



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Hennig Leal, Mônia Clarissa

LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN ABIERTA DE PETER HÄBERLE COMO FUNDAMENTO DE UNA
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ABIERTA Y COMO PRESUPUESTO PARA LA INTERVENCIÓN
DEL AMICUS CURIAE EN EL DERECHO BRASILEÑO

Estudios Constitucionales, vol. 8, núm. 1, 2010, pp. 283-303

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN ABIERTA DE PETER HÄBERLE COMO FUNDAMENTO DE UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ABIERTA Y COMO PRESUPUESTO PARA LA INTERVENCIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN EL DERECHO BRASILEÑO¹

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL²

Profesora Universidad de Santa Cruz do Sul
moniah@unisc.br

RESUMEN: *El objeto del presente artículo es introducir la discusión del amicus curiae en el derecho brasileño, teniéndose como fundamentos las nociones de Constitución cultural y abierta —y la consecuente “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución— de Peter Häberle, entendida como base teórica que posibilita y demanda una efectiva participación de los ciudadanos en la esfera hermenéutica y de aplicación de los contenidos constitucionales, reforzada por la noción de status activus procesualis, basada en la idea de que, en el contexto del Estado Democrático, la participación constituye un status fundamental, esencial a la realización de las tareas del Estado y de los derechos fundamentales, especialmente cuando se habla de una Constitución que es comprendida como un proceso permanente y abierto. Es precisamente en esta perspectiva que se encuadra el amicus curiae, en cuanto instrumento procesal apto para viabilizar, institucionalmente, esta participación, extendiéndose, así, el debate constitucional y, consecuentemente, la legitimidad de las decisiones tomadas en el ámbito de la jurisdicción democrática.*

ABSTRACT: *The main purpose of this article is to introduce a discussion about the rule of the amicus curiae in brazilian law, considering as theoretical foundations the concepts of open and cultural Constitution—and consequently of an “open society of constitutional interpreters”—worked by Peter Häberle, those understood as basis that allows and demands an effective participation of citizens in the hermeneutical sphere and in the interpretation of constitutional contents, mainly centered in the notion of status activus*

¹ Artículo presentado el 23 de octubre de 2009 y aprobado el 7 de abril de 2010. Este artículo es resultado de las investigaciones y debates hechos en el grupo de investigación intitulado “Jurisdicción Constitucional Abierta”, vinculado al CNPq (Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico de Brasil), así como del proyecto de investigación científica “El *amicus curiae* como instrumento de realización de una jurisdicción constitucional abierta: un comparativo entre los sistemas brasileño, alemán y estadounidense”.

² Post-Doctorada en Derecho por la Universidad Ruperto Carola, Heidelberg, Alemania. Doctora en Derecho por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos-Unisinos, con investigación realizada junto a la Universidad Ruperto Carola, Heidelberg, Alemania. Investigadora asociada de la Cátedra de Derecho Público y del Estado de la Universidad Ruperto Carola, coordinada por el Prof. Dr. Winfried Brugger. Profesora del Programa de Post-Grado en Derecho-Magíster y Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul-UNISC, Brasil. Investigadora de productividad del CNPq. Coordinadora del grupo de investigación “Jurisdicción Constitucional Abierta”, financiado por el CNPq.

processualis, considering that, in the context of a Democratic State of Law, participation becomes the main status, playing an essential rule in the concretization of public tasks and of fundamental rights, essentially in the context of a Constitution seen as a permanent open ended process. It is exactly in this perspective that the instrument of amicus curiae becomes an important procedural mechanism, once that it offers an institutional sphere of participation in process and jurisdiction, powering, in this way, the constitutional debate and contributing to an increase of decisions legitimacy in the ambit of democracy.

1. INTRODUCCIÓN

El *amicus curiae* es un instituto jurídico que viene, cada vez más, ganando espacio en la legislación constitucional de Brasil y, consecuentemente, recibido una creciente atención por parte de la doctrina de este país, toda vez que se constituye en instrumento privilegiado de apertura, de pluralización y de democratización de la jurisdicción, en especial de la jurisdicción constitucional. Originario del derecho estadounidense, incluso la legislación brasileña, hace poco, empezó a establecerlo en diferentes momentos y reglamentos. Pese a tal situación, aún hay innumerables controversias y debates acerca de aspectos como su naturaleza, sus formas de actuación y los límites de su intervención en el proceso, así como respecto a sus situaciones de ocurrencia, resultado de la mezcla terminológica que a veces está evidenciada en el ámbito legislativo. Así, el objetivo del presente artículo es introducir la discusión sobre el *amicus curiae* en el derecho brasileño, teniendo como referencial teórico las nociones de Constitución cultural y abierta –y la de sociedad abierta de intérpretes de la Constitución– de Peter Häberle, aquí comprendida como fundamento que permite y demanda una participación efectiva de los ciudadanos en la esfera hermenéutica y de aplicación de los contenidos constitucionales, reforzada por la noción del *status activus processualis*, basada en la idea de que, en el contexto de un Estado Democrático, la participación se constituye en el *status* fundamental, presentándose como esencial a la realización de las tareas del Estado y de los Derechos Fundamentales, fundamentalmente en el contexto de una Constitución que se comprende como un proceso permanentemente abierto. Es precisamente en esta perspectiva que se presenta el *amicus curiae*, en tanto que mecanismo procesal apto a viabilizar, institucionalmente, esta participación, de manera de tornar más amplio el debate constitucional y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO PRODUCTO CULTURAL Y LA SOCIEDAD ABIERTA DE INTÉRPRETES EN PETER HÄBERLE COMO FUNDAMENTOS DEL *STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS*

La Constitución y la Teoría Constitucional –así como la teoría de la interpretación constitucional– han sufrido muchas transformaciones a lo largo del tiempo,

especialmente a partir del constitucionalismo democrático y de su preocupación por la normatividad y por la garantía de los derechos fundamentales, entendidos como vinculantes y como elementos basales del orden jurídico en su totalidad.

En esta perspectiva, tomando como base el pensamiento de Peter Häberle, es posible obtenerse una inestimable contribución respecto a estos temas, caracterizándose su teoría por una ruptura con una noción meramente dogmática y positivista estricta relacionada a la Constitución, presentándose ella, dentro del contexto de su función normativa, en una perspectiva abierta y plural, de matiz cultural, caracterizándose como un elemento vivo, resultante de las interacciones y de las cristalizaciones que se procesan entre texto normativo y entorno cultural.³ El Derecho se presenta, entonces, simultáneamente como un producto y también como una causa cultural, esto es, él condiciona y conforma la cultura, pero igualmente es directamente influenciado por ella, especialmente en el proceso de interpretación y de aplicación de la ley. Dicho de otro modo, la Constitución es un reflejo de la realidad, pero no solamente esto: al mismo tiempo, ella conforma la realidad, constituyéndose, en las palabras del propio autor, en su fuente de luz, en su fuente originaria.⁴

Así es que, conforme Häberle, toda y cualesquiera modificación o alteración cultural influye y atinge, directamente, la interpretación cultural, lo que justifica la posibilidad de interpretarse, el mismo texto legal, de formas diferentes en el tiempo y en el espacio, una vez que la cultura constitucional subyacente también es otra, diferente.⁵

El hechor tiempo aparece, pues, como un hechor determinante para la interpretación, una vez que él modifica la realidad social, comprendida como elemento esencial de la actividad hermenéutica, resultando, de ahí, la importancia de considerárselo como un objeto de reflexión. Esto porque, según el autor alemán, en los métodos “clásicos” de interpretación, este desarrollo de la Constitución en el tiempo es reducido en detrimento de la idea de garantía y de certidumbre jurídica.⁶ Así, la Constitución, comprendida en su carácter cultural, debe ser capaz

³ BRUGGER (2001) pp. 271-293.

⁴ “Verfassung ist in diesem Sinne Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit. Sie ist aber nicht nur Spiegel, sie ist auch Lichtquelle, wenn dieser etwas bildhafte Vergleich erlaubt ist. Sie hat Steuerungsfunktion.” HÄBERLE (1998) p. 168.

⁵ HÄBERLE (1982) pp. 45-46. Según el autor, esta “relatividad” no puede ser comprendida, necesariamente, como un problema, conforme se podría suponer a partir de una lectura más conservadora o estrictamente positivista respecto al tema.

⁶ En este sentido, depende también del contexto histórico la determinación de cuanto son necesarios los textos normativos de la Constitución para su eficacia. El autor cita como ejemplo, para tanto, el período siguiente a la II Guerra Mundial, donde la importancia de la inclusión de los derechos fundamentales en el *Grundgesetz* tuvo una relevancia incuestionable. Es preciso considerar, entre tanto, que también esta explicación/compreensión es parte integrante de la cultura constitucional, esto es, ella no existe de manera

de modificarse por medio de la interpretación, de manera que el fenómeno de mutación constitucional (*Verfassungswandlung*)⁷ se presenta, en este sentido, nada más y nada menos, como algo que resulta del desarrollo y de la transformación de la norma en razón del tiempo.

La Constitución se convierte, entonces, en orden jurídico fundamental de un proceso libre y abierto, siendo que ella propia se transmuta en un *proceso* (permanente)⁸, lo que hace que el Derecho Constitucional se convierta en *el* derecho público, abierto, por excelencia. Y más: en la concepción de Häberle, una Constitución en sentido amplio, que no es sólo del Estado, sino que engloba y estructura la sociedad como un todo (e, indirectamente, también la esfera privada)⁹ –como es el caso de la Constitución democrática– no puede hacerlo solamente en una perspectiva pasiva, esto es, ella no puede incorporar estos elementos exclusivamente como *objetos*; ella necesita incorporarlos, también, de manera activa, en cuanto *sujetos*.¹⁰

En esta perspectiva, la Constitución se presenta como siendo una *res publica*¹¹, como una tarea que dice respecto a todos y a cada uno, abriéndose espacio, así, para la noción de “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”¹², expresión que sirve de título a uno de sus más conocidos textos y que puede ser traducida en la idea de que la Constitución del pluralismo es una obra de *todos*, indistintamente, o ella absolutamente no es nada, o, por lo menos, no pasa de un documento jurídico vacío, incapaz de cumplir adecuadamente con su función social de integración.¹³

El ámbito constitucional se constituye, por consiguiente, en un importante espacio de actuación para los ciudadanos, comprendidos no en cuanto simples

aislada, autónomamente, pues ella está, antes, imbricada con otras cuestiones y posibilidades. Cfr. HÄBERLE (1998) pp. 587-588.

⁷ La mutación constitucional (*Verfassungswandlung*), que ocurre por medio de la interpretación, sin alteración directa del texto legal, no puede ser confundida con la alteración constitucional (*Verfassungsänderung*), que se identifica con el proceso de reforma constitucional; también esta última posee, entre tanto, un cierto carácter y perspectiva temporales, pues la alteración del texto propiamente dicha normalmente ocurre en virtud de nuevas exigencias normativas atribuidas a la acción del tiempo y a la consecuente transformación de la sociedad. Cfr. HÄBERLE (1998) p. 91.

⁸ HÄBERLE (1998) p. 65.

⁹ HÄBERLE (1998) p. 122.

¹⁰ HÄBERLE (1998) p. 167.

¹¹ La expresión *res publica* para identificar la Constitución es frecuente en la obra del autor, apareciendo en diferentes momentos de su reflexión, siempre conectada a la idea de abertura y de pluralidad. Cfr. HÄBERLE (1980) p. 141.

¹² La “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” de Häberle toma como referencia y está basada, conforme mención expresa del propio autor, en la noción de sociedad abierta desarrollada por Popper. Cfr. HÄBERLE (1998) p. 181.

¹³ HÄBERLE (1980) p. VI.

sujetos pasivos o meros espectadores del orden jurídico-constitucional, de dónde se presupone el ejercicio del derecho de participación activa en el proceso –permanente– de construcción de los sentidos y significados de la Constitución para la vida en común. Más que actuar como un intérprete (no en sentido estricto, técnico, pero en un sentido lato), cada individuo, cada ciudadano debe *vivir* la Constitución, contribuyendo para su constante evolución, de lo que resulta, también, a su vez, un progresivo proceso de pluralización de los contenidos constitucionales, aspecto esencial del constitucionalismo democrático.¹⁴

En esta perspectiva, aparecen como fundamentales el reconocimiento y el ejercicio de un *status activus*, comprendido como un elemento central de la democracia y que es originariamente representado por la idea de que, si el derecho de representación de los interés de todos constituye una cuestión central del constitucionalismo, entonces la garantía de libertad política demanda mucho más que no ser subyugado por el gobierno, lo que significa que los propios órganos gubernamentales deben ser establecidos con base en la libre voluntad del pueblo.¹⁵ En el ámbito de la Constitución cultural y abierta, entre tanto, esta noción queda intensificada y desarrollada, extendiéndose a una esfera más amplia, que incluye las tareas estatales, así como la Constitución y la realización de los derechos fundamentales.

Esta nueva realidad demanda, a su vez, también una nueva actitud tanto por parte del Estado cuanto por parte de los ciudadanos, no siendo posible que su operación sea reducida a mera “tecnicidad” (*Technizität*), puesto que, dentro de este contexto, la participación y el procedimiento necesitan asumir una función efectiva incluso en lo que concierne a la comprensión y a la aplicación de la Constitución, por medio de formas cooperativas y comunicativas de acción, una vez que las normas constitucionales tienen un carácter abierto y plural, siendo caracterizadas, muchas veces, por una baja densidad normativa, revelándose, así, una vez más, la importancia de constituir un proceso público amplio y participativo de establecimiento de sus contenidos y significados.

Como asociada a estos aspectos está aún la necesidad de máxima realización de los derechos fundamentales, su concretización –para que no se convierta arbitraria– necesita reconocer un nuevo papel a la dimensión procesal/procedimental, dándose, así, nuevo impulso a la noción de *status activus* originariamente desarrollada por Jellinek¹⁶,

¹⁴ HÄBERLE (2006) pp. 621-642.

¹⁵ Este es el concepto tradicional de *status activus* desarrollado en la teoría de los status de Jellinek, naturalmente más restricto –por estar vinculado al contexto y a la realidad de su época– de que la noción que se utiliza para los fines del presente trabajo, refundada y ampliada a partir del pensamiento de Häberle. Cfr. JELLINEK (1905). Sobre la teoría de los status, ver, también, BRUGGER y LEAL (2007).

¹⁶ JELLINEK (1905).

pero en una perspectiva más amplia y efectiva, comprendida como un *proceso* abierto y permanente: una noción de *status activus processualis*, como el defendido por Häberle. Esto porque tales derechos –fundamentales– se caracterizan y presuponen como un efectivo derecho de participación (*weil Grundrechte im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren werden*).¹⁷

En tal contexto, se torna obligatorio el establecimiento de una estrecha conexión y de una relación directamente proporcional entre los conceptos de elasticidad legislativa y procedimental (participación en sentido amplio): cuanto más elástica la legislación, más el elemento procedimiento (debe) actuar, haciéndose necesario que los conceptos de Estado y de sociedad sean comprendidos como vinculados, estando ambos identificados con la idea de publicidad, de *res publica*.

Así, es posible decir que se establece una necesaria relación de cooperación entre Estado y sociedad, aspecto que presupone, a su vez, la creación de nuevos instrumentos y de nuevos mecanismos de participación¹⁸, de manera que el tradicional *status passivus* ya no sirve –y no puede servir– como *status* principal en una democracia:

*Obwohl Leistungen auch mit Eingriffen verbunden sein können, ist der status passivus subjectionis nicht mehr der Grundstatus in einer freiheitlichen Demokratie. Das Rechtsverhältnis Bürger-Staat ist gekennzeichnet durch Kommunikation und Kooperation (statt Subjektion!).*¹⁹

Estas nuevas exigencias demandan, por consiguiente, una reestructuración y una apertura de los medios procedimentales a su realización, aspecto que indica la necesidad de que se construyan y amplíen la publicidad²⁰, así como que se incorporen los interesados y atingidos por derechos cuya realización dependa de decisiones políticas o de políticas públicas en el proceso decisorio, incluso en el ámbito de la jurisdicción.

Dicho eso, es posible afirmar que el *status negativus*, pasivo, característico del individualismo liberal-burgués, no se presenta más como suficiente para satis-

¹⁷ HÄBERLE (1972).

¹⁸ Esta nueva perspectiva trae ínsita, igualmente, la creación de nuevos problemas funcionales y de competencias, una vez que la tradicional forma de actuación reservada a los derechos individuales negativos no se presenta más como suficiente o apta para realizar esta tarea; en esta “crisis de competencias” está incluida, a su vez, también la jurisdicción constitucional, demandada en nuevos aspectos y en nuevas dimensiones.

¹⁹ HÄBERLE (1972) p. 59.

²⁰ Pese a no haber mención expresa en este sentido y de que Häberle no se preocupa en desarrollar teóricamente las condiciones que envuelven esta publicidad y esta participación, es posible percibir, aquí, una cierta aproximación o espacio para la aplicación de la teoría comunicativa propuesta por Habermas. Cfr. HABERMAS (1995).

facen las demandas inherentes a esta nueva realidad abierta, plural y compleja, apareciendo, entonces, el concepto –revisado– del *status activus processualis* como el *status* fundamental de la vida en común democrática²¹, que se caracteriza por un derecho constitucional identificado por un carácter marcadamente procesal y procedimental, vinculado, sobre todo, al derecho de participación²² (*Teilhaberecht*) –participación *en y delante* del Estado, lo que se podría designar, en última instancia, como *due process fundamental*.²³

Es posible concluir, pues, que el derecho de participación es, en el orden democrático, tan esencial cuanto la posición de “ciudadano” –pasivo– en la versión original de Estado de Derecho, presentándose el aspecto procedimental como un importante elemento de fortalecimiento del aspecto material y de concretización de los derechos fundamentales.²⁴ En esta perspectiva, solamente por medio del *status activus* los derechos y contenidos constitucionales adquieren su real significado, lo que presupone, antes que nada, la figura de un ciudadano informado y participativo, especialmente (pero no únicamente) cuando son sus intereses los que se encuentran en juego, y que lleva sus derechos en serio.

De esta manera es posible que la Constitución y su realización logren preservar la centralidad y fundamentalidad que merecen, sin correr el riesgo de que se conviertan en el *Weltenei* (centro del mundo) pregonado por Forsthoff²⁵; la Constitución y los derechos fundamentales se convierten, por lo tanto, y como he dicho previamente, en verdadera *res publica*.²⁶

²¹ Muchas son las teorías que intentan actualizar la *Statuslehre* de Jellinek, adecuándola a la nueva realidad. Un ejemplo de este esfuerzo puede ser encontrado en BRUGGER (2004).

²² Aquí, el derecho de voto establecido constitucionalmente es solamente una consecuencia de aquél, siendo necesario el desarrollo de otras formas de participación; además de eso, el derecho de participación a que se refiere el *status activus* puede ser tanto político como social (él posee un espectro muy amplio).

²³ Regístrese, en este sentido, que hay diferentes niveles de participación en los derechos fundamentales, siendo que el ciudadano puede figurar, al mismo tiempo, en diferentes niveles.

²⁴ La (necesaria) vinculación existente entre sustancialismo y procedimentalismo es también sostenida por nosotros, cuando hablamos de la necesidad de se construir una “Jurisdicción Constitucional abierta”, vinculada materialmente a la Constitución, pero abierta procedimentalmente. Cfr. LEAL (2007).

²⁵ El autor alemán ironiza la importancia reconocida a la interpretación por la jurisprudencia de valores, afirmando que todo en el mundo gira alrededor del ombligo de los juristas, del derecho penal a la fabricación de termómetros: “Die Verfassung, wertordnungstheoretisch interpretiert, wird zu einem juristischen Weltenei, aus dem alles hervorgeht, vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern.” FORSTHOFF (1971) p. 144.

²⁶ Die Verfassung wird damit noch nicht zum “juristischen Weltenei”, aus dem alles hervorgeht, sondern wirklichkeitsbezogener Rahmen und Sozialprogramm einer “res publica semper reformanda”, Substanz von Aufgaben. Cfr. HÄBERLE (1972) p. 99.

La necesidad de apertura y de sustancialización de los aspectos procedimentales por medio de una efectiva participación debe, a su vez, ser extendida también a la jurisdicción constitucional (y a la jurisdicción en general), constituyéndose en una condición esencial para la realización de su pretensión de legitimidad democrática, aspecto que será objeto de análisis en el último tópico de este trabajo.

3. *STATUS ACTIVUS* PROCESSUALIS Y PARTICIPACIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La transformación conceptual hasta aquí demostrada, que rompe con la noción puramente institucional de la interpretación constitucional e incluye la actividad hermenéutica en una esfera abierta y pluralista hace evidente, por su parte, la necesidad de analizar un aspecto hasta ahora relegado a segundo plano por la teoría de la interpretación: la cuestión de *quienes* interpretan, o sea, es preciso que la Teoría de la Constitución y de la interpretación constitucional incluyan, igualmente, como objeto de reflexión, los sujetos, los participantes (*Teilnehmer*) del proceso de interpretación, así como su respectiva praxis.

Se habla, pues, de una *democratización* de la tarea interpretativa, dónde la ampliación del círculo interpretativo aparece como consecuencia de la incorporación de la realidad concreta a la interpretación, esto porque los intérpretes en sentido lato (*Verfassungsinterpreten im weiteren Sinn*)²⁷ constituyen una parte de esta misma realidad, especialmente cuando se reconoce que la norma no se caracteriza por ser una decisión previa, lista y predeterminada, que no necesita ser desarrollada.

Así, también la interpretación constitucional en cuanto producto cultural y abierto –presupone un ejercicio democrático cotidiano de participación– no en el sentido técnico, como ya referido, pero como un *locus* de ejercicio del *status activus processualis*.

Esta afirmación encuentra su fundamento en el hecho de que, en un Estado Democrático, igualmente la cuestión de la legitimidad debe ser analizada en una perspectiva democrática, una vez que la democracia no se sustenta exclusivamente en aspectos formales; antes por lo contrario, ella necesita ser construida cotidianamente, por la política y por la praxis, aspecto que, una vez más, hace evidente la necesaria participación en el proceso de construcción de los significados de la Constitución. En tal contexto, donde la supremacía del pueblo no se basa solamente en el voto, la interpretación y la vivencia de

²⁷ HÄBERLE (1980) p. 165.

la Constitución aparecen como espacio y como condición de posibilidad del elemento democrático.²⁸

Estos aspectos conducen, a su vez, necesariamente, como ya previamente se señaló, a una “relativización” (*Relativierung*) de la interpretación en su sentido jurídico estricto, una vez que el juez constitucional ya no interpreta –y no puede interpretar– de manera aislada, ni tampoco es detentador de la exclusividad de decir lo que es, en última instancia, la Constitución. En la medida que son muchos los intérpretes constitucionales, se extiende la noción de participación en el proceso constitucional, lo que acaba por influir la interpretación jurídica del propio Tribunal²⁹, que está ampliada en sus perspectivas y abordajes, ampliándose así, igualmente, sus potencialidades de fundamentación y de legitimación democrática, una vez que la decisión tenga incorporados más elementos de la realidad y, consecuentemente, será más permeable a los argumentos plurales aducidos en el proceso de participación, así como también más “situada” en el tiempo y en el espacio (comprensión del problema en cuanto problema social y cultural).

No se trata, por lo tanto, de una interpretación técnica, pero de una interpretación democratizada, de atribución de sentido para la vida constitucional, de manera que el proceso de interpretación debe ser ampliado para más adelante del simple proceso constitucional concreto, siendo la interpretación comprendida en sentido amplio, que incluye todos los participantes de la vida política y pública (y no sólo jurídica), aspecto que garantiza, a su vez, una interpretación pluralista. Por otro lado, al mismo tiempo, la interpretación jurídica –en sentido estricto (*im engeren Sinne*) debe estar abierta a ella, una vez que no hace sentido hablar de una interpretación en sentido lato (*im weiteren Sinne*) si los canales de aquélla están cerrados. Es la asociación de estas dos

²⁸ “In der freiheitlichen Demokratie ist der Bürger Verfassungsinterpret!” Nótese, por oportuno, que Häberle identifica la participación en el proceso de interpretación de la Constitución como un derecho de la ciudadanía, entendida en una perspectiva activa –tanto que la expresión utilizada por el autor es *Bürger*– y no en una perspectiva de ciudadanía asociada a la noción de sujeto de derecho. Segundo el autor, democracia significa la supremacía del ciudadano, y no del pueblo en el sentido rousseauniano: “Demokratie ist ‘Herrschaft der Bürger’, nicht des Volkes im Rousseauschen Sinne. Es gibt kein zurück zu Rousseau. Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie.” Cfr. HÄBERLE (1980) p. 170.

A distinção é retomada e desenvolvida, mais uma vez, em HÄBERLE (1998) p. 131.

²⁹ Como refuerzo para esta afirmación, el autor utiliza el argumento de que muchas de las cuestiones que envuelven la Constitución y su contenido ni siquiera llegan al Tribunal Constitucional, de manera que resta evidente el hecho de que la Constitución puede subsistir, sí, sin interpretación “oficial”, razón por la cual el proceso formal no se configura como la única forma de acceso al proceso de interpretación constitucional. Cfr. HÄBERLE (1998) pp. 172-173.

dimensiones³⁰ paralelas, pues, que se desarrolla y se concretiza la Constitución, ya que no existe Constitución sin interpretación abierta y plural.³¹

Está claro, así, que una fijación exclusiva de la interpretación en la jurisdicción debe y necesita ser superada, contexto dentro del cual la interpretación pasa a tener un nuevo papel, siendo reservada a los métodos tradicionales de interpretación una nueva función: la de actuar, también, como “filtros” (*Filter*) por medio de los cuales la interpretación generada por la sociedad abierta de intérpretes son absorbidas por el lenguaje y por el universo jurídico.³² La interpretación jurídica prosigue, por lo tanto, existiendo, pero potencializada por nuevos hechos de sentido, extraídos de la realidad y de la sociedad abierta y pluralista. Opera, pues, como dice el autor, una necesaria asociación³³ y combinación de instrumentos metodológicos “finos”, depurados y racionales, de interpretación con elementos de naturaleza pluralista y abierta.

En este sentido es que se dice que los métodos de interpretación actúan como límites y como balizas, en la esfera jurídica, de los posibles sentidos conferidos a determinada norma, contribuyendo, de esta manera, para que no se establezca un relativismo normativo –esto porque la Constitución necesita ser preservada en cuanto norma, siendo ésta una de las principales preocupaciones del constitucionalismo democrático.³⁴

³⁰ Algunas veces, estas dos dimensiones convergen para una misma persona, como ocurre en el caso de los jueces, que, en cuanto ciudadanos, son también intérpretes en sentido lato de la Constitución, siendo que, en este punto, en la comprensión del autor, su biografía produce efectos, una vez que, cuando el juez juzga jurídicamente, él ya siempre interpretó como ciudadano. Esto no configura, entre tanto, un problema (incertidumbre); antes por lo contrario, tal aspecto sirve para tornar más clara su función con relación a la vida y a la sociedad. Cfr. HÄBERLE (1998) pp. 125-127.

La cuestión de la pre-comprensión ya fue analizada, específicamente, por la hermenéutica filosófica de Heidegger y de Gadamer. Cfr. HEIDEGGER (1972).

³¹ Esta abertura trae implícitos, sin embargo, algunos límites y peligros; esto porque, en una sociedad compleja y pluralista, hay una reducción, en parte, de la importancia del texto y crece, considerablemente, la importancia del contexto. Estos aspectos son retomados, de forma sistemática y en una evaluación direccionada a la aplicación de los derechos fundamentales, en HÄBERLE (1998) p. 587.

³² HÄBERLE (1998) p. 174.

³³ La interpretación racional del *Bundesverfassungsgericht* tiene su contrapunto en las ideas y en los conflictos sociales. Cfr. HÄBERLE (1998) p. 135.

³⁴ La preocupación por la retomada fuerza normativa de la Constitución, en cierto aspecto perdida en virtud del carácter marcadamente político y programático que caracterizó la Constitución Social, constituye una de las principales preocupaciones del constitucionalismo democrático, aspecto que puede ser traducido en su característica de atribuir amplia normatividad a los derechos fundamentales, así como de ampliar el rol de acciones específicas, destinadas a su garantía. Además de eso, textos como “La fuerza normativa de la Constitución”, de Konrad Hesse, expresan, literal y textualmente, esa idea. Para más informaciones acerca del tema, ver LEAL (2007).

Es posible concluir, así, que un punto central de la jurisdicción democrática reside, exactamente, en la ampliación y en el refinamiento de los instrumentos de comunicación de los jueces constitucionales y de las posibilidades de participación (efectiva) en el proceso constitucional. Una vez dicho eso, la cuestión que sigue es: *cómo*, ¿por qué medios?³⁵

Siguiendo en esta línea, entendemos que la necesidad de abertura de la jurisdicción debe darse en dos dimensiones distintas: una de orden *interno*, entendido como abertura democrática a la sociedad abierta de intérpretes y a la actividad interpretativa de la sociedad pluralista (aspectos analizados hasta este punto) y otra de orden *externo*, en el sentido de abertura de sus procedimientos a una efectiva participación y ejercicio institucionalizado del *status activus processualis* en el ámbito de la jurisdicción, sobre todo en el ámbito de la jurisdicción constitucional, contexto dentro del cual la figura del *amicus curiae* adquiere relevancia en cuanto instrumento privilegiado de abertura y de intervención pluralista en el proceso.

4. EL *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA DEMOCRÁTICA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO BRASILEÑO

Sin perjuicio de que, para algunos, el instituto surgió ya en el derecho romano³⁶, fue en el derecho medieval inglés que el *amicus curiae* adquirió las bases de sus características modernas, institucionalizándose, ya en principios del siglo XX, en Estados Unidos³⁷, donde se desarrolló y alcanzó gran importancia, apareciendo como instrumento de manifestación de aquellos que no eran partes en el proceso, pero elaboraban y presentaban al juez un parecer jurídico que contenía los precedentes, aplicables al caso, que no habían sido examinados o invocados por

³⁵ Segundo Häberle, estas cuestiones exigen nuevas indagaciones por parte de la Teoría Constitucional, siendo que esta misma Teoría Constitucional no debe ser simplificada y comprendida, simplemente, a partir de una concepción armonizadora, pues ella debe, también y principalmente, potencializar el conflicto y la diferencia. Cfr. HÄBERLE (1998) p. 177.

³⁶ Hay controversias doctrinales sobre su localización histórica, sosteniendo, algunos, que su origen remonta al derecho romano, en cuanto otros remiten el surgimiento del instituto al derecho medieval inglés. Cfr. SCARPINELLA BUENO (2006).

En verdad, el derecho romano presenta, sí, algunos antecedentes que se aproximan al instituto (especialmente en el contexto del derecho clásico –proceso *per formulas*, donde los juristas, en cuanto estudiosos del derecho, aconsejaban tanto el pretor en la tarea de encuadramiento de los casos, cuanto las partes, revelando, así, una abertura del proceso semejante a la verificada en el (*amicus curiae*); su naturaleza, entre tanto, era totalmente diversa de la actual, asociándose, ésta, más al derecho inglés– que después fue retomado y potencializado en el ámbito de la jurisdicción estadounidense. Sobre estos aspectos históricos, LOPES (2002).

³⁷ COLLINS JR. (2004) pp. 807-832.

las partes, además de cuestiones jurídicas útiles y relevantes para la solución del caso.³⁸ Interesante destacar, en este sentido, que esta manifestación generalmente era neutral con relación al caso³⁹, no constituyendo una defensa o toma de partido con relación a los involucrados en el proceso.⁴⁰

El *amicus curiae* posee, por lo tanto, estrecha conexión con el sistema de control de constitucionalidad⁴¹, una vez que es en tal esfera que él encuentra el espacio más fértil para su intervención, en razón de la naturaleza estratégica y fundamental de las materias de su competencia.

Interesante destacar, en este punto, el caso que sirve de referencia a la aplicación del instituto en el derecho estadounidense, que consiste en un parecer presentado a la Corte Suprema por el abogado Louis D. Brandeis, en 1908, por medio del cual le trajo a los jueces una serie de elementos que permitían un amplio análisis de las implicaciones referentes a la manifestación de (in)constitucionalidad de una ley del Estado de Oregon que, en medio a un período de extremo liberalismo económico, estableció un límite máximo de horas para la jornada de trabajo de las mujeres⁴²:

*Em solo norte-americano, o mais famoso amicus, responsável pela guinada dos moldes de formulação do parecer e da sua função diante das Cortes de Justiça, foi o Brandeis Brief, introduzido no caso Muller v. Oregon pelo então advogado Louis D. Brandeis. Este brief, diversamente dos antecessores, não levava à Corte precedentes e questões unicamente jurídicas. Tratava-se de pouco mais de uma centena de páginas criativamente dedicadas à exposição de opiniões médicas, estatísticas econômicas e sociais, estudos de impacto, e, ainda, de um minudente exame de legislação alienígena. É imperioso perceber que os argumentos nucleares do parecer repousam em elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisprudência estadunidenses.*⁴³

Como referido, el caso sirvió como elemento propulsor para la divulgación del instituto⁴⁴, que pasó a ser utilizado no sólo para la presentación de

³⁸ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 163.

³⁹ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 163.

⁴⁰ SPRIGGS y WAHLBECK (1997) pp. 365-386.

⁴¹ En que pese a la importancia de la jurisdicción constitucional, recientemente también en el ámbito del derecho internacional la figura del *amicus curiae* ha tenido destaque, constituyéndose en práctica cada vez más común en los juzgamientos de la World Trade Organisation (WTO). Cfr. ALA'I (2000) pp. 62-94; también CAWLEY (2004) pp. 47-78.

⁴² En aquella época imperaba la Idea de libertad contractual, razón por la cual la Suprema Corte declaraba inconstitucional la ley que intentase regular la jornada de trabajo. Por influencia del *brief*, la Corte entendió ser aplicable la ley limitadora. FROHNMEYER y LINDE (2003) pp. 1487-1505.

⁴³ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 163.

⁴⁴ KENNY (1998) pp. 159-171.

memoriales (los así llamados *briefs*) restringidos al campo jurídico, pero también de varios otros ramos temáticos, como las ciencias exactas, de la salud, la sociología, la antropología, entre otras, consideradas interesantes o relevantes para la decisión del litigio, incluso por parte de organizaciones civiles y estatales de prestigio⁴⁵, actuando él, así, como un elemento de abertura y de pluralización del debate acerca de temas constitucionales, una vez que la diversidad de manifestaciones acaba por proporcionar una riqueza de argumentaciones plurales⁴⁶, rellenas de datos históricos, filosóficos, económicos, científicos, etc., que permiten que las decisiones adoptadas sean más situadas, fundamentadas y adecuadas a la realidad, ya que probablemente conscientes de los complejos aspectos envueltos.⁴⁷

Así, una tal posibilidad significa no solamente una mayor abertura del debate constitucional, en la medida que se viabiliza la participación de diferentes sectores de la sociedad en el proceso, pero también una mayor legitimación de las decisiones del propio Tribunal⁴⁸, en cuanto instancia final de decisión acerca de cuestiones tan relevantes como son las materias que tratan de los derechos fundamentales y de los demás contenidos constitucionales.

Otro hecho curioso relacionado a las dimensiones y contornos del *amicus curiae* en Estados Unidos dice relación con la posibilidad de participación de organismos internacionales⁴⁹ junto a la Corte Suprema, siendo un ejemplo ilustrativo la intervención de la Comunidad Europea en el caso *Atkins v. Virginia*, donde se discutía la constitucionalidad o no de la aplicación de la pena capital a individuos con disfunciones mentales.⁵⁰

Ya en Brasil, en términos históricos, fue el *amicus curiae* objeto de discusión y debate, de manera inédita, junto al Supremo Tribunal Federal, por ocasión de la decisión de Agravo Regimental en la Acción Directa de Inconstitucionalidad que discutía la constitucionalidad de la adopción de un calendario rotativo por las escuelas públicas estaduais (ADIn 748/RS)⁵¹, instituida por el gobernador de la

⁴⁵ MASON (1998) pp. 173-176.

⁴⁶ GROSSKOPF y MAVEETY (2004) pp. 463-488.

⁴⁷ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 164.

⁴⁸ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 165.

⁴⁹ HANSFORD (2004) p. 219-230.

⁵⁰ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 165.

⁵¹ El caso versa sobre la Acción Declaratoria de Inconstitucionalidad intentada por el Gobernador de la Provincia de Rio Grande do Sul contra el Decreto Legislativo N° 6.662, el cual impedía los efectos de la Ley Estadual N° 9.272, que establecía el calendario rotativo. El fundamento de la acción era que solamente

provincia de Rio Grande do Sul. Pese a que dicha acción no haber sido juzgada en el mérito, en virtud de la pérdida de su objeto —especialmente en virtud del cambio de gobierno y del consecuente abandono de la propuesta— lo que importa, aquí, para los fines que se propone el trabajo, es que la posibilidad de intervención de determinados órganos en la condición de *amicus curiae* fue suscitada y debatida, ventilándose y abriéndose espacio para la aplicación del instituto también en el derecho brasileño.

Sin embargo, fue solamente en 1999⁵² que el *amicus curiae* pasó a disfrutar de previsión legal expresa, estando instituido en el art. 7º, párrafo 2º de la Ley 9.868/99:

Art. 7º Não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

*§1º (Vetado)*⁵³

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Conforme a lo referido, esta fue la primera vez que el instituto figuró en un texto de ley (aún que todavía no con esta denominación) con características propias, constituyéndose en figura autónoma, distinta de aquella de la simple intervención de terceros y de la asistencia tradicionales en el ámbito del Proceso Civil:

*Não se trata, aqui, de interesse jurídico-processual típico da intervenção de terceiros, nem de legitimidade para agir (co-legitimação), mas de permissivo de participação de entidades e pessoas com interesse na matéria constitucional debatida. Por oportuno, colaciona-se o fato de o amicus curiae não ser considerado parte no processo, tampouco um terceiro interveniente.*⁵⁴

En este sentido, destaca que el interés de este “tercero” no es procesal —interés de acción— pero sí de orden material, o sea, en la materia objeto de juzgamiento,

una ley, y no un simple decreto legislativo, podría volver aquella norma sin aplicación. Había sido deferida medida cautelar para suspensión de la eficacia del decreto legislativo, pero, dado el cambio en el gobierno, la materia perdió su interés, siendo que el tribunal posteriormente juzgó sin objeto la ADIn.

⁵² Hay doctrinadores, entre tanto, que sostienen que ya había previsión de ocurrencia de la figura del *amicus curiae* en la Ley Nº 6.616/1978, que disciplina el mercado de valores mobiliarios y que ha creado la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM), considerada una especie de *amicus curiae*, cuya intervención en los procesos judiciales ocurre siempre que la discusión versar sobre materias sujetas a la fiscalización de la entidad. Cfr. CABRAL (2004) p. 24.

⁵³ § 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

⁵⁴ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 167.

razón por la cual no se confunden⁵⁵, una vez que, que pese tratarse, innegablemente, de un tercero, por ser ajeno a la relación jurídica establecida, el *amicus curiae* no corresponde a ninguno de los casos típicos de intervención de terceros o de asistencia previstos en el sistema procesal de Brasil, poseyendo ambos los institutos naturaleza distinta. Además,

*a utilização do instituto aparece conectada a uma compreensão de que o juízo acerca da constitucionalidade não se restringe a um silogismo, pelo qual se compara o texto da lei ao texto da norma constitucional para considerar aquela válida ou inválida. Ao contrário, o juízo acerca da constitucionalidade exige a melhor compreensão possível acerca dos efeitos decorrentes da aplicação da norma questionada, para evitar situações concretas de inconstitucionalidade decorrentes da aplicação da lei –mesmo no âmbito do controle em abstrato e concentrado. Daí a necessidade da apresentação de estudos e pareceres que instruem a Corte acerca de aspectos que transcendem, freqüentemente, a esfera do estritamente jurídico.*⁵⁶

La primera referencia literal, en la legislación, de la expresión *amicus curiae* apareció, a su vez, solamente cinco años más tarde, en la Resolución N° 390, de 17 de septiembre de 2004, del Consejo de la Justicia Federal, que, en su art. 23, párrafo 1º, lo menciona textualmente:

Art. 23: As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis até mais dez, a critério do Presidente.

Parágrafo 1º: O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de “amicus curiae”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

Ya en otras⁵⁷ dos leyes –la Ley N° 9.882/99, que trata de la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵⁸ (ADPF, una especie de recurso de amparo), y la Ley N° 10.259/2001, que trata de los Juizados Especiais Federais⁵⁹– hay discusiones

⁵⁵ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 165.

⁵⁶ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 171.

⁵⁷ Hay mención a innumerables otras previsiones legales dispersas sobre el instituto, que, por cuestiones de tiempo y de espacio, no serán aquí analizadas. En este sentido, ver DEL PRÁ (2007) p. 58.

⁵⁸ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

⁵⁹ Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. [...] §7º

acerca de la participación o no del *amicus curiae*, una vez que los textos legales hacen mención expresa a la condición de *interesados*, aspecto que estaría más asociado, en principio, a la intervención de terceros procesales que al *amicus curiae*.⁶⁰

La doctrina está todavía dividida respecto a la cuestión, o sea, si es o no posible la participación, en estos casos, de entidades y órganos interesados solamente en la materia en discusión, pero que no tengan interés jurídico o procesal, siendo que aquellos que defienden la intervención en estos términos lo hacen amparados en la posibilidad de una interpretación extensiva de la expresión constante en la ley de la Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).⁶¹ Mientras tanto,

*há que se aguardar a interpretação que será dada ao termo interessado presente nos textos legais em comento, para se saber, então, se a participação do amicus nestes processos dar-se-á com base em interpretação extensiva do termo interessado, ou, no caso da ADPF, por aplicação subsidiária da Lei da ADIn, ou, ainda, se não será admitida.*⁶²

Además del ya citado art. 7º, párrafo 2º de la Ley Nº 9.868/99, es posible considerarse, como diploma de reglamento del *amicus curiae* en Brasil, el propio Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal, que, entre tanto, rige de manera apenas superficial la materia, trayendo, en su art. 131, la previsión y ordenación de las hipótesis de sustentación oral en el plenario:

*Art. 131, 3º: Admitida a intervenção de terceiros⁶³ no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicándose, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento.*⁶⁴

Solamente para fines de información, es interesante registrar, aún, la previsión normativa contenida en el art. 5º, párrafo único, de la Ley Nº 9.469/1997⁶⁵, que,

Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

⁶⁰ MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 168.

⁶¹ Considerándose los objetivos de la pluralización de la interpretación constitucional, es necesario aplicarse extensivamente la posibilidad prevista en el art. 7º, § 2º de la Ley 9.868/99.

⁶² MARTEL y PEDROLLO (2005) p. 168.

⁶³ Necesario observar que es empleada la expresión “intervención de terceros”. Tanto en la redacción del art. 7º, caput, cuanto en la del párrafo 3º del art. 131 del Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal, entre tanto, la expresión “tercero” es empleada para indicar órganos o entidades ajenas al caso, conforme ya referido anteriormente, hecho que sólo contribuye para reforzar la confusión terminológica y conceptual ya existente en la doctrina brasileña acerca del tema.

⁶⁴ La regla contenida en el artículo 132 del Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal citada hace referencia a la división del tiempo entre aquellos que procederán a la sustentación oral.

⁶⁵ Legisla sobre el dispuesto en el inciso VI del art. 4º de la Ley Complementar Nº 73, de 10 de febrero de 1993; dispone sobre la intervención de la Unión Federal en las causas en que actúen, como partes en el

aparentemente, trae previsión específica de intervención del *amicus curiae*, refiriéndose a la intervención de terceros, independientemente de la demostración de un interés jurídico en la causa:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente de demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Finalmente, es importante resaltar que la intervención del *amicus curiae* también es admitida, en Brasil, en el ámbito del control de constitucionalidad, especialmente en su versión concentrada (esto es, junto al Supremo Tribunal Federal), una vez que tanto la Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) cuanto la Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON), regidas por la Ley Nº 9.868/99, y la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), regida por la Ley Nº 9.882/99, admiten su participación.⁶⁶

En lo que concierne a la naturaleza de su actuación en el proceso, a su vez, las posiciones divergen, entendiendo algunos autores tratarse de asistencia, en cuanto otros consideran ser ésta una situación de intervención de terceros especial, tomándose siempre, como criterio definidor, la existencia o no de interés jurídico en la causa; difícil, entre tanto, es tener una definición precisa sobre lo que sea interés jurídico, aspecto que no está claro en las decisiones del Supremo Tribunal Federal, exactamente porque se trata de un concepto variable, lo que apenas refuerza las dificultades operacionales hasta ahora presentadas. De cualquier forma, es seguro decir que se trata de un instituto de naturaleza más compleja que aquella que orienta las participaciones en el proceso civil tradicional.

Así, cuando la expresión “tercero” es empleada para designar la figura del *amicus curiae*, no se está, en verdad, identificando esta participación con el instituto de la intervención de terceros tradicional, pero sólo se está refiriendo a la actuación de otros órganos o entidades que no son las partes propiamente dichas del proceso⁶⁷ y que van a contribuir, por este medio, con el debate constitucional, siendo posible

proceso, órganos de la administración indirecta; regula los pagos debidos por la Hacienda Pública en virtud de sentencia judicial; revoga la Ley Nº 8.197, de 27 de junio de 1991, y la Ley Nº 9.081, de 19 de julio de 1995, y de otras providencias.

⁶⁶ SCARPINELLA BUENO (2006) p. 194.

⁶⁷ AGUIAR (2005) p. 47.

ser calificado tal aspecto como un factor de legitimación social de las decisiones de la Corte Suprema, en cuanto Tribunal Constitucional, pues viabiliza, en atención al postulado democrático, la abertura del proceso de fiscalización concentrada de constitucionalidad, de manera a permitir que en él se realice, siempre a partir de una perspectiva pluralista, la posibilidad de participación formal de entidades y de instituciones que efectivamente representan los intereses generales de la colectividad y expresan los valores esenciales y relevantes de grupos, clases y estratos sociales. En resumen: las reglas inscritas en los dispositivos legales supra referidos y que contienen la base normativa legitimadora de la intervención procesal del *amicus curiae* tienen por objeto pluralizar el debate constitucional⁶⁸, contribuyendo, como se ha dicho, para la democratización de la actividad jurisdiccional y para la consolidación de la democracia misma.

También la jurisdicción –y en particular la jurisdicción constitucional– se configura, por lo tanto, en un *locus* de participación y de ejercicio del *status activus processualis* por parte de la sociedad y de los ciudadanos, presentándose el *amicus curiae* como un instrumento privilegiado para esta actuación, por permitir y crear espacios institucionalizados de manifestación y de construcción cotidiana de la Constitución abierta en el ámbito de la sociedad pluralista.

5. CONCLUSIÓN

Es posible concluir que la noción de Constitución cultural y abierta, sostenida por Peter Häberle, configura un importante avance/ruptura en el ámbito de la comprensión y de la aplicación de la Constitución en el contexto del Estado Democrático de Derecho, trayendo nuevos contornos a la teoría constitucional y a la teoría de la interpretación, así como retos en el sentido de se transformar este mismo proceso hermenéutico en un proceso abierto y plural, íntimamente conectado con la realidad, conformándose, de esta manera, lo que el autor germánico designa como “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”.

En tal contexto, la Constitución –en cuanto norma y en cuanto documento jurídico-político fundamental de la colectividad– cambia en un proceso permanentemente abierto de construcción de sentidos y de significados, a ser construido cotidianamente, para lo que se hace necesaria una efectiva *participación* de todos los involucrados, y no solamente de parte de los técnicos y burócratas oficial y orgánicamente investidos de tales competencias. En esta perspectiva es que la noción de *status activus processualis*, de participación en la vida pública, caracteriza el *status* fundamental del orden democrático, haciendo que los ciudadanos sean

⁶⁸ BUENO FILHO (2005) pp. 20-28.

incorporados al sistema político-jurídico no sólo como destinatarios de derechos, sino también y principalmente, como sujetos activos en este proceso.

Esa concepción de abertura puede ser entendida, por lo tanto, como *el* principio (jurídico, y no únicamente político) de la Constitución, por medio de la cual la democracia puede persistir –no solamente como supremacía del pueblo (*Herrschaft des Volkes*)– sino como participación del pueblo (*Demokratie durch das Volk*), aspecto que se presenta como elemento esencial de la Constitución democrática en la sociedad pluralista.⁶⁹ La publicidad y la participación hacen, a su vez, que el desarrollo de la Constitución se convierta de simple *law in action* en *law in public action*.⁷⁰

Abertura y pluralidad constituyen, permean y resultan, por consiguiente, al mismo tiempo, de la participación, abarcando y proyectándose, en una perspectiva democrática, sobre la sociedad, la Constitución y la interpretación.

6. REFERENCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho (2005): *Amicus curiae* (Salvador, Jus Podivm).
- ALA'I, Padideh (2000): "Judicial lobbyng at the WTO: the debate over the use of *amicus curiae* briefs and the U.S. experience" en *Fordham international Law Journal* (vol. 24:62), pp. 62-94.
- BRUGGER, Winfried (2004): *Freiheit und Sicherheit: eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen* (Baden-Baden, Nomos).
- BRUGGER, Winfried (2001): "Kultur, Verfassung, Recht, Staat. Besprechung von Peter Häberles Verfassungslehre als Kulturwissenschaft", en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* (126. Band, Heft 2, Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 271-293.
- BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (2007): "Os Direitos Fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira", en *Revista do Direito* (n. 28. Santa Cruz do Sul, Edunisc).
- BUENO FILHO, Edgard Silveira (2005): "*Amicus Curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade", en *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (ano 13, n. 53, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005).

⁶⁹ En este contexto, la posibilidad de opción aparece como un elemento esencial, siendo que la libertad –propia y del otro– se presenta como siendo el único elemento que no posee alternativa, porque de otra manera se estaría ingresando en una "sociedad cerrada". La libertad aparece, a su vez, como presupuesto para la participación en el proceso político, comprendido como un proceso de comunicación de todos para con todos, que debe ser y permanecer, tanto cuanto posible, abierto, siendo imprescindible que también una interpretación divergente (*abweigige*) tenga oportunidad de ser sostenida en algún momento.

⁷⁰ HÄBERLE (1980) pp. 129-137.

- CABRAL, Antonio do Passo (2004): “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”, en *Revista de Processo* (São Paulo, n. 117).
- CRAWLEY, Jared B. (2004): “Friend of the Court: how the WTO justifies the acceptance of the *amicus curiae* brief from non-governmental organizations”, en *Penn State International Law Review* (vol. 23:1), pp. 47-78.
- COLLINS JR., Paul M. (2004): “Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S. Supreme Court litigation”, en *Law and Society Review* (vol. 38, Issue 4), pp. 807-832.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues (2007): *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional (Curitiba, Juruá).
- FORSTHOFF, Ernst (1971): *Der Staat der Industrie-gesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland* (2. Auflage, München, Beck).
- FROHNMAYER, D. B.; LINDE, H. A. (2003): “State Court responsibility for maintaining ‘republican government’: an *amicus curiae* brief”, en *Willamette Law Review* (vol. 39:4), pp. 1487-1505.
- GADAMER, Hans-Georg (1972): *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Tübingen, Mohr).
- GROSSKOPF, A.; MAVEETY, N. (2004): “‘Constrained’ Constitutional Courts as conduits for democratic consolidation”, en *Law and Society Review* (vol. 38, n. 3), pp. 463-488.
- HÄBERLE, Peter (1972): “Grundrechte im Leistungsstaat”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL)* (Heft 30, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971, Berlin, Walter Gruyter).
- HÄBERLE, Peter (1980): “Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat”, en *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (Königstein, Athenäum).
- HÄBERLE, Peter (1980): “Vorwort”, en *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (Königstein, Athenäum).
- HÄBERLE, Peter (1998): “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978)”, en *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot).
- HÄBERLE, Peter (1998): “Die Grundrechte im demokratischen Staat (1974) mit Nachtrag (1978)”, en *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer*

- Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot).
- HÄBERLE, Peter (1998): “Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)”, en *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot).
- HÄBERLE, Peter (1998): “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – ein Pluralismus- konzept”, en *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot).
- HÄBERLE, Peter (2006): “Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht”, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* (131. Band, Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 621-642.
- HABERMAS, Jürgen (1995): *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung* (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- HANSFORD, Thomas G. (2004): “Information provision, organizational constraints, and the decision to submit an Amicus Curiae Brief in a U.S. Supreme Court case”, en *Political Research Quarterly* (vol. 57, n. 2), pp. 219-230.
- HEIDEGGER, Martin (1986): *Sein und Zeit* (16. Auflage, Tübingen, Niemeyer).
- JELLINEK, Georg. (1905): *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr).
- KENNY, Susan (1998): “Intervenors and *amici curiae* in the high court”, en *Adelaide Law Review* (Band 20), pp. 159-171.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig (2007): *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* (Rio de Janeiro, Lumen Júris).
- LOPES, José Reinaldo de Lima (2002): *O Direito na História* (São Paulo, Max Limonad).
- MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. (2005): “*Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais”, en *Revista da Ajuris* (Porto Alegre, n. 99), pp. 161-179.
- MASON, Anthony (1998): “Intervenors and *amici curiae* in the high court: a comment”, en *Adelaide Law Review* (Band 20) pp. 173-176.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio (2006): *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático* (São Paulo, Saraiva).
- SPRIGGS, J. F.; WAHLBECK, P. J. (1997): “Amicus curiae and the role of information at the Supreme Court”, en *Political Research Quarterly* (vol. 50, n. 2), pp. 365-386.