionalidad es muy grande, pero los interlocutores legitimados para interponerla son limitados, conforme dispone el Artículo 103 de la Constitución:

Art. 103. Puede interponer la Acción de inconstitucionalidad:

- I. el Presidente de la República;
- II. la Mesa del Senado Federal;
- III. la Mesa de la Cámara de los Diputados;
- IV. la Mesa de la Asamblea Legislativa;
- V. el Gobernador del Estado;
- VI. el Procurador General de la República;
- VII. el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;
- VIII. los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;
- IX. las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

1º. El Procurador General de la República deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal.

2º. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.

3°. Cuando el Supremo Tribunal Federal aprecie la inconstitucionalidad, de manera general, de una norma legal o acto normativo, citará, previamente, al Abogado General de la unión, quien defenderá el acto o texto impugnado.

Se observa que dichos interlocutores están, en su mayoría, investidos en cargos políticos representativos del pueblo u ocupantes de entidades de clase, lo que al menos en teoría, lleva a pensar que representan una parte de la sociedad que los eligió; y por consecuencia obvia, estarían postulando de manera indirecta sus argumentos ante la suprema corte. Así, resulta evidente la participación de la sociedad en el proceso de cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma.

Los procedimientos de la ADIn son regulados específicamente por las normas previstas en la Ley 9.868/1999, las cuales determinan algunos requisitos formales que son indispensables para su consideración, entre los cuales dos son los más sustanciales: a. La petición inicial debe indicar los dispositivos sobre los cuales se refiere la Acción, tal como los fundamentos jurídicos del pedido formulado, describiendo cada uno de ellos; b. La petición debe presentar el pedido con sus especificaciones, para que el Supremo pueda determinar si el objeto discutido es compatible con el tipo de Acción interpuesta. Diversos otros elementos formales deben cumplirse, tales como fotocopias de la ley contestada, representación de abogado con poderes especiales, etc.

Por último, en lo que hace a la decisión pronunciada por la suprema corte, Gilmar Mendes (2007: 1048) resume de manera objetiva:

El Tribunal podrá declarar tanto la constitucionalidad de la ley como su inconstitucionalidad. En este caso, se entiende que la declaración de inconstitucionalidad corresponde a una declaración de nulidad de la ley. A la decisión de inconstitucionalidad se atribuye eficacia *ex tunc*. El Tribunal podrá, por mayoría de 2/3 de los jueces, restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de que esté ejecutoriada o de otro momento que se establezca (Ley 9.868/99, art. 27).

En otras palabras, la ley, decreto o acto normativo declarado inconstitucional tendrá efectos declarados nulos, de modo que la ley anterior volverá a su plena validez. Para fines de seguridad jurídica, la suprema corte puede definir los límites de la retroactividad y determinar plazos y condiciones para transición entre las leyes. Una vez retirada del sistema jurídico, la norma no puede regresar al ordenamiento jurídico, y la decisión sobre su exclusión goza de naturaleza *erga omnes* y es vinculante (aplicable a todos e impuesta de inmediato a todos los actos jurídicos y administrativos). La ADIn admite la participación del

*amicus curiae*, figura procesal que será detallada más adelante. Por último, la tabla a continuación contiene la estadística de decisiones pronunciadas en el ámbito de las ADIn`s sometidas a consideración del STF:

Decisión Final	Cantidad	%
Procedente	770	16.2%
Procedente en parte	214	4.5%
Improcedente	203	4.3%
No recibida	1.925	40.6%
<b>Total Decisiones Final</b>	<b>3.112</b>	<b>65.7%</b>
Aguardando decisión	1.206	25.4%

Cuadro 04: Porcentaje de procedencias en las decisiones en ADIn`s (FUENTE: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio>, en 11.08.2012)

Conforme se desprende del cuadro anterior, la gran mayoría de los recursos ni siquiera logran que sus méritos sean sometidos a análisis de los Ministros, lo que se explica porque los procesos no logran cumplir los requisitos formales para que el derecho material contestado sea juzgado, por lo cual se denominan en la terminología procesal brasileña ‘acciones no recibidas’. De las ADIn`s ‘recibidas’ por la Suprema Corte, se observa que la mayor parte es juzgada como ‘procedente’ en su mérito; las estadísticas señalan un bajo porcentaje de Acciones que fueron consideradas como ‘procedentes en parte’, lo que significa que no todos los pedidos formulados en la procesos fueron concedidos. Por último, están las ADIn`s que se dictaron como ‘improcedentes’, con un reducido número de casos. Otro importante medio de acceso a la Suprema Corte es el Recurso Extraordinario, el cual será descrito a continuación.

#### *b. Recurso Extraordinário*

El Recurso Extraordinario representa un medio más de control difuso de la constitucionalidad, por medio del cual se cuestiona la constitucionalidad de la norma que sostiene un derecho debatido en otro proceso. Tal recurso representa la principal forma de acceso a la suprema corte, visto que es un mecanismo procesal que se origina en el curso de una acción ordinaria, durante la cual se contesta la adecuación de determinada norma frente al texto constitucional. Su previsión legal se ampara en el Art. 102, III, de la Constitución de 1988:

Art. 102. Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

(...)

- III. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida:
- a. fuese contraria a disposiciones de esta Constitución;
  - b. declárese la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal;
  - c. juzgarse válida una ley o un acto de un gobierno local discutido a la vista de esta Constitución;
  - d. juzgarse válida una ley local discutida a la vista de ley federal.

§ 2°. Las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás organismos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal.

§ 3°. En el recurso extraordinario la parte recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo recusarlo por la manifestación de dos tercios de sus miembros.

En el estudio de Igor Ramos Rosa (2012: 48-49), el autor destacó la importancia de exigir la pertinencia temática y la repercusión general en la admisión del recurso por parte de la suprema corte, por ser una forma mediante la cual el STF cuida estrictamente de los asuntos relevantes de interés nacional. Sin embargo, resalta que tales requisitos permitieron al STF recusar un elevado número de procesos, lo que puede eventualmente obstaculizar el acceso a la justicia debido al exceso de formalismo. Se extrae, pues, de las palabras del referido autor:

Asimismo se observa que para que sea juzgado el recurso, o sea, supere la fase de admisibilidad para ingresar en el examen del mérito, se hace necesaria la comprobación por el recurrente de la repercusión general de la materia.

(...)

Ese requisito de admisibilidad posibilitó que el Supremo Tribunal Federal denegara seguimiento a un elevado número de recursos extraordinarios, así, la cuestión controvertida se quedó sin examen de mérito. Ese examen de admisibilidad, cuando es positivo en relación con un recurso, provoca la retención de los demás que tratan de la misma materia, visto que el análisis del mérito vincula las decisiones sobre cuestiones idénticas.

Se observa, por lo tanto, que dichos requisitos sirven en la práctica para denegar el seguimiento de gran parte de los asuntos dirigidos a la suprema corte, lo que lleva a una mayor preocupación, debido al hecho de que las decisiones son vinculantes, de modo que casos que tratan de materia semejante son sumariamente rechazados del examen del mérito. La tabla abajo ilustra el número de Recursos Extraordinarios distribuidos (acciones ingresadas y por consiguiente dirigidas a los respectivos Ministros Relatores) en la suprema corte desde el año 2008.

Año	2008	2009	2010	2011	2012
Total de procesos distribuidos	66,873	42,729	41,014	38,109	39,393
AI distribuidos	37,783	24,301	24,801	14,53	5,787
% AI / Relación de procesos distribuidos	56,5	56,9	60,5	38,1	14,7
RE distribuidos	21,531	8,348	6,735	6,388	5,094
% RE / Relación de procesos distribuidos	32,2	19,5	16,4	16,8	12,9
SOMA RE + AI	59,314	32,649	31,536	20,918	10,881
% AI + RE / Relación procesos distribuidos	88,7	76,4	76,9	54,9	27,6

*Cuadro 05: Estadísticas de protocolo y distribución de procesos (FUENTE: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, en 15.08.2012)*

La tabla muestra que los Recursos Extraordinarios (RE) y de Agravo de Instrumento (AI) representan más de la mitad de todos los procesos en la Suprema Corte. Además se observa que el número de procesos distribuidos ha disminuido sistemáticamente a lo largo de los años, lo que se coaduna con el objetivo de la Suprema Corte de reducir casos redundantes para poder concentrar sus esfuerzos en procesos relevantes para la sociedad.

### *c. Audiencia Pública*

Las audiencias públicas, a su vez, son ocasiones excepcionales en que el Supremo Tribunal Federal realiza los juicios con la participación directa de la

sociedad. Por lo tanto, tal medio de recurso se aproxima a un mecanismo procesal admitido en esencia por la teoría de Peter Häberle, a medida que las decisiones aparentan ser más legítimas y tomadas de forma más democrática. Esa participación directa de la sociedad depende de una decisión del Ministro Relator del proceso (el que es responsable por conducir la acción), quien puede o no utilizar los argumentos utilizados por los interlocutores del pueblo para sustentar su juicio sobre el caso. Sobre este tema, Igor Ramos (2012: 58) escribe:

Los procedimientos adoptados para la convocación y participación de la sociedad en la audiencia pública y la efectiva utilización de las contribuciones presentadas por la sociedad en los juicios de mayor complejidad garantizan que la sociedad actúe e influya en la decisión de temas que reflejan su cotidiano, lo que pone al organismo juzgador en sintonía con la realidad, pues solamente aquellos que sufren los efectos de esa misma realidad y quedan sujetos a las consecuencias de la decisión son capaces de analizar y demostrar el problema sobre sus múltiples ángulos y enfatizar sus deseos por la resolución que consideran más adecuada.

El poder de influenciar a los juzgadores de la cuestión no es mensurable, a menos que el juzgador exprese la dimensión de tal influencia. Sin embargo (...) los elementos de convencimiento producidos en la audiencia pública no pasan desapercibidos para los juzgadores y los demás actores del proceso, pues en sus alegaciones y fundamentación utilizan los argumentos presentados en la audiencia pública, demostrando, así, la efectividad de la intervención especial en el proceso, exactamente por haber reflejado en el juicio de la cuestión debatida en la audiencia. Ese es el objetivo de la teoría haberliana: que todos tengan la oportunidad de participar efectivamente en el proceso interpretativo y que el juicio de las cuestiones constitucionales considere el mérito de esa participación. Por supuesto, todos son intérpretes de la constitución.

Conforme se extrae de la cita de Igor Ramos, la participación de otros interlocutores proporciona el acoplamiento estructural de los elementos de decisión al lenguaje comunicativo de los interlocutores de la sociedad. Esa reducción de complejidad, a la que aspira el juicio, proporciona el sentimiento de inclusión social y de proximidad al Poder Judicial de la sociedad, considerando, de hecho, al derecho como un subsistema social, y no como un sistema aislado en sí mismo.



#### d. La figura del *Amicus Curiae*

*Amicus Curiae* es el término en latín para ‘amigo de la corte’, y representa una figura muy utilizada en los procesos de gran importancia que se tramitan en la Suprema Corte Federal. Tal intervención social se da por medio de una participación activa de expertos, quienes son utilizados para enriquecer el debate ocurrido durante el juicio del proceso, con el objetivo de llegar a una decisión más justa y aceptable por los miembros de la sociedad, satisfaciendo sus expectativas. Para Igor Ramos (2012: 58):

El instituto *amicus curiae*, analizado bajo la perspectiva de la teoría que sirve de base para este trabajo, también configura una participación activa de segmentos de la sociedad plural, representada por sus expertos, que presentan sus tesis y pruebas en el proceso, con lo que contribuyen para el enriquecimiento del debate, proporcionando, en consecuencia, más elementos que puedan sustentar el juicio de la cuestión constitucional puesta en debate. Como corolario de ese enriquecimiento del diálogo procesal, la solución de la controversia será tanto más justa cuanto más se sinteticen las aspiraciones sociales.

Se observa así que el *amicus curiae* participa en el proceso con el fin de garantizar una pluralidad y democracia en el juicio, conforme resaltado por el Ministro Gilmar Mendes, en su decisión en la ADIn 3.494, de 08.02.2006<sup>4</sup>:

La admisión del *amicus curiae* confiere al proceso diferentes matices, prestándole carácter pluralista y abierto, fundamental para el reconocimiento de derechos y la realización de garantías constitucionales en un Estado Democrático de Derecho.

Además, en la propia doctrina de Gilmar Mendes (2007: 1070), cuando se refiere específicamente a intervenciones de terceros en los procesos, el Ministro refuerza la importancia de la participación del *amicus curiae* pues proporciona nuevas interpretaciones y argumentos durante el curso del proceso, y aclara algunos aspectos formales sobre su efectiva actuación en juicio:

De esa manera se revela la figura del *amicus curiae* en el proceso de control de constitucionalidad, implicando la posibilidad de que el

---

<sup>4</sup> ADI n. 3.494 / GO. Disponible en [www.stf.jus.br/proceso/pesquisarProceso.asp](http://www.stf.jus.br/proceso/pesquisarProceso.asp)

Tribunal decida las causas con pleno conocimiento de todas sus implicaciones o repercusiones.

Se trata de providencia que confiere carácter pluralista al proceso objetivo de control abstracto de constitucionalidad.

(...)

En cuanto a la actuación del *amicus curiae*, después de comprendido que ella habría de limitarse a la forma de manifestación escrita, se estimó conveniente que el Tribunal admitiese la sustentación oral por parte de esos participantes peculiares del proceso constitucional. En 30.03.2004 fue editada la Enmienda Reglamentaria que aseguró a los *amicus curiae*, durante el proceso de ADIn, el derecho de sustentar oralmente por el tiempo máximo de quince minutos, e incluso, cuando haya partes no representadas por el mismo abogado, por el doble del tiempo.

Esa nueva orientación parece acertada, pues permite, en casos específicos, que a la decisión en la acción directa de inconstitucionalidad se aporten nuevos argumentos y distintas alternativas de interpretación de la Constitución.

Tal intervención de terceros puede también ser considerada otra forma directa de la participación de la sociedad, que legitima y da una carga más democrática a las decisiones de los ministros, proporcionando una mayor adecuación a las expectativas de los interlocutores de la sociedad. Tal hecho se fortalece con la perspectiva de Luhmann sobre la legitimación por procedimiento, que se aproxima a las consideraciones de Peter Häberle, y fue resumida por Karl Larenz (1997: 276-277):

Luhmann empieza por definir la 'legitimidad' (en sentido sociológico) como 'una disposición generalizada para aceptar las decisiones de contenido aún indeterminado, dentro de ciertos límites de tolerancia', o sea, mediante notas puramente factuales. Con la 'aceptación' de las decisiones se pretende decir que los 'destinatarios, cualquiera que sea el motivo por que lo son, aceptan la decisión como premisa de su propia conducta y la estructuran en conformidad con sus expectativas.

Para Luhmann, 'legitimación' significa solamente provocar tal disposición para la aceptación de decisiones; y 'legitimación por el procedimiento' el aumento de tal disposición, dado que los 'destinatarios' participan en el procedimiento y desempeñan ahí un papel. Aquí hay resonancias idénticas a la 'astucia de la razón' de Hegel, cuando Luhmann escribe: 'Presumiblemente, es esta la teoría

del comportamiento en su íntima determinación: la de que con el involucramiento en el desarrollo de un papel se capta la personalidad, se estructura y se puede motivarla para la aceptación de decisiones'. Que a través de la participación en un procedimiento se agrega la disposición de aceptar, debido al procedimiento, la decisión respectiva es una constatación empírica y, como tal, evidentemente correcta. Calificar este hecho como 'legitimación por procedimiento' puede parecer impensable, si no se comprende la expresión 'legitimación' rigurosamente en el sentido definido por Luhmann, como un concepto axiológicamente neutro, que designa un evento de la esfera social y que, en contrapartida, está alejado de su significado normativo –como 'justificación'.

El *amicus curiae*, por lo tanto, representa una forma de interferencia directa de la sociedad en el proceso, de modo a acoplar sus argumentos y percepciones utilizando su propio lenguaje en los casos que gozan de notoria relevancia social. En seguida, será posible observar otras estadísticas relevantes a respecto de los procesos que tramitan en la Suprema Corte.

*e. Otras estadísticas relevantes - segregación por materia de derecho*

La tabla abajo ilustra estadísticas adicionales que pueden aclarar las ramas del derecho y su respectivo porcentaje en los procesos remitidos a la Suprema Corte.

Ramo del derecho	Cantidad de procesos	Porcentaje
Sin clasificación de rama del derecho	1.747	5,11%
Derecho administrativo y otras materias de derecho público	8.628	25,22%
Derecho de seguridad social	4.939	14,43%
Derecho civil	4.378	12,79%
Derecho procesal civil y del trabajo	4.211	12,31%
Derecho del consumidor	3.119	9,12%
Derecho tributario	2.680	7,83%
Derecho procesal penal	1.904	5,56%
Derecho del trabajo	1.543	4,51%
Derecho penal	959	2,80%
Derecho electoral y proceso electoral	67	2,00%
Derecho de los niños y de los jóvenes	21	0,06%
Derecho internacional	11	0,03%
Registros públicos	9	0,03%

Derecho marítimo	1	0,00%
<b>Total</b>	<b>34.217</b>	<b>100%</b>

Cuadro 05: Porcentaje de procesos por ramificación del Derecho brasileño (FUENTE: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>, en 15.08.2012)

De las tablas es posible interpretar que la principal rama del derecho sometida a decisiones de la Suprema Corte es el 'derecho civil', el cual es esencialmente de naturaleza privada y las sentencias producen efectos entre las partes litigantes.

## **6.2. Composición actual del Supremo Tribunal Federal y perfiles de los Ministros**

Para una mejor comprensión del presente tópico, se hace necesario describir la actual composición de la suprema corte brasileña, conforme se encuentra organizada a continuación, por orden de antigüedad de los Ministros indicados. Toda la información consta en el sitio web del STF, salvo las descripciones sobre hechos específicos, que son de conocimiento público de los brasileños.

### **a. José Celso de Mello Filho - Nombrado el 03.07.1989 por el Presidente José Sarney**

Nacido el 01.11.1945, en Tatuí (ciudad del interior del Estado de São Paulo), hijo de profesores, se graduó en derecho por la Universidad de São Paulo y fue Miembro del Ministerio Público del Estado de São Paulo, de 1970 a 1989, cuando obtuvo su nombramiento a la suprema corte. Sus decisiones se destacan en las materias de derecho público, control de los actos administrativos por el judiciary, y los límites del poder del Estado frente a los derechos y garantías fundamentales del ciudadano.

### **b. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello - Nombrado el 13.06.1990 por el Presidente Fernando Collor de Mello**

Nacido en la ciudad de Río de Janeiro, el 12.07.1946, se graduó en derecho por la Universidad Federal del Río de Janeiro en 1973, donde también logró completar su Magíster en Derecho Privado. Antes de ingresar en el STF, Marco Aurélio trabajó como abogado, Procurador del Trabajo, Juez del Trabajo, y Ministro del Tribunal Superior del Trabajo. Fue nombrado por su primo, que ocupaba la Presidencia de la República hasta salir debido a un proceso de impeachment. Es

considerado un Ministro polémico que suele ser vencido en las decisiones por mayoría de la Corte.

**c. Gilmar Ferreira Mendes - Nombrado el 20.06.2002 por el Presidente Fernando Henrique Cardoso**

Oriundo de la pequeña ciudad de Diamantino (en el Estado de Mato Grosso, ubicado en la parte central de Brasil), nació el 30.12.1955. Se graduó en derecho por la Universidad de Brasilia, donde también cursó el Magíster en derecho público. Logró graduarse en el Magíster y el Doctorado en Alemania, en la Universidad de Münster. Gilmar Mendes ocupó diversos cargos en la administración pública, entre los más destacados los de Procurador de la República y de Abogado General de la Unión. Es autor de diversos libros reconocidamente consagrados en la literatura jurídica brasileña y responsable por perfeccionar la aplicación de la teoría de control de constitucionalidad en casos concretos. También es considerado un Ministro polémico, que entra en constantes conflictos con otros integrantes de la suprema corte, y es Relator de diversos casos de corrupción, con amplia repercusión nacional.

**d. Antônio Cezar Peluso - Nombrado el 06.06.2003 por el Presidente Luís Inácio Lula da Silva**

Nacido en Bragança Paulista, São Paulo, el 03.09.1942, es graduado en derecho por la Universidad Católica de Santos, es también Magíster en derecho Civil y Doctor en proceso civil por la Universidad de São Paulo. Peluso ocupó cargos importantes en la Magistratura Estatal antes de consagrarse Ministro, y actúa también como Profesor en las Universidades Católicas de Santos y São Paulo. Fue Relator de procesos de gran relevancia nacional, referentes a corrupción en el Congreso, cuando permitió que parlamentarios considerados deshonestos se tornasen candidatos en elecciones futuras; por tal motivo, fue duramente criticado por otros Ministros y por la opinión pública.

**e. Carlos Ayres Brito - Nombrado el 06.06.2003 por el Presidente Luís Inácio Lula da Silva**

Nacido el 18.11.1942 en la pequeña ciudad de Propriá, Estado de Sergipe (nordeste de Brasil), Ayres Brito ocupa hoy la Presidencia de la Suprema Corte hasta el mes de septiembre (cuando el cargo será transferido al Ministro Joaquim Barbosa). Graduado en derecho por la Universidad Federal de Sergipe y Magíster y Doctor por la Universidad Católica de São Paulo. Ocupó cargos en la administración pública, como Procurador General del Estado de Sergipe, y fue candidato al Congreso Nacional por el Partido de los Trabajadores, pero no logró ser elegido. Es considerado un Ministro ponderado y respetado por todos los integrantes de la suprema corte, así como goza de estima y reputación dentro del

medio académico. Como Presidente de la suprema corte fue responsable por proporcionarle al Judiciario una aproximación a la sociedad y una presencia más frecuente en la prensa y demás medios de comunicación.

**f. Joaquim Barbosa - Nombrado el 25.06.2003 por el Presidente Luís Inácio Lula da Silva**

Nacido el 07.10.1954 en Paracatú, Minas Gerais, viene de una familia muy humilde, de modo que durante toda su vida estudió en escuelas públicas (algo raro entre quienes logran ingresar en las mejores universidades de Brasil, como fue su caso), y logró ingresar en la Universidad de Brasilia, donde también cursó su Magíster en derecho público. En la década de 70 trabajó en el Ministerio de Relaciones Exteriores, y en seguida fue aprobado en el concurso para ingresar en la carrera de Procurador de la República. Tiene un Magíster y un Doctorado por la Universidad de Paris (Francia). Es el único Ministro afro-brasileño en la composición actual del STF y de opiniones contundentes en asuntos sociales, tal como el combate a la desigualdad y la concentración de ingresos.

**g. Enrique Ricardo Lewandowski - Nombrado el 16.03.2006 por el Presidente Luís Inácio Lula da Silva**

Nacido el 11.05.1948 en Río de Janeiro, se graduó en derecho por la Facultad de derecho de São Bernardo do Campo, y en Sociología por la Escuela de Sociología y Política de São Paulo, ambas en São Paulo. Luego cursó un Magíster y Doctorado en la Universidad de São Paulo, donde también se desempeña como profesor de Derecho del Estado. Antes de ingresar en la suprema corte, trabajó durante mucho tiempo como abogado y fue elegido juez por la Orden de los Abogados de Brasil (por la modalidad del “quinto constitucional”). Es considerado un Ministro firme y serio, que actuó en posición destacada en procesos criminales y casos de nepotismo dentro del gobierno. Posee diversas publicaciones sobre derechos humanos, derecho comunitario y jurisdicción supranacional.

**h. Carmen Lúcia - Nombrada el 21.06.2006 por el Presidente Luís Inácio Lula da Silva**

Nacida el 19.04.1954 en Montes Claros, Minas Gerais, es graduada en derecho por la Universidad Católica de Minas Gerais, Magíster y Doctora en derecho del Estado por la Universidad Federal de Minas Gerais, y también Doctora en derecho del Estado por la Universidad de São Paulo. Fue Procuradora del Estado de Minas Gerais. Es considerada una Ministra discreta y de poca visibilidad pública, pero muy seria; las estadísticas procesales dan cuenta de que es la Ministra más efectiva (rápida) con las acciones cuando se la designa Relatora.

**i. José Antonio Dias Toffoli - Nombrado el 23.10.2009 por el Presidente Luís Inácio Lula da Silva**

Nacido el 15.11.1967 en Marília, São Paulo, es el más joven de los Ministros de la Suprema Corte. Se graduó en derecho por la Universidad de São Paulo en 1990, sin embargo no cursó Magíster o Doctorado. Antes de ser nombrado Ministro, actuó como abogado del Partido de los Trabajadores y asesor del Partido en el Congreso Nacional. Su nombramiento fue bastante controvertido, por la ausencia de una calificación académica e intelectual de un nivel similar a los otros Ministros, así como debido a diversos procesos en que figura como sospechoso de corrupción; de la misma manera, intentó ingresar dos veces en la carrera de Magistratura, pero no logró aprobar el concurso. Su actuación en casos polémicos es vista con descrédito por la opinión pública, la prensa y los juristas.

**j. Luís Fux - Nombrado el 03.03.2011 por la Presidenta Dilma Rouseff**

Nacido el 26.04.1953, Luís Fux se graduó en derecho por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, donde también es profesor. Ocupó el cargo de Miembro del Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro y en seguida se clasificó en el primer puesto para el concurso de Magistratura del mismo Estado. Durante la presidencia de Cardoso, fue escogido para ocupar el puesto de Ministro del Superior Tribunal de Justicia (Tribunal Federal de Recursos). Es un Ministro discreto, cuyo nombre todavía surge en denuncias específicas de irregularidades durante su gestión en el Tribunal Superior de Justicia, así como debido a su voto poco popular en la acción de Ley de Responsabilidad Criminal de los políticos.

**l. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa - Nombrada el 19.12.2011 por la Presidenta Dilma Rouseff**

Nacida en Porto Alegre, Río Grande do Sul, el 02.10.1948, se graduó por la Universidad Federal del Río Grande do Sul y ocupó cargos en la administración pública como jueza del trabajo y Ministra del Tribunal Superior del Trabajo. Es reconocida por su perspectiva pro obreros y preocupación con el bien estar social, sin embargo aún no ha actuado en casos más emblemáticos juzgados por la Suprema Corte.



Cuadro 06: Ilustración del Plenario del Supremo Tribunal Federal (FUENTE: <http://www.stf.jus.br>, en 15.08.2012)

En resumen es posible observar de los perfiles de los Ministros las siguientes particularidades:

- (i) Excepto en el caso de Joaquim Barbosa, todos los magistrados son oriundos de una clase social elevada;
- (ii) De los once Ministros, solamente Gilmar Mendes y Carlos Ayres Brito nacieron respectivamente en centro-este y en nordeste, de modo que todos los demás son oriundos de las regiones sur y sudeste de Brasil (las más ricas y con el mejor acceso a educación);
- (iii) Seis Ministros ocuparon anteriormente cargos en el Ministerio Público o Magistratura, y Ministros provienen de la carrera de abogado;
- (iv) Ocho Ministros poseen el grado de Magister o Doctor;
- (v) Cuatro Ministros pertenecen o pertenecieron a un partido político;

En otras palabras, es evidente que, salvo en el caso del Ministro Joaquim Barbosa, todos los Magistrados provienen de la élite brasileña; además, se debe subrayar que cuatro de los referidos jueces están o estuvieron vinculados a partidos políticos, los cuales los indicaron para integrar la Suprema Corte. Dichas constataciones refuerzan la imagen del Supremo Tribunal Federal ante la sociedad brasileña, como una Corte compuesta por miembros de elevado nivel socioeconómico y notoriamente politizados.



## 7. ANALISIS JURISPRUDENCIAL - ESTUDIO DE CASOS

El presente capítulo expone la jurisprudencia que empleó el argumento de la 'justicia social' en su acervo argumentativo, con el fin de retratar *ipsis literis* el contenido de la decisión, para luego confrontarla con los objetivos propuestos en el presente estudio.

Sobre tal base teórica de Luhmann antes explicada, se analiza la jurisprudencia a continuación. La búsqueda por jurisprudencias con el contenido *justiça social* (justicia social) logró encontrar 14 casos respecto del universo total, de estos 14, solamente 5 corresponden a sentencias pronunciadas después de 2003<sup>5</sup>:

**i. Recurso Extraordinario n. 632.644 / DF.** Derecho administrativo. Intervención del Estado sobre el dominio económico. Responsabilidad objetiva del Estado. Fecha de decisión: 10.04.2012. Ministro Relator Luis Fux.

**ii. Recurso Extraordinario n. 662.816 / BA.** Derecho tributario. Caja de asistencia a los abogados del Estado de Bahía. Inmunidad tributaria. Fecha de decisión: 28.02.2012. Ministro Relator Luis Fux.

**iii. Recurso Extraordinario n. 259.976 / RS.** Derecho constitucional y tributario. Inmunidad tributaria. Fecha de decisión 23.03.2010. Ministro Relator Joaquim Barbosa.

**iv. Recurso Extraordinario n. 233.843 / MG.** Derecho constitucional y tributario. Caja de asistencia a los abogados del Estado de Bahía. Inmunidad tributaria. Fecha de decisión 01.12.2009. Ministro Relator Joaquim Barbosa.

**v. Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 1.721 / DF.** Seguridad Social y derecho del trabajo. Inconstitucionalidad de la Medida Provisoria. Exclusión del vínculo de empleo cuando concedida la jubilación espontánea. Amicus Curiae Federación Nacional de los Trabajadores en las Empresas de Correos y Telégrafos y Similares - FENTECT. Fecha de decisión 11.10.2006. Ministro Relator Carlos Britto.

A raíz de la idéntica materia tratada en las acciones (ii), (iii) y (iv), la jurisprudencia abajo consistirá en analizar los casos (i), (iii), y (v). Tal grupo de decisiones logra exponer campos distintos de derecho, dictadas por Ministros diversos y durante un considerable intervalo de tiempo, con el propósito de cumplir lo que fue propuesto en la metodología utilizada durante la tesis.

---

<sup>5</sup>Fuente:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28justi%27a+adj+social%29&base=baseAcordaos>, en 15.07.2012

## 7.1. Muestra jurisprudencial 01 - Recurso Extraordinario n. 632.644 / DF<sup>6</sup>

A lo largo del análisis de la primera muestra jurisprudencial, fue posible identificar los elementos argumentativos de la sentencia, en especial el uso de la expresión justicia social, utilizados para justificar la decisión pronunciada sobre el derecho material (mérito del Recurso). El eje central del mérito en cuestión se refiere a la posibilidad de que el Estado intervenga en determinados sectores de la economía nacional, fijando precios y reglas de competencia, y a cuál es su límite, sin desfigurar el principio constitucional de la libre iniciativa y de la libre competencia.

En 1990, el Gobierno Federal utilizó diversas medidas para establecer un rígido control de los precios del etanol y el azúcar, debido a una grave crisis económica interna, la cual acabó elevando sensiblemente los costos y valores de mercado de estos productos, que eran actualizados diariamente en base a los índices de la inflación. Como se sabe, las décadas de 80 y 90 en Brasil fueron marcadas por seguidas crisis económicas y medidas impopulares para intentar contener la bancarrota del País; entre dichas medidas, una en concreto tuvo considerable éxito, la de sustitución del uso de la gasolina por el etanol en los motores de combustión de los vehículos. Por ello, todo lo que se relacionaba con la producción tanto de azúcar como de etanol provocaba un impacto directo en la economía nacional como un todo, desde la industria hasta la vida cotidiana de la población. Los productores de caña de azúcar (en su gran mayoría un grupo formado por un reducido número de familias tradicionales, dueñas de enormes latifundios), a su vez, al mismo tiempo que construyeron grandes fortunas tuvieron también que manejar el riesgo de comprometer previamente su plantación (por medio de contratos anuales) a productos sujetos a un margen negativo de lucro, así como a una intervención del Estado orientada a regular los precios, lo que puede determinar el éxito o el fracaso de la actividad económica desarrollada.

Como parte de las medidas de austeridad fiscal y económica, el Gobierno Federal estableció índices de corrección monetaria y de inflación que resultaron en gran impacto negativo entre los productores de azúcar y etanol, quienes recurrieron al Judiciario buscando una indemnización del Estado por todo el daño oriundo de dicha intervención sobre la libre iniciativa y la libre competencia. Las demandas judiciales en su mayoría lograron éxito, y el Gobierno Federal tuvo que indemnizar a los que comprobaron la lesión a su derecho. La jurisprudencia de la Suprema Corte fue determinante para establecer la defensa de los principios constitucionales y demostrar los límites de la libre competencia de mercado y de la libre iniciativa, conforme se extrae de la muestra jurisprudencial 01:

---

<sup>6</sup> Texto integral – Anexo I

De hecho, la intervención debe ser ejercida respetando los principios y fundamentos del orden económico, cuya previsión está substanciada en el art. 170 de la Constitución Federal, para no malherir el principio de la libre iniciativa, uno de los pilares de la república (art. 1º de la CF/1988). En ese sentido, según la doctrina: Las actividades económicas surgen y se desarrollan por fuerza de sus propias leyes, oriundas de la libre empresa, de la libre competencia y del libre juego de los mercados. Sin embargo ese orden puede ser roto o distorsionado en razón de monopolios, oligopolios, carteles, trust y otras deformaciones de caracterizan la concentración del poder económico en las manos de uno o de pocos. Dichas deformaciones del orden económico terminan, por un lado, aniquilando cualquier iniciativa, sofocando toda la competencia y dominando, en consecuencia, los mercados; y, por otro, desalentando la producción, la investigación y el perfeccionamiento. En suma, desafían el propio Estado, que se ve obligado a intervenir para proteger aquellos valores, consubstanciados en los regímenes de la libre empresa, de la libre competencia y de la libre competencia de los mercados, y para mantener constante la compatibilidad, característica de la economía actual, de la libertad de iniciativa y de la ganancia o lucro con el interés social.

Como argumento central del mérito de la cuestión, la ‘justicia social’ figura como elemento determinante en la sentencia, demostrando los límites del Estado para intervenir en la economía. Así, queda clara la consistencia semántica del concepto de ‘justicia social’ en la estructura argumentativa, representando un elemento clave de justificación para sostener los supuestos del art. 170 de la Constitución, tal como su relación con los demás principios fundamentales de la República. Tal hecho puede ser observado en la cita abajo:

El segundo otorga al Estado, como agente normativo y regulador de la actividad económica, el poder para ejercer, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planeamiento, siendo ese determinante para el sector público e indicativo para el privado”. Por la intervención el Estado, con el objetivo de asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictámenes de la **justicia social** (art. 170 de la CF), puede restringir, condicionar o aun suprimir la iniciativa privada en determinada área de actividad económica. No obstante, los actos y medidas que fundamentan la intervención han de respetar los principios constitucionales que conforman el Estado

Democrático de Derecho, consignado expresamente en nuestra Ley Mayor, como lo es el principio de la libre iniciativa.

Al estudiar el caso sobre el enfoque lingüístico, se nota que el lenguaje utilizado fue claro y preciso en cuanto al uso de los principios del derecho constitucional, así como que el argumento de la 'justicia social' para sostener la sentencia guarda relación con el derecho positivado en el art. 170 de la Constitución. De esa manera, el Ministro Luis Fux tuvo éxito en relacionar los supuestos del derecho positivo frente a la doctrina y las demás jurisprudencias ya existentes en la Suprema Corte; al hacer esto, se refuerza la seguridad jurídica de las relaciones ocurridas en determinada época, se asegura el cumplimiento de las expectativas de los interlocutores del subsistema y, sobre todo, lo hace por medio de un lenguaje accesible a cualquier persona. Aunque el Ministro no describe exactamente qué comprende por 'justicia social', queda evidente en el contexto del proceso que la considera como un principio sobre el cual se sostiene el orden económico y que representa un fundamento esencial para la formación de la República; así, la semántica de 'justicia social' no queda vacía de contenido, o sin relación con otros elementos de la sentencia.

## **7.2. Muestra jurisprudencial 02 - Recurso Extraordinario n. 259.976 / RS<sup>7</sup>**

Pleitos relacionados con inmunidad tributaria son comunes en el Judiciario brasileño. La Constitución y el Código Tributario Nacional establecen una serie de entidades que gozan de inmunidad tributaria, tales como los partidos políticos, los templos religiosos, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones educativas, la Orden de los Abogados de Brasil, entre otras. Sin embargo, hay considerable controversia en torno a la tributación en las demás actividades desarrolladas por dichas entidades inmunes, y en especial, al rango de inmunidades, por ejemplo: si sería aplicada estrictamente a las actividades descritas en el contrato social de la entidad o si sería aplicable a todas las demás operaciones financieras realizadas. No obstante, los procesos sobre la materia son poco numerosos y tienen poca repercusión pública; salvo los casos que se ocupan de grandes tesis jurídicas, los demás (la mayoría) son sentenciados de manera bastante resumida, sin profundizar en los supuestos conceptuales y principiología que sostienen el núcleo de la decisión. La muestra jurisprudencial 02 es un caso típico de tal situación, conforme se observa en la cita abajo:

1. La inmunidad tributaria de que goza el Orden de los Abogados de Brasil - OAB es de la especie reciproca (art. 150, VI, a de la

---

<sup>7</sup> Texto integral – Anexo II

Constitución), en la medida en que la OAB desarrolla actividad propia de Estado (defensa de la constitución, del orden jurídico del Estado democrático de derecho, de los derechos humanos, de la **justicia social**, tal como la selección y control disciplinario de los abogados).

2. La inmunidad tributaria recíproca alcanza solo las finalidades esenciales de la entidad protegida. El reconocimiento de la inmunidad tributaria a las operaciones financieras no impide la autoridad fiscal de examinar la corrección del procedimiento adoptado por la entidad inmune. Constatado desvío de finalidad, la autoridad fiscal tiene el poder-deber de constituir el crédito tributario y de tomar las demás medidas legales aplicables. Naturaleza plenamente vinculada del lanzamiento tributario, que no admite exceso de carga.

Como se observa en la sentencia, el Ministro Joaquim Barbosa fue explícito al clasificar como inmunes solamente las finalidades esenciales de la entidad protegida, *in casu*, la Orden de los Abogados de Brasil. En consecuencia, la autoridad fiscal puede libremente constituir créditos sobre las demás operaciones financieras realizadas por la entidad, lo que naturalmente implica gran impacto en términos administrativos. La inmunidad tributaria, como se observa, también se justifica porque la entidad desarrolla una actividad propia de Estado. La Orden de los Abogados de Brasil cumple un importante rol en la defensa de los objetivos de la República y en la manutención del Estado de Derecho.

Se nota, sin embargo, que los argumentos centrales de la sentencia convergen en el análisis de la actividad de la entidad inmune, con el objetivo de identificar lo que se comprende por ‘finalidad esencial’. El concepto de ‘justicia social’ fue utilizado en esta sentencia únicamente como referencia al art. 150 de la Constitución Federal; en ningún momento el Ministro se ocupó de determinar los supuestos filosóficos, o de su importancia en el contexto de la decisión dictada. En otras palabras, la referencia a ‘justicia social’ fue de carácter meramente relacionado a la redacción del art. 150 de la Constitución, limitándose a decir que corresponde a la Orden de los Abogados de Brasil defender la justicia social, entre otros deberes del Estado.

El grado de relevancia social de la muestra jurisprudencial 02 se limita a los abogados y, en especial, a la administración de la Orden de los Abogados. Aunque el lenguaje sea claro y preciso, como el de la muestra jurisprudencial 01, se advierte una evidente diferencia de impacto social entre ambas: mientras la primera muestra tuvo un impacto sobre todo el orden económico nacional, la repercusión de la muestra 02 se restringió a los abogados. Se nota, por lo tanto, que la sentencia se mantuvo estrictamente limitada al rango del subsistema del derecho, pese a que logró satisfacer las expectativas sobre el pronunciamiento del

Judiciario a respecto del tema. Por ser una sentencia notablemente resumida, sin grandes fundamentos teóricos, en este caso concreto es difícil profundizar un estudio sobre la 'justicia social'.

### **7.3. Muestra jurisprudencial 03 - Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 1.721 / DF<sup>8</sup>**

La muestra jurisprudencial 03 se refiere a un asunto de grande relevancia para el trabajador brasileño; la Suprema Corte tuvo que decidir si leyes ordinarias pueden normar sobre el derecho laboral (sobre la estabilidad sobre despido arbitrario) y si la jubilación espontánea extingue automáticamente el vínculo de empleo de funcionarios con estabilidad. Según la Constitución Federal y la legislación laboral brasileña, está vedado el despido arbitrario de (i) los empleados sindicalizados, a partir del registro de la candidatura al cargo de dirección o representación sindical, y, caso sean elegidos, aunque como suplentes, hasta un año después del final del mandato (numeral VIII del art. 8º, CF); de (ii) los empleados elegidos para cargo de dirección de comisiones internas de prevención de accidentes, desde el registro de su candidatura hasta un año después del final de su mandato (literal "a" del numeral II del art. 10 del ADCT); y de las empleadas embarazadas, desde la confirmación del embarazo hasta cinco meses después del parto (literal "b" del numeral II del art. 10 del ADCT). Además de esto, en los demás casos de despido sin justa causa, el empleador debe indemnizar su funcionario con una serie de otros encargos previstos en la legislación laboral.

Según la jurisprudencia observada, la relevancia del tema va más allá del subsistema del derecho, abarcando la sociedad como un todo, al interferir directamente en la garantía de derechos relativos a la relación de empleo, la cual posee naturalmente consecuencias en diversos otros subsistemas, como el económico y el político. La Suprema Corte, en el presente caso, reforzó puntos claves sobre la relación laboral en Brasil, tales como:

(i) La legislación ordinaria no puede legislar sobre asuntos referentes al derecho laboral, visto que este fue un campo del derecho que la propia Constitución comprendió que tenía tanta importancia que debía observar la tramitación especial para aprobación de eventuales cambios. Los derechos del trabajador se encuentran protegidos por una instancia superior, según la cual solo pueden ajustarse si se cumplen los ritos de aprobación de ley complementaria por el Congreso Nacional.

---

<sup>8</sup> Texto integral – Anexo III

(ii) La jubilación espontánea no implica necesariamente el término del vínculo de empleo. Tal hecho implica que los trabajadores que tienen derecho a jubilarse, si el empleador y el funcionario lo desean pueden mantener normalmente el vínculo laboral, de modo que el trabajador aún gozará regularmente de todos los demás derechos inherentes a la relación de empleo.

(iii) Las estabilidades inherentes a los empleados sindicalizados y miembros de comisiones internas de prevención de accidentes, tal como de las mujeres embarazadas, son derechos supremos del trabajador, previstos en la Constitución, los cuales no pueden ser cambiados o rechazados, salvo en casos de despido con justa causa.

La repercusión de la sentencia, por lo tanto, concierne a toda la sociedad, de modo que es imperativo que aquella disponga de fundamentos suficientemente fuertes para satisfacer las expectativas de los interlocutores jurídicos y al mismo tiempo de integrantes de los demás subsistemas de la sociedad. En virtud de esto, es posible observar en el texto de la decisión argumentos estrictamente jurídicos – de derecho positivo– tales como elementos que si bien también están previstos en la Constitución, trascienden sus determinaciones positivadas. La búsqueda por el pleno empleo representa uno de los objetivos de la República y uno de los principios sobre el cual se edifica el orden económico brasileño; es evidente que tales dispositivos legales son observados por la economía de mercado.

A su vez, el argumento de la ‘justicia social’ se encuentra presente de manera tímida en el desarrollo de las conclusiones del Ministro, limitada a la referencia al art. 170 de la Constitución. Sin embargo, lo que hace que la muestra jurisprudencial 03 sea distinta de la 02 es que, aunque sea utilizada igualmente como referencia en forma de derecho positivo, se puede observar que la ‘justicia social’ asume parte importante en la secuencia argumentativa, de manera que se manifiesta en el ápice del entrelazamiento entre justificativas sociales y derecho positivo. A continuación se transcriben las principales partes de la sentencia, en la que se puede constatar dichas observaciones:

14. Paso ahora a analizar la cuestión de mérito. Haciéndolo, comprendo que la Constitución de 1988 sustituyó la garantía “absoluta” del empleo (la estabilidad decenal de que trata el art. 492 de la CLT) por otras modalidades de protección: a) aquella que se conduce por las hipótesis listadas en ley complementaria; b) la que se da por el aumento del costo del despido sin otra causa que no sea la voluntad unilateral del empleador. Según la Constitución:

Art. 7º...

I - La relación de empleo protegida contra despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de ley complementaria, que se preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos; (...)"

16. No obstante lo anterior, la propia Ley Mayor, sin esperar la edición de la sobredicha ley complementaria, avanzó algunas reglas de protección del trabajador-empleado, de suerte que lanzó algunas hipótesis prohibitivas del despido arbitrario o sin justa causa. Además de eso, también se limitó el quantum de la indemnización compensatoria a cuatro veces el valor del porcentaje a que se refiere el párrafo 1º y el encabezamiento del art. 6º 5.107, de 13 de septiembre de 1966.

17. En este flujo de ideas, y aun sin la edición de la ley complementaria a que alude el numeral I del art. 7º de la Constitución, es preciso reconocer que ella –la Constitución–, garantizó una especial protección a la continuidad de las relaciones de empleo de las cuales forman parte:

18. Fijadas esas premisas, se infiere que solamente las tres referidas clases de obreros poseen la denominada “estabilidad constitucional relativa”. Protección sujeta a refuerzo, claro, cuando se edite la ley complementaria mencionada por el numeral I del art. 7º de la propia Constitución Federal.

19. Sucede que el nuevo dispositivo del §2º del art. 453 de la CLT, objeto de la presente ADI, instituyó otra modalidad de extinción del vínculo de empleo. Y lo hizo completamente al margen de la realización de falta grave por el empleado y hasta mismo de la voluntad del empleador. Pues el hecho es que el acto en sí de la concesión de la jubilación voluntaria al empleado pasó a implicar automática extinción de la relación laboral (empleado, es cierto, “que no ha completado treinta y cinco años, si se trata de hombre, o treinta, si mujer (...)” (numeral I del § 7º del art. 201 de la CF).

20. Ahora bien, la Constitución versa sobre la jubilación del trabajador como un beneficio. No como maleficio. Y si tal jubilación se da a raíz del ejercicio regular de un derecho (aquí se trata de jubilación voluntaria), está claro que ese regular ejercicio de un derecho no es el de poner a su titular en una situación jurídico-pasiva de efectos aún más drásticos que los que resultarían de la realización de una falta grave. Explico. Si un empleado comete una falta grave se sujeta, desde luego, a perder su empleo. Mas esa causa legal de ruptura del vínculo de empleo no sucede automáticamente. Es necesario que el empleador, en el uso de su



autonomía de voluntad, haga que incida el comando de la ley. Pues lo cierto es que no se le puede rehusar al empleador la facultad de perdonar a su empleado fallo.

21. No obstante, no es esto lo que contiene el dispositivo legal ahora contestado. Él determina el fin, la instantánea ruptura de la relación laboral, por el exclusivo hecho de la opción del empleado por un tipo de jubilación (la voluntaria) que le es jurídicamente concedida. Desconsiderando, con eso, la propia y eventual voluntad del empleador de permanecer con su empleado. Y también desatento en relación con el hecho de que el derecho a la jubilación, una vez objetivamente constituido, se da en el cerne de una relación jurídica entre el “asegurado” del Sistema General de Seguridad Social y el Instituto Nacional de Seguridad Social.

22. Nada impide, obviamente, que una vez concedida la jubilación voluntaria pueda el trabajador ser despedido. Pero sucede que en tales circunstancias deberá el patrón asegurar con todos los efectos legales y patrimoniales que son propios de la extinción de un contrato de trabajo sin justa motivación.

23. No veo, por lo tanto, fundamentación jurídica para deducir que la concesión de la jubilación voluntaria al trabajador deba extinguir, instantánea y automáticamente, la relación de empleo. Más aún que los “valores sociales del trabajo” se ponen como uno de los explícitos fundamentos de la República Federativa de Brasil (numeral IV del art. 1º). También así, base y principio del “orden económico”, destinado a “asegurar a todos existencia digna, conforme a los supuestos de **la justicia social (...)**” (art. 170 de la CF), y la “búsqueda del pleno empleo” (numeral VIII). Sin considerar que el primado del trabajo es categorizado como “base” de todo el orden social, conforme al siguiente dispositivo constitucional:

“Art. 193. El orden social tiene como base primera el trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social.”

Mediante la sentencia de la presente muestra jurisprudencial, la Suprema Corte logró satisfacer las expectativas de los trabajadores, que hasta entonces sufrían con recurrentes abusos de empleadores y se sujetaban al entendimiento de cada Juez de primera o segunda instancia a respecto de la materia. Al consolidar la comprensión sobre el asunto en análisis, el Supremo Tribunal vincula las decisiones de las demás Cortes y ofrece seguridad jurídica tanto a empleados como a empleadores, pues estos tampoco se benefician de los frecuentes cambios de decisiones sobre el tema.

#### 7.4. Puntos de convergencia

A través del análisis de las 3 muestras jurisprudenciales, fue posible identificar algunos puntos de convergencia sobre el uso del argumento de la 'justicia social'. Todas las muestras se refieren a situaciones estrechamente relacionadas con el subsistema de la economía; aunque desde diferentes ángulos, las 3 sentencias abordan estrictamente cuestiones económicas: interferencia del Estado en el orden económico, inmunidad tributaria y estabilidad en la relación de empleo y jubilación. Indiscutiblemente temas de repercusión en el ámbito nacional (con la salvedad de la observación hecha sobre la muestra jurisprudencial 02). En todas las muestras se percibió un abordaje esencialmente técnico del término 'justicia social', de manera que en todas las referencias a dicho argumento estaban vinculadas a sus previsiones en el texto legal. En ninguno de los casos fue sentenciado algo distante de los supuestos constitucionales, y, excepto en la muestra jurisprudencial 02, los otros casos tuvieron la 'justicia social' como un eje central en el desarrollo justificativo.

Sin embargo, también se aprecia que mientras se usa la 'justicia social' como punto focal en la argumentación, también se percibe que en ningún momento los Ministros se ocuparon de establecer un marco teórico sobre aquella. Su definición teórica aún persiste como un dogma constitucional, al cual recurren los jueces bien sea para cumplir con la retórica de las sentencias, bien sea para fundamentar su decisión sobre un argumento supuestamente tan fuerte de por sí que carece de un desarrollo a respecto de su propia esencia semántica y contextual. Se aprecia asimismo que ninguna referencia a doctrina (filosófica o estrictamente técnica) fue realizada cuando se recurrió a la 'justicia social'. Así, conceptualmente la 'justicia social' sigue carente de un análisis más profundo, permaneciendo como un dogma constitucional al cual se recurre cuando se busca justificar algo de extrema relevancia para la sociedad como un todo.

Los Ministros de la Suprema Corte, como observadores de segundo orden –catalizadores de operaciones de contingencia–, intentan absorber las perspectivas de los interlocutores procesales y de los demás individuos de la sociedad, de modo que se responsabilizan de juzgar los procesos considerando los impactos en el sistema social como un todo. Naturalmente, por hacerse responsables de tan difícil tarea, de satisfacer las expectativas de diversos sectores de la sociedad, deben hacerlo de manera que el mayor espectro de personas comprenda los comandos que dictan. En las muestras jurisprudenciales fue posible constatar que el lenguaje y la consistencia semántica tuvieron éxito en conjugar la técnica jurídica con una estructura argumentativa ampliamente

comprensible por la mayoría de los ciudadanos; con la excepción de la muestra jurisprudencial 02, las otras demostraron una ‘secuencia explicativa’ exitosa, presentando el origen de la demanda judicial, el fundamento legal y la opinión del magistrado. Todo ello debidamente explicado y, en cierta forma, simplificado. Tal predicado es de fundamental importancia para ‘catalizar las expectativas’ de los individuos de la sociedad, y, por consiguiente, garantizar la supervivencia del subsistema jurídico. Al hacerlo, el Ministro se aproxima al ciudadano, demostrando que conoce su realidad y que está atento al texto constitucional, el que fue instituido por los representantes del pueblo en su mayor manifestación democrática. Según las lecciones de Luhmann (1972), se debe reforzar que las decepciones de expectativas conducen a la incertidumbre y a la inseguridad. Algunas expectativas –tales como las formas de interferencia del Estado sobre el orden económico y otros temas sensibles– simplemente no pueden ser absorbidas/soportadas por la sociedad, son aquellas que el sistema social determina como indispensables para su mantenimiento, constituyendo la base del sistema jurídico y normativo.

Volviendo al estudio del argumento de la ‘justicia social’ se aprecia que esta puede considerarse como una expectativa momentánea y circunstancial, que cambia de acuerdo con los diferentes momentos de la sociedad, para los cuales el judiciary debe encontrar un punto de convergencia para hallar una respuesta a las expectativas del pueblo, conforme se previó en el desarrollo de los fundamentos teóricos de la presente tesis; así, el uso de la expresión ‘justicia social’ sería una forma de evitar decepciones y de integrarla como una especie de argumento dogmático, con sentido pleno propio, dentro de la autopoiesis procesal, a la cual sólo se refiere, como un código autónomo que se autoexplica y establece un fin a sí mismo cuando se lo utiliza en una estructura semántica/argumentativa. La ‘justicia social’, por lo tanto, permite la integración estructural de los demás elementos que componen la cadena argumentativa de la sentencia, reduciendo la complejidad de las diversas situaciones que implicó determinado litigio judicial.

Basándose en las revelaciones, cumple observar puntualmente las preguntas de investigación formuladas:

*01 ¿Cuáles son los argumentos utilizados para sostener la aplicación del concepto de la ‘justicia social’?*

En las dos primeras muestras jurisprudenciales, no se utilizaron argumentos consistentes para sostener la aplicación del concepto de ‘justicia social’ en sí. Dicho concepto fue utilizado solamente cuando se hacía referencia a los comandos constitucionales que poseen en su enunciación la previsión de la ‘justicia social’, como sucede en el Art. 170 de la *Carta Magna*. Sin embargo, en la muestra jurisprudencial n. 03, el Ministro Ayres Brito logra utilizar el concepto de ‘justicia social’ para apuntar el valor social y la importancia del trabajo; si bien no

describe qué comprende conceptualmente por 'justicia social' en sí, el Ministro se vale de su previsión constitucional y doctrinaria para sostener la conclusión de su argumentación. Para tanto, es necesario destacar que los argumentos utilizados se concentran en la función social del trabajador, lo que interfiere en el orden económico y, por consiguiente, en las formas de jubilación admitidas por la ley brasileña.

*02 ¿Existe alguna similitud fáctica entre los casos prácticos decididos por la Suprema Corte sobre el argumento de la 'justicia social'?*

Tal pregunta tiene respuesta afirmativa. Todos los casos se asemejan en lo que respecta a decidir sobre asuntos referentes al orden económico/laboral y tributario. Aunque abordándolos de manera diferente, la jurisprudencia escogida retrata la referencia al argumento de la "justicia social" para materias semejantes.

*03 ¿Cuales son los argumentos técnicos que los jueces utilizaron para sostener la aplicación del Art. 170 CF?*

En la muestra jurisprudencial n. 01, la parte que trata del art. 170 se resume en solamente describir los términos del dispositivo legal. Véase la transcripción:

Por la intervención el Estado, con el objetivo de asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictámenes de la *justicia social* (art. 170 de la CF), puede restringir, condicionar o aun suprimir la iniciativa privada en determinada área de la actividad económica.

La muestra jurisprudencial n. 03, a su vez, utiliza la parte que trata del art. 170 conforme a lo transcrito abajo, por medio de una referencia indirecta, la cual siguió con fundamentos doctrinarios:

También así, base y principio del "orden económico", destinado a "asegurar a todos existencia digna, de acuerdo con los dictámenes de la *justicia social* (...)" (art. 170 de la CF), y la "búsqueda del pleno empleo" (numeral VIII).

La muestra jurisprudencial n. 02, a su vez, no hizo referencias al art. 170.

Por lo tanto, debido a la ausencia de definición sobre la esencia de la 'justicia social', se debe resaltar que a partir de la muestra jurisprudencial no fue posible extraer si la misma guarda relación con lo que Luhmann comprende estrictamente por justicia: 'tratamiento igual a situaciones iguales'. Solo es posible inferir que ambas se destinan a ocupar un importante papel en la función social del

derecho y a buscar satisfacer las expectativas normativas de la sociedad, garantizando la estabilidad de espíritu y orden social.

## 8. CONCLUSION

Durante el desarrollo de la tesis se buscó primeramente describir de manera breve las etapas históricas contemporáneas que llevaron al actual momento de estudio de la epistemología y sociología del derecho. Para tanto, se abordaron los fundamentos del Círculo de Viena, Karl Popper, Hans Kelsen, Escuela de Frankfurt, entre otros importantes pensadores y centros de estudios que contribuyeron de manera relevante al desarrollo de las ciencias sociales, y, en especial, del derecho. Se buscó, en particular, establecer el fundamento teórico sobre la Teoría de Sistemas, la cual tiene como principal exponente al filósofo y sociólogo Niklas Luhmann, quien escribió sobre los más variados temas que conciernen a las ciencias sociales, y, por lo tanto, también al derecho.

Por medio de los supuestos defendidos por Luhmann en la Teoría de Sistemas, fue posible abordar la sociedad como una estructura organizada en torno a una compleja red comunicativa, la cual funciona de manera cerrada, produciendo y reproduciendo sus propios elementos dentro de un límite establecido por el propio sistema social, en el que los interlocutores se relacionan para seleccionar o rechazar los elementos que perdurarán dentro del sistema operativo, y buscan por consiguiente reducir la complejidad intrasistémica. Dichos interlocutores son denominados observadores de primer orden, pues se encuentran dentro del sistema en sí, experimentando directamente los efectos de las relaciones comunicativas, que, según Luhmann (sustentado por los conceptos elaborados por Maturana y Varela), ocurren de manera *autopoietica* y *autorreferente*. Todo lo que no se encuadra dentro de los límites del sistema, naturalmente, se ubica en el entorno; sin embargo, eventualmente los elementos pueden acoplarse al sistema, entrando en la estructura operacional enclaustrada y recursiva. El observador que vislumbra el sistema desde afuera es denominado observador de segundo orden, quien solamente puede observar las observaciones de los de primer orden, pero no tiene experiencia para emitir juicios u opiniones acerca de las relaciones establecidas dentro del límite del sistema observado. El sistema social, a su vez, también está formado por diversos subsistemas, tal como la economía, la política y el derecho, cuyos elementos a menudo se cruzan.

Particularmente con respecto al ámbito del subsistema del derecho, Luhmann se ocupa de detallar los elementos intrínsecos que forman parte del cerne de las operaciones ocurridas dentro de sus límites. Entre aquellos se destacaron en la tesis las 'expectativas' (los interlocutores establecen sus expectativas de manera recíproca, dentro de un escenario constituido por la

asimilación de experiencias pasadas y perpetuadas), el 'derecho positivo' (el cual representa una codificación binaria de programación, con el objeto de prever la licitud y la ilicitud de determinada acción/expectativa establecida por los interlocutores), y la estructura de 'comportamiento' y 'legitimación de poder' (para sostener los supuestos de legitimidad y estructuración del orden jurídico y de las instituciones). En resumen, a partir de los argumentos presentados por Luhmann fue posible concluir que el derecho está formado por un conjunto de expectativas, comportamientos y personas, operativizado dentro de un espacio de tiempo y apoyado por instituciones validadas por el sistema social. Por supuesto, al aclarar los principales puntos sobre dichos elementos, fue posible estudiar con mayor precisión los argumentos que estructuran el complejo concepto de 'justicia', concepto este largamente problematizado por la filosofía del derecho y distante de encontrar un denominador común.

Sin embargo, la Teoría de Sistemas ofrece una perspectiva diferente sobre qué constituye la base conceptual de la 'justicia', sin limitarse a fundamentar en elementos estrictamente metafísicos o sobre una base exclusivamente lógica y formal, como se intentó hacer con frecuencia durante el desarrollo de la filosofía del derecho y de la epistemología jurídica. Luhmann tuvo éxito en reunir los elementos citados en el párrafo anterior, de modo que logró clasificarla como un elemento recursivo del subsistema del derecho, naturalmente inherente a su propia clausura operativa. Esto implica que la justicia es un elemento que forma parte de las relaciones autorreferentes intrínsecas al funcionamiento del referido sistema. Se percibe, de inmediato, que la idea de justicia no se fundamenta en elementos exclusivamente valorativos o en comandos estrictamente positivados, siendo que Luhmann plantea el concepto de justicia como un principio que se alimenta a sí mismo, de manera que la fórmula de contingencia presenta una naturaleza abstracta y generalista. La idea de justicia en sí queda estrechamente vinculada a las estructuras de 'expectativas' y a las 'argumentaciones' utilizadas durante el proceso de decisión; Luhmann refuerza la importancia de que la decisión jurídica goce de argumentos consistentes para que llegue a satisfacer el criterio de justicia de determinado sistema. La 'decisión jurídica' es imprescindible para que el derecho pueda cumplir su función de control de las expectativas; sin ella, los conflictos que suceden en el mundo de los fenómenos no encontrarían solución vinculante y definitiva, puesto que el ordenamiento no posee la capacidad de autoaplicación dentro de la realidad social (complejo comunicativo).

Sobre tal eje teórico la tesis siguió buscando en la doctrina jurídica brasileña argumentos que sustentaran específicamente el concepto de 'justicia social', debidamente previsto en los términos de la Constitución Republicana de 1988. Para ello se consultó a los autores más importantes de la actualidad, quienes disfrutaban de considerable reputación ante la suprema corte y dentro del medio académico como un todo; dichos autores son Celso Campilongo, Marcelo

Neves, Ives Gandra Martins y Gilmar Mendes. Considerando lo que se intentó observar en la tesis –cómo un individuo que pertenece a una realidad socioeconómica distinta, sujeto a otros tipos de conflictos, tiene éxito en analizar expectativas de otras personas con un historial muchas veces completamente distinto– y su aproximación con el fin de correlacionarlo con la Teoría de Sistemas, fue posible concluir que el argumento de ‘la justicia social opera como una expectativa momentánea y circunstancial, que cambia de acuerdo con los diferentes momentos de la sociedad, para los cuales el judiciary debe encontrar un punto de convergencia para encontrar una respuesta a las expectativas del pueblo’.

Para llegar a tal conclusión, se buscó comparar el contenido de los estudios doctrinarios frente a la jurisprudencia de la suprema corte brasileña. De tal manera, se debe recordar que, como objeto de análisis, la tesis intentó justamente observar la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, fundamentada sobre el argumento de la ‘justicia social’, para identificar la particularidad circunstancial y argumentativa de los juzgados. Conforme se sospechó en el inicio del presente trabajo, fue posible advertir la notable característica económica en las decisiones y la carencia conceptual de elementos axiológicos que componen las justificaciones para sus supuestos intrínsecos. Además, dos puntos merecen atención de inmediato, considerando la jurisprudencia encuadrada en los supuestos establecidos en la tesis: a. Salvo la ADIN 1.712/ DF (la cual se ocupó de la jubilación espontánea), ninguno de los otros dos procesos se ocupó de materias de gran debate en la sociedad brasileña, por tratar de temas complejos y bastante específicos; b. El argumento de la ‘justicia social’ fue usado de manera dogmática o simplemente referencial, sin profundizar los elementos que componen su formación conceptual.

En especial sobre la superficialidad del uso del concepto de justicia social, se debe recordar que Luhmann (2005: 451) no considera la dogmática un sistema en sí, sino solamente como un artificio de argumentación, véase:

Está claro que la dogmática no es ningún sistema –y esto tanto en el sentido sociológico como en el sentido jurídico de una construcción a partir de un principio. Más bien la dogmática deberá entenderse como expresión de la necesidad de argumentar en el derecho, mediante conceptos; o como el aseguramiento del concepto frente a la ilimitada cuestionabilidad jurídico-política; es decir: una regla de demarcación frente a un razonamiento permanente en busca de fundamento.

Sobre tal perspectiva se observó que la justicia social fue utilizada como un argumento doctrinario, distanciándose de las propias características intrínsecas al

concepto de justicia formulado por Luhmann, como la de cumplimiento de las expectativas por medio de una decisión legítima, sostenida sobre una base de argumentación coherente y adecuada para el orden social y el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, en los textos jurisprudenciales fue posible observar que el argumento de la ‘justicia social’ se limitó a una descripción de los pasajes de la legislación o de la doctrina, sin profundizar su significado ni mucho menos su importancia para el caso concreto. Aunque para Luhmann la jurisprudencia necesita utilizar conceptos y resumir formas de pensar, los cuales quedan presentes en la dogmática y son capaces de moldarse a situaciones complejas, lo que se observó en las decisiones del Supremo Tribunal Federal es que existe un verdadero vacío argumentativo sobre dicho concepto, tan consagrado en la legislación brasileña.

Antes de pasar a la observación de la principal pregunta de la investigación, se debe enfatizar que la tesis buscó observar los discursos y observaciones de los Ministros con respecto a asuntos de amplia repercusión social, considerando como telón de fondo que estos ministros pertenecen tanto a una clase social dominante de la sociedad brasileña como a un grupo políticamente bastante poderoso. En otras palabras, se intentó realizar una ‘observación del discurso’ utilizado por los Ministros (un grupo política, económica e intelectualmente selecto) frente a otros grupos de la sociedad brasileña, marcadamente más pobres y sin acceso a educación de calidad. Ello permitió analizar la semántica de la “justicia social” en las sentencias de la Suprema Corte brasileña posconstitución de 1988 y su relación con las expectativas de sus interlocutores relevantes. Sobre esos elementos se elaboró la ‘pregunta principal’: ¿Existen semánticas convergentes o consensuales en aquellas decisiones judiciales que emplean el concepto de ‘justicia social’; y serían estas semánticas suficientes para satisfacer las expectativas de los interlocutores relevantes del sistema jurídico?

Responder a dichas preguntas permitió realizar una observación acerca de la accesibilidad del discurso utilizado en las decisiones y apreciar que, no obstante estrictamente técnicos, los elementos del lenguaje no representaron un obstáculo para la comprensión de lo que fue sentenciado. En especial en la muestra jurisprudencial 03, que provocó una interferencia considerable en el cotidiano de las relaciones laborales de todo el país, es posible apreciar la coherencia de los argumentos utilizados por los Ministros; y, aunque el concepto de ‘justicia social’ haya sido utilizado de manera breve y superficial, es posible constatar la adecuación al caso en el que se decidió. Sin embargo, lo mismo no ocurrió con las muestras jurisprudenciales 01 y 02, las cuales se limitaron a utilizar el referido concepto solo como referencia en la legislación, sin profundizar la relación entre su contenido y el caso sometido al análisis del Judiciario.

Además, en razón de los motivos anteriormente presentados, fue posible confirmar la primera parte de la hipótesis formulada y refutar la segunda: “(1) Para



la Suprema Corte brasileña, el concepto de 'justicia social' es algo circunstancial y no hay un consenso acerca de su definición, la que cambia según cada juez y proceso; (2) simultáneamente, los argumentos semánticos son demasiado complejos para una comprensión satisfactoria por parte de la población común brasileña y no logran satisfacer las expectativas sobre una actuación satisfactoria del judiciary."

Dichas constataciones implican de inmediato dos consecuencias por su confirmación y refutación. Al confirmar la primera parte de la hipótesis, fue posible observar que un concepto que es mencionado por diversos dispositivos de la Constitución y de la legislación brasileña no cuenta con una profundización teórica fundamental para que se comprenda los momentos adecuados para su utilización; por el contrario, la 'justicia social' figura a veces como un argumento de retórica, a veces como un dogma al cual se recurre cuando se busca justificar una sentencia importante, con impacto relevante –en teoría– en el orden económico. Dogma que se supone una expresión llena de sentido propio y autoexplicable, que prescinde de delimitación de sus marcos teóricos o aun mismo axiológicos. Con esta confirmación de la primera parte de la hipótesis, y durante la búsqueda que se llevó a cabo durante la investigación para la tesis, fue posible observar sobre todo la ausencia de un estudio robusto por parte de la doctrina jurídica brasileña acerca de la 'justicia social', lo que repercute en la continuidad del uso de dicha expresión como forma de argumento retórico, desconsiderando su importancia para el ordenamiento jurídico nacional y olvidando el hecho de que la misma se encuentra presente de modo reiterado en la propia Constitución.

Al refutar la segunda parte de la hipótesis, a su vez, fue posible constatar que el lenguaje y la comunicación generada por los Ministros de la Suprema Corte son suficientemente claros e inequívocos, de tal manera que los demás interlocutores de la sociedad pueden comprender –en su mayoría– por lo menos la justificación y el contenido final de la sentencia. Tal hecho es fundamental para que se cumpla con las expectativas del pueblo, garantizando la continuidad del subsistema del derecho mientras también lo legitima el Judiciary como uno de los tres Poderes de la República. Además de esto, hay que considerar el hecho de que, aunque pertenecientes a una clase notablemente distinta de la sociedad, los Ministros tuvieron éxito como 'reductores de complejidad', propiciando la autopoiesis del Sistema Jurídico con la producción de una sentencia; tal hecho se considera fundamental para que la sociedad vea a los miembros de la Suprema Corte como a sus semejantes; que a pesar de estar incontestablemente distantes del 'pueblo común' los Ministros comprenden las necesidades y expectativas de la sociedad. Es necesario admitir, de igual manera, que la población media no se preocupará de estudiar los pormenores de la sentencia, buscando fundamentos doctrinarios y axiológicos profundos y complejos, y por eso, el uso de expresiones que pueden asumir carácter dogmático termina sucumbiendo ante el sentido

común, desplegando la necesidad de generar controversias filosóficas 'innecesarias' durante el proceso judicial.

A partir de la Constitución de 1988, el Judiciario brasileño manifestó gran preocupación en acercarse a la población, no solo para cumplir con sus funciones institucionales establecidas en el texto constitucional, sino también para contribuir como un agente de "cambio positivo" en el país en el marco del espíritu constitucional. Para tanto, cumplir con las expectativas del pueblo, y hacerlo por medio de un lenguaje accesible, se convierte en una prioridad en el subsistema jurídico vigente. Diversas practicas hoy en día son adoptadas con la finalidad de aproximar el Judiciario a la población, tal como los programas el 'Judiciario Itinerante', en el que los jueces se dirigen a las ciudades pequeñas para resolver conflictos de todos los tipos, y el 'joven aprendiz', en el que jóvenes pobres entre 16 y 18 años trabajan en funciones auxiliares en los Tribunales para obtener su primer experiencia de trabajo y el contacto con el derecho, entre otros que ayudan a perpetuar la imagen de un Judiciario presente y actuante, al que cualquier ciudadano puede recurrir para resolver sus problemas, sin necesitar invocar el poder paralelo –como el de los narcotraficantes en las favelas– en situaciones de litigio.

Sobre esta perspectiva de Judiciario actuante y próximo de la sociedad es posible constatar la consistencia de la teoría social de Niklas Luhmann, brevemente presentada a lo largo de la presente tesis, en la cual el derecho figura como un subsistema de la sociedad, entrelazado con otros subsistemas igualmente necesarios para que se establezca una sociedad en armonía operacional –sin instancia central de mando– la cual busca constantemente la reducción de complejidad en sus relaciones contingentes y el éxito de sus expectativas

Así, sobre la base de la observación realizada, en la cual inicialmente se imaginó que la 'justicia social' tendría una relación de génesis oriunda del acoplamiento estructural ocurrido entre elementos del subsistema jurídico con los demás subsistemas que componen la sociedad, de manera más específica de la propia sociedad y del sistema político, fue posible apreciar en las muestras jurisprudenciales que el referido concepto guarda relación con el ámbito jurídico, como parte de las comunicaciones procesales propias o del subsistema del derecho. En otras palabras, pese a que la 'justicia social' figura como elemento central de dos de las muestras de jurisprudencias, quedó evidente que los Ministros no se ocuparon de profundizar conceptualmente la esencia de tales argumentos; las referencias hechas se limitaron a transcribir el texto de la ley o solo una cita, a manera de argumento retórico. De igual modo, fue posible apreciar que la Suprema Corte no operativiza semánticamente el uso de la expresión 'justicia social' como sinónimo de 'justicia distributiva'. O sea, queda clara la bajísima complejidad de las operaciones realizadas por el sistema jurídico y su

casi total incapacidad para considerar pretensiones más elaboradas provenientes de la sociedad, como aquellas relacionadas con la semántica de la justicia social.

Lejos de figurar como un país ejemplar en sus instituciones republicanas –y aún poco probable en lo que atañe a resolver graves problemas oriundos de la concentración de ingresos y a la exclusión social–, el Brasil actual se encamina lentamente a producir una sociedad con acceso a políticas que trascienden el mero asistencialismo gratuito, con una población más informada y politizada, consciente de sus derechos y deberes. En tal progreso, es fundamental la presencia de un Judiciario eficaz y actuante, capaz de suplir las principales expectativas de los ciudadanos y, quizás, garantizar un sentimiento de justicia generalizado, expurgando la impunidad, corrupción y otros males tan comunes en las naciones del tercer mundo. Encarar la sociedad como un sistema autopoiético, autorreferente, de infinitos cambios, y adoptar políticas públicas sistémicas presenta consistencias fuertes tanto en el campo teórico como –principalmente– en el pragmático.

Sin duda el tema tratado en la tesis dispone de un amplio material para estudio, que ofrece diferentes perspectivas para análisis, y, de hecho, las consideraciones sobre la epistemología jurídica y la problematización acerca de las ciencias sociales aún marcan presencia en los importantes centros académicos. Sin embargo, lo que se buscó en la tesis fue una aproximación concretamente a la Teoría de Sistemas, por ofrecer un abordaje que relaciona los elementos intrínsecos de la epistemología con los problemas enfrentados por la sociedad en su vida cotidiana. Lejos de presentar una solución definitiva para las controversias en el estudio de las ciencias sociales, el autor termina el presente trabajo con la certeza de que aún queda mucho que explorar en este relevante campo de la filosofía, con la creciente preocupación de aproximar el conocimiento teórico a la búsqueda por la reducción de la complejidad de las relaciones sociales y por la mitigación de los problemas que desafían el orden social contemporáneo.

## 9. BIBLIOGRAFIA

Bunnin, Nicholas y Tsui-James (2007). *Compêndio de Filosofia*. São Paulo: Loyola.

Delgado, J. y J. Gutiérrez (1994). *Métodos y técnicas cualitativas en ciencias sociales*. Madrid: Editorial Síntesis.

Campilongo, C. F. (2011). *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Martins Fontes.

Carnap, R. (1995). *An Introduction to the Philosophy of Science*. New York: Dover Publications.

Caygill, H. (2000). *Dicionário Kant*. Río de Janeiro: Jorge Zahar.

Carvalho, P. B. (2011). *Direito Tributário e Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses.

Guba, E. y Lincoln, Y. (2000). *Paradigmas en competencia en la investigación cualitativa* (pp. 113-145) En: C. A. Denman & J. Armando Haro. (Eds). *Por los rincones. Antología de métodos cualitativos en la investigación social*. México: El Colegio de Sonora.

Kant, E. (1968). *Kritik der Reinen Vernunft*. Berlin: Walter de Gruyter & Co. Berlin.

Kelsen, H. (1986). *Teoria Geral Das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

Kelsen, H. (2000). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

Kelsen, H. (2001). *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes.

Kelsen, H. (2003). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Larenz, K. (1997). *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.

Luhmann, Niklas (2005). *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate et al. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana.

Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito, I e II. (1972). Río de Janeiro: Biblioteca tempo universitário 80.

Luhmann, Niklas (1996). Introducción a la Teoría de Sistemas. México DF: Editorial Anthropos.

Mascareño, A. (2007) Sociología del método: La forma de la investigación sistémica. IberoForum. Primavera, Tomo 3, Vol. 2, 2007. [http://www.uia.mx/actividades/publicacionesiberoforum/3/pdf/al\\_dom.pdf](http://www.uia.mx/actividades/publicacionesiberoforum/3/pdf/al_dom.pdf)

Martins, I. G. (2011). Uma breve introducción al Derecho. México: Lito Nueva  poca.

Mendes, G. F. (2007). Curso de Direito Constitucional. Brasília: Editora Saraiva.

Neves, M. (2011). A Constitucionaliza o simbólica. São Paulo: Martins Fontes.

Perelman, C. (2004). Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes.

Popper, K. (1999). A Lógica da Pesquisa Científica. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

Popper, K. (2002). Conjectures and Refutations. New York: Routledge Classics.

Ramos, I. (2012). Peter Haberle e a hermen utica constitucional no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

Rodr gues, D. y Arnold, M. (1990). Sociedad y teoría de sistemas. Santiago: Editorial Universit ria.

Spencer-Brown, G. (1979). Laws of Form. New York: E.P. Dutton.

Warat, L. A. (2004). Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Funda o Boiteux.

Valles, M. (1997). Tecnicas cualitativas de investigación social. Madrid: Sintesis.

Valverde, G. (2004). Coisa Julgada em Mat ria Tribut ria. São Paulo: Quartier Latin.

## 10. ANEXOS

### **ANEXO I - Muestra jurisprudencial 01 - Recurso Extraordinario n. 632.644 / DF**

AGRAVO REGIMENTAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOBRE EL DOMINIO ECONÓMICO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO. FIJACIÓN POR EL PODER EJECUTIVO DE LOS PRECIOS DE PRODUCTOS DERIVADOS DE CAÑA-DE-AZÚCAR POR DEBAJO DEL PRECIO DE COSTO. DAÑO MATERIAL. INDEMNIZACIÓN PERTINENTE.

1. La intervención estatal en la economía como instrumento de regulación de los sectores económicos está consagrada en la Carta Magna de 1988.

2. De hecho, la intervención debe ser ejercida respetando los principios y fundamentos del orden económico, cuya previsión está substanciada en el art. 170 de la Constitución Federal, para no malherir el principio de la libre iniciativa, uno de los pilares de la república (art. 1º de la CF/1988). En ese sentido, según la doctrina: Las actividades económicas surgen y se desarrollan por fuerza de sus propias leyes, oriundas de la libre empresa, de la libre competencia y del libre juego de los mercados. Sin embargo ese orden puede ser roto o distorsionado en razón de monopolios, oligopolios, carteles, trust y otras deformaciones de caracterizan la concentración del poder económico en las manos de uno o de pocos. Dichas deformaciones del orden económico terminan, por un lado, aniquilando cualquier iniciativa, sofocando toda la competencia y dominando, en consecuencia, los mercados; y, por otro, desalentando la producción, la investigación y el perfeccionamiento. En suma, desafían el propio Estado, que se ve obligado a intervenir para proteger aquellos valores, consubstanciados en los regímenes de la libre empresa, de la libre competencia y de la libre competencia de los mercados, y para mantener constante la compatibilidad, característica de la economía actual, de la libertad de iniciativa y de la ganancia o lucro con el interés social. La intervención está, substancialmente, consagrada en la Constitución Federal en los arts. 173 y 174. En tal sentido enseña Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que “El instituto de la intervención, en todas sus modalidades, encuentra previsión abstracta en los artículos 173 y 174 de la Ley Mayor. El primero de esos dispositivos permite al Estado explorar directamente la actividad económica cuando necesaria para los imperativos de la seguridad nacional o para relevante interés colectivo, conforme definidos en ley. El segundo otorga al Estado, como agente normativo y regulador de la actividad económica, el poder para ejercer, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planeamiento, siendo ese determinante para el sector público e indicativo para el privado”. Por la intervención el Estado, con el objetivo de asegurar a todos una

existencia digna, de acuerdo con los dictámenes de la **justicia social** (art. 170 de la CF), puede restringir, condicionar o aun suprimir la iniciativa privada en determinada área de actividad económica. No obstante, los actos y medidas que fundamentan la intervención han de respetar los principios constitucionales que conforman el Estado Democrático de Derecho, consignado expresamente en nuestra Ley Mayor, como lo es el principio de la libre iniciativa. Lucia Valle Figueireido, siempre precisa, advierte a ese respecto que “Las balizas de la intervención serán, siempre y siempre, dictadas por los principios constitucionales, por la declaración expresa de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, entre ellos la ciudadanía, la dignidad del hombre, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa (Diógenes Gasparini, in Curso de Direito Administrativo, 8a Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., 64).

3. El Supremo Tribunal Federal firmó la orientación en el sentido de que “la desobediencia a los propios términos de la política económica estatal desarrollada, generando daños patrimoniales a los agentes económicos participantes, son factores que causan inseguridad e inestabilidad, desfavorables a la colectividad y, en última instancia, al propio consumidor”. (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2a Turma, DJ de 24/03/2006).

4. *In casu*, la decisión recurrida estableció: ADMINISTRATIVO. LEY 4.870/1965. SECTOR DE AZÚCAR Y ALCOHOL. FIJACIÓN DE PRECIOS POR EL INSTITUTO DEL AZÚCAR Y ALCOHOL - IAA. SONDEO DE COSTOS, CONSIDERÁNDOSE LA PRODUCTIVIDAD MÍNIMA. DICTAMEN DE LA FUNDACIÓN GETULIO VARGAS - FGV. DIFERENCIA ENTRE PRECIOS Y COSTOS. 1. Resaltando el entendimiento de este Relator sobre la materia, la jurisprudencia del STJ se firmó en el sentido de ser debida la indemnización, por el Estado, en virtud de la intervención en los precios practicados por las empresas del sector de azúcar y alcohol. 2. Recurso Especial asegurado.

## **ANEXO II - Muestra jurisprudencial 02 - Recurso Extraordinario n. 259.976 / RS**

PROCESAL CIVIL. *AGRAVO DE REGIMIENTO*. CONSTITUCIONAL. TRIBUTARIO. INMUNIDAD RECÍPROCA. ORDEN DE LOS ABOGADOS DE BRASIL. SECCIÓN. APLICACIONES FINANCIERAS. INVESTIMENTOS. IMPUESTO SOBRE LAS OPERACIONES FINANCIERAS - IOF. ALCANCE. DEBER DE FISCALIZACIÓN. AUSENCIA DE PERJUICIO. PLENA VINCULACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEL CRÉDITO TRIBUTARIO.

1. La inmunidad tributaria de que goza el Orden de los Abogados de Brasil - OAB es de la especie recíproca (art. 150, VI, a de la Constitución), en la medida en que la OAB desarrolla actividad propia de Estado (defensa de la constitución, del orden jurídico del Estado democrático de derecho, de los derechos humanos, de la **justicia social**, tal como la selección y control disciplinario de los abogados).

2. La inmunidad tributaria recíproca alcanza solo las finalidades esenciales de la entidad protegida. El reconocimiento de la inmunidad tributaria a las operaciones financieras no impide la autoridad fiscal de examinar la corrección del procedimiento adoptado por la entidad inmune. Constatado desvío de finalidad, la autoridad fiscal tiene el poder-deber de constituir el crédito tributario y de tomar las demás medidas legales aplicables. Naturaleza plenamente vinculada del lanzamiento tributario, que no admite exceso de carga.

*Agravo de regimiento* al cual no se logra éxito.



### **ANEXO III - Muestra jurisprudencial 03 - Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 1.721 / DF**

ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. ARTICULO 3º DE LA MEDIDA PROVISORIA N° 1.596-14/97, CONVERTIDA EN LA LEY N° 9.528/97, QUE ADICIONÓ AL ARTICULO 453 DE LA CONSOLIDACIÓN DE LAS LEYES DEL TRABAJO UN SEGUNDO PÁRRAFO PARA EXTINGUIR EL VÍNCULO DE EMPLEO EN EL MOMENTO DE LA CONCESIÓN DE LA JUBILACIÓN ESPONTÁNEA. ACCIÓN PROCEDENTE.

1. La conversión de la medida provisoria en ley perjudica el debate jurisdiccional acerca de la “relevancia y urgencia” de esa especie de acto normativo.

2. Los valores sociales del trabajo constituyen: a) fundamento de la República Federativa de Brasil (numeral IV del artículo 1º de la Constitución); b) cimientos del Orden Económico, que tiene como finalidad asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictámenes de la justicia social, y, por uno de sus principios, la búsqueda del pleno empleo (art. 170, *caput* y numeral VIII); c) base de todo el Orden Social (artículo 193). Ese acervo de principios, fundado en reglas como la del numeral I del artículo 7º de la Magna Carta y de las del artículo 10 del ADCT/88, desvela un mandamiento constitucional que traspasa toda la relación de empleo, en el sentido de su deseada continuidad.

3. La constitución Federal versa sobre la jubilación como un beneficio que se da mediante el ejercicio regular de un derecho. Y lo cierto es que el regular ejercicio de un derecho no es poner a su titular en una situación jurídico-pasiva de efectos aún más drásticos que los que resultarían de una falta grave (se sabe que, en ese caso, la ruptura del vínculo de empleo no sucede automáticamente).

4. El derecho a la jubilación en la seguridad social, una vez objetivamente constituido, se da en el seno de una relación jurídica entre el asegurado del Sistema General de Seguridad Social y el Instituto Nacional de Seguridad Social. A expensas, por lo tanto, de un sistema financiero que es regido por ese mismo Instituto, y no de este o de aquel empleador.

5. El ordenamiento constitucional no autoriza al legislador ordinario a crear modalidad de rompimiento automático del vínculo de empleo, en perjuicio del trabajador, en la situación en que este solo ejerce su derecho de jubilación espontánea, sin cometer ninguna falta.

6. La mera concesión de la jubilación voluntaria al trabajador no tiene por efecto extinguir, instantánea y automáticamente, su vínculo de empleo.

7. Inconstitucionalidad del §2º del artículo 453 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, introducido por la Ley n° 9.528/97.

*VOTO DEL RELATOR (DECISIÓN)*

*Señor Ministro Carlos Ayres Britto (relator)*

Reconozco, de inmediato, la legitimidad de los autores, por tratarse de gremios políticos de notoria participación en el cuadro actual de los parlamentarios federales. Lo que hace que incida la regla habilitadora del numeral VIII del art. 103 del Magno Texto de 1988, considerada por esta nuestra Casa de Justicia como de universal aptitud procesal de los partidos políticos para la proposición de acción directa de inconstitucionalidad.

11. Sobre otra perspectiva, manifiesto mi adhesión a lo que fue decidido en la ADI 3.289, en el sentido de que la conversión de medida provisoria en ley perjudica el debate jurisdiccional sobre el cumplimiento de los supuestos de admisibilidad de ese tipo de acto del orden legislativo. Al hacerlo, adjunto que el instituto de la medida provisoria forma parte del “proceso legislativo (numeral V del art. 60 de la Ley Republicana); y como en todo lo que forma parte del proceso legislativo federal, quien dice la última palabra es el Congreso Nacional. Sea para decir cuando una respuesta de acto legislativo es oportuna y/o conveniente, sea para decir cuando el contenido de tal propuesta corresponde a los intereses y valores de la sociedad.

12. En otras palabras, la conversión de la medida provisoria en ley significa una absorción de contenido: el contenido de aquella específica medida provisoria que, a juicio del Congreso Nacional, está dotada de mérito suficiente para convertirse en contenido de una nueva ley. Mas una absorción de contenido que ya presupone un juicio afirmativo en cuanto a la conveniencia y/o oportunidad de lo que quedó, al final, aprobado. Es, pues, en ese juicio preliminar de conveniencia y/o oportunidad que ocurre la propia absorción del originario juicio de urgencia y relevancia con el que trabajó el Presidente de la República.

13. Está claro que el examen parlamentario acerca del mérito de dada medida provisoria puede incluso no ocurrir. Basta que los hechos a ella subyacentes no sean reputados como de urgencia y relevancia (no una cosa o otra, alternativamente, pero una cosa y otra, concomitantemente). La cuestión preliminar que impide el análisis de la cuestión de fondo, en los términos del párrafo 5º del art. 62 de la Constitución. Por más acertada que sea la medida en cuanto a su contenido, lo que ya se tiene es un referendo que todo lo incorpora: cuestión preliminar de urgencia y relevancia sumada a todo el mérito del acto refrendado. Por lo que ya no cabe reforzar, en la presente ADIN, la constitucionalidad de los supuestos de edición de una medida provisoria ya convertida en ley formal del Congreso Nacional.

14. Paso ahora a analizar la cuestión de mérito. Haciéndolo, comprendo que la Constitución de 1988 sustituyó la garantía “absoluta” del empleo (la estabilidad decenal de que trata el art. 492 de la CLT) por otras modalidades de protección:

a) aquella que se conduce por las hipótesis listadas en ley complementaria; b) la que se da por el aumento del costo del despido sin otra causa que no sea la voluntad unilateral del empleador. Según la Constitución:

Art. 7º...

I - La relación de empleo protegida contra despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de ley complementaria, que se preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos;  
(...)"

15. Se debe observar, por lo tanto, que la Magna Carta Federal otorgó a la ley complementaria dos funciones específicas: a) la de instituir las hipótesis en que no puede ocurrir despido arbitrario o sin justa causa; b) la de fijar, "entre otros derechos", los parámetros de indemnización compensatoria a los trabajadores que sean despedidos, exactamente, sin justa causa o por el exclusivo arbitrio de su empleador.

16. No obstante lo anterior, la propia Ley Mayor, sin esperar la edición de la sobredicha ley complementaria, avanzó algunas reglas de protección del trabajador-empleado, de suerte que lanzó algunas hipótesis prohibitivas del despido arbitrario o sin justa causa. Además de eso, también se limitó el quantum de la indemnización compensatoria a cuatro veces el valor del porcentaje a que se refiere el párrafo 1º y el caput del art. 6º 5.107, de 13 de septiembre de 1966. Todo de acuerdo con los siguientes dispositivos:

"Art. 8º. Es libre la asociación profesional o sindical, observado lo siguiente:

(...)

VIII - está vedado el despido del empleado sindicalizado a partir del registro de la candidatura a cargo de dirección o representación sindical y, caso sea elegido, aunque como suplente, hasta un año después del final del mandato, salvo si comete falta grave en los términos de la ley.

(...)"

"Art. 10 del ADCT - Hasta que sea promulgada la ley complementaria a la que se refiere el art. 7º, I, de la Constitución:

I – queda limitada la protección en él referida al aumento, para cuatro veces, del porcentaje previsto en el art. 6º, caput, y § 1º, de la Ley nº 5.107, de 13 de septiembre 1966;

II – está vedado el despido arbitrario o sin justa causa:

- a) del empleado elegido para cargo de dirección de comisiones internas de prevención de accidentes, desde el registro de su candidatura hasta un año después del final de su mandato;
  - b) de la empleada embarazada, desde la confirmación del embarazo hasta cinco meses después del parto.
- (...)"

17. En este flujo de ideas, y aun sin la edición de la ley complementaria a que alude el numeral I del art. 7º de la Constitución, es preciso reconocer que ella –la Constitución–, garantizó una especial protección a la continuidad de las relaciones de empleo de las cuales forman parte:

- I - lo empleados sindicalizados, a partir del registro de la candidatura al cargo de dirección o representación sindical, y, caso sean elegidos, aunque suplentes, hasta un año después del final del mandato (numeral VIII del art. 8º);
- II - los empleados elegidos para cargo de dirección de comisiones internas de prevención de accidentes, desde el registro de su candidatura hasta un año después del final de su mandato (literal "a" del numeral II del art. 10 del ADCT);
- III - de las empleadas embarazadas, desde la confirmación del embarazo hasta cinco meses después del parto (literal "b" del numeral II del art. 10 del ADCT).

18. Fijadas esas premisas, se infiere que solamente las tres referidas clases de obreros poseen la denominada "estabilidad constitucional relativa". Protección sujeta a refuerzo, claro, cuando se edite la ley complementaria mencionada por el numeral I del art. 7º de la propia Constitución Federal.

19. Sucede que el nuevo dispositivo del §2º del art. 453 de la CLT, objeto de la presente ADI, instituyó otra modalidad de extinción del vínculo de empleo. Y lo hizo completamente al margen de la realización de falta grave por el empleado y hasta mismo de la voluntad del empleador. Pues el hecho es que el acto en sí de la concesión de la jubilación voluntaria al empleado pasó a implicar automática extinción de la relación laboral (empleado, es cierto, "que no ha completado treinta y cinco años, si se trata de hombre, o treinta, si mujer (...)") (numeral I del § 7º del art. 201 de la CF).

20. Ahora bien, la Constitución versa sobre la jubilación del trabajador como un beneficio. No como maleficio. Y si tal jubilación se da a raíz del ejercicio regular de un derecho (aquí se trata de jubilación voluntaria), está claro que ese regular ejercicio de un derecho no es el de poner a su titular en una situación jurídico-pasiva de efectos aún más drásticos que los que resultarían de la realización de

una falta grave. Explico. Si un empleado comete una falta grave se sujeta, desde luego, a perder su empleo. Mas esa causa legal de ruptura del vínculo de empleo no sucede automáticamente. Es necesario que el empleador, en el uso de su autonomía de voluntad, haga que incida el comando de la ley. Pues lo cierto es que no se le puede rehusar al empleador la facultad de perdonar a su empleado fallo.

21. No obstante, no es esto lo que contiene el dispositivo legal ahora contestado. Él determina el fin, la instantánea ruptura de la relación laboral, por el exclusivo hecho de la opción del empleado por un tipo de jubilación (la voluntaria) que le es jurídicamente concedida. Desconsiderando, con eso, la propia y eventual voluntad del empleador de permanecer con su empleado. Y también desatento en relación con el hecho de que el derecho a la jubilación, una vez objetivamente constituido, se da en el cerne de una relación jurídica entre el “asegurado” del Sistema General de Seguridad Social y el Instituto Nacional de Seguridad Social. A expensas, por lo tanto, de un sistema financiero que es controlado por ese mismo Instituto. No a expensas de este o de aquel empleador. Lo que ya significa decir que el financiamiento o la cobertura financiera del beneficio de la jubilación pasa a desarrollarse por el lado de fuera de la propia relación de empleo, pues cubre al obrero ya en la singular condición de titular de un derecho a la jubilación, y no propiamente de asalariado de quien quiere que sea. Revelándose equivocada, así pienso, la premisa de que la extinción del pacto de trabajo es la propia condición empírica para disfrutar de la jubilación voluntaria por el Sistema General de Seguridad Social. Condición empírica, esto sí, es el concurso de la edad de nacimiento del asegurado con cierto tiempo de contribución pecuniaria (numerales I y II del §7º del art. 201 de la CF). Quiero decir, la relación de seguridad social de hecho se inicia con la relación de empleo, sin duda (caso del presente proceso). Pero la relación de jubilación, una vez perfeccionada, asume autonomía frente a aquella. Gana vida propia y se hace plena en la esfera jurídica del “asegurado” frente al sistema de seguridad social en sí.

22. Nada impide, obviamente, que una vez concedida la jubilación voluntaria pueda el trabajador ser despedido. Pero sucede que en tales circunstancias deberá el patrón asegurar con todos los efectos legales y patrimoniales que son propios de la extinción de un contrato de trabajo sin justa motivación. Obligación patronal que se hace presente aun en la hipótesis en que la jubilación del empleado sea requerida por su propio empleador. Nótese:

“Ley nº 8.213/91, que dispone sobre los Planos de Beneficios de la Seguridad Social.

Art. 51. La jubilación por edad puede ser requerida por la empresa, desde que el asegurado empleado haya cumplido el periodo de carencia y cumplido 70 (setenta) años de edad, si es del sexo

masculino, o 65 (sesenta y cinco), si del sexo femenino, siendo obligatoria, caso en que se garantizará al empleado indemnización prevista en la legislación laboral, considerada como fecha de rescisión del contrato de trabajo la inmediatamente anterior a la del inicio de la jubilación.”

23. No veo, por lo tanto, fundamentación jurídica para deducir que la concesión de la jubilación voluntaria al trabajador deba extinguir, instantánea y automáticamente, la relación de empleo. Más aún que los “valores sociales del trabajo” se ponen como uno de los explícitos fundamentos de la República Federativa de Brasil (numeral IV del art. 1º). También así, base y principio del “orden económico”, destinado a “asegurar a todos existencia digna, conforme a los supuestos de **la justicia social** (...)” (art. 170 de la CF), y la “búsqueda del pleno empleo” (numeral VIII). Sin considerar que el primado del trabajo es categorizado como “base” de todo el orden social, conforme al siguiente dispositivo constitucional:

“Art. 193. El orden social tiene como base primera el trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social.”

24. A partir del Magisterio de Maurício Godinho Delgado, citando a José Afonso da Silva:

“(…)”

Finalmente, en la lectura de todos esos dispositivos, se debe considerar el estuario cultural y normativo característico de toda la Constitución, en el que se demarcan el primado conferido al trabajo y a las diversas garantías concedidas a su titular. Como bien señaló el constitucionalista José Afonso da Silva, el derecho al trabajo ‘... salta del conjunto de normas de la Constitución sobre el trabajo’. Es que, para la Constitución, la República Federativa de Brasil tiene como sus fundamentos, entre otros, los valores sociales del trabajo (art. 1º, IV); el orden económico también se funda en la valorización del trabajo (art. 170), al paso que el orden social tiene como base el primado del trabajo (art. 193). Todo eso, inevitablemente, conduciría al necesario reconocimiento del “... derecho social al trabajo, como condición de efectividad de la existencia digna (finalidad del orden económico) y, pues, de la dignidad de la persona humana, fundamento, también, de la República Federativa de Brasil (art. 1º, III)”.

25. En ese amplio marco, deduzco que una proposición contraria llevaría a la perpetración de mucha más falta de respeto hacia la Constitución que de prestigio a ella. Quiero decir, lo que se ganaría con la tesis contraria sería sustituido, de lejos, por las pérdidas causadas al sistema de comandos de la Constitución ciudadana, significando, entonces, postura interpretativa opuesta a la preconizada por el llamado “principio de la proporcionalidad en sentido estricto”.

26. Siguiendo la misma línea de raciocinio hasta aquí expuesta, adjunto que la estimada 1ª Turma de este Supremo Tribunal Federal falló a favor del RE 449.420 (Rl. Min. Sepúlveda Pertence), ocasión en que proclamó: “viola la garantía constitucional la decisión que, partiendo de premisa derivada de interpretación conferida al art. 453, caput, de la CLT (redacción alterada por la L. 6.204/75), decide que la jubilación espontánea extingue el contrato de trabajo, aun cuando el empleado continúa trabajando en la empresa después de la concesión del beneficio de seguridad social” (DJU de 14.10.2005).

27. Por esos motivos, mi voto es por la procedencia de la presente ADI, para el fin de declarar inconstitucional el §2º del art. 453 de la C.L.T.

#### *VOTO DEL REVISOR*

*Señor Ministro Ricardo Lewandowski* - Sra. Presidenta, acompaño el voto del eminente Ministro-relator por dos motivos: en primer lugar, entiendo que ese dispositivo de la CLT ofende el principio de la igualdad, por tratar desigualmente a los jubilados; crear un despido para aquellos que se jubilan voluntariamente y aquellos que se jubilan después de transcurridos treinta y cinco años de servicio. Por lo tanto, hay un desequilibrio entre los jubilados. En segundo lugar, también, en el sentido de lo que estableció el eminente Ministro-relator, veo que ese dispositivo crea una nueva hipótesis de despido arbitrario sin justa causa.

Sin embargo, me preocupa un poco la modulación de los efectos de la declaración de eventual inconstitucionalidad, porque, en caso de que esta inconstitucionalidad sea declarada *ex tunc*, nosotros vamos a crear eventualmente un pasivo obrero bastante grande, considerable, para las empresas, teniendo en vista el plazo de prescripción de las acciones en la justicia del trabajo. Esa es una materia que me gustaría llevar a debate en el Plenario.

#### *VOTO VISTA*

*Señor Ministro Joaquim Barbosa* - Señora Presidenta, también sigo el voto del eminente relator.

Entiendo que la norma impugnada se divorcia incuestionablemente del espíritu de protección que la Constitución vislumbró para el trabajador, en cuanto instituye esa nueva modalidad de despido sin justa causa.