

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Comportamiento judicial estratégico: el caso del Supremo Tribunal Federal de Brasil

Strategic judicial behavior: the case of the Brazilian Supreme Court

PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO¹

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasil

RESUMEN El presente artículo tiene como objetivo demostrar que el material jurídico ortodoxo es apenas uno de los elementos que influyen en el comportamiento judicial, y no necesariamente el más importante, sobre todo en casos emblemáticos. El trabajo presenta tres modelos principales de comportamiento judicial: el modelo legalista, el modelo ideológico y el modelo estratégico. Se profundiza en el modelo estratégico, abordando sus características principales y las críticas que se le han formulado. Propone un estudio de caso acerca de las decisiones dictadas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, a la luz de este último modelo. Se concluye en el sentido que los factores extrajurídicos también interfieren en el proceso decisorio de las cortes. Por ello, el Derecho no puede prescindir de un entendimiento adecuado sobre cómo las cortes efectivamente deciden en la vida real.

1. Doctora y Maestra por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Profesora del Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Procuradora del Estado del Rio de Janeiro (pcamposmello@uol.com.br).

El presente artículo se encuentra asociado a dos proyectos de investigación: 1. *Projecto de Investigación "Cortes Constitucionais e Democracia"*, del Programa de Doutorado e Mestrado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, Brasil. Registrado oficialmente junto al Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPQ, del Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Brasil. Disponible en: <http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/consulta/consulta_parametrizada.jsf>. 2. *Projecto de Investigación "Constitutional Courts in Times of Democratic Crisis: the Brazilian Case"*, desarrollado en el Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heiderberg, Alemania, 2019.

PALABRAS CLAVE Comportamiento judicial, Modelo legalista, Modelo ideológico, Modelo estratégico, Interacción entre poderes.

ABSTRACT The purpose of this article is to demonstrate that orthodox legal materials are just one of the factors that influence judicial behavior, and not necessarily the most important, especially in emblematic cases. The paper presents three principal models of judicial behavior: the legalistic model, the ideological model and the strategic model. It explores the strategic model, addressing its main characteristics and the principal criticisms made of it, and develops a case study of the decisions handed down by the Brazilian Supreme Court in light of this model. The work concludes that extralegal factors also interfere in the decision-making process of the courts. Therefore, an adequate understanding on how the courts actually decide in real life is essential for understanding the law itself.

KEYWORDS Judicial behavior, Legalistic model, Ideological model, Strategic model, Interaction between powers.

Introducción

La noción de que las cortes juzgan los casos que les son sometidos solo en base a los textos normativos, los precedentes y la dogmática jurídica –conjunto que se denominará, en este artículo, “material jurídico ortodoxo”– no tiene sustento en la vida real. Existe un reconocimiento creciente de que otros factores son capaces de interferir sustancialmente en el comportamiento de las cortes². Existen, también, importantes estudios empíricos que procuraron identificar tales factores, incluso con el propósito de predecir cómo serían decididos nuevos casos³. Este será el objeto de este artículo.

De modo general, los mencionados estudios aluden a tres modelos capaces de explicar el comportamiento judicial: el legalista, el ideológico y el estratégico⁴. Cada uno de ellos trata de examinar la actuación de los magistrados a partir de un factor principal. *El modelo legalista* apuesta por la primacía del Derecho, en su concepción ortodoxa, como principal factor explicativo de las decisiones. *El modelo ideológico* se centra en la demostración de que la ideología del juez es el principal elemento determinante de las decisiones judiciales. *El modelo estratégico* concibe el proceso decisio-

2. FRANK (1949b) pp. 405-415; POSNER (2008); SEGAL y SPAETH (2002); EPSTEIN y KNIGHT (1998); BAUM (2008); SUNSTEIN et al (2006); En la literatura brasileña, v. MELLO (2015).

3. ASHENFELTER et al (1995); BRENNER y WHITMEYER (2009); CROSS y NELSON (2001); PINELLO (1999).

4. Sobre los tres modelos, con énfasis variada en cada uno: CROSS y TILLER (1988); FRIEDMAN (2005); FRIEDMAN (2004); EPSTEIN y KNIGHT (1995); MARTIN (2004).

rio de una forma más sofisticada, como resultado de la interacción de los magistrados con múltiples influencias, tales como: sus propias preferencias, las preferencias de sus colegas de corte, la de los demás poderes y de la opinión pública.

Aun cuando todos los modelos referidos son relevantes para la comprensión del funcionamiento de las cortes, optamos en este trabajo por explorar con mayor profundidad el *modelo estratégico*, tanto por la limitación de espacio, como, en especial, por el rol que los factores extra jurídicos alcanzan en este modelo decisorio.

El presente artículo se divide en tres secciones. La primera sección hace una presentación general de los modelos mencionados. La segunda, se dedica a un análisis en mayor profundidad del modelo estratégico de comportamiento judicial. La tercera sección tiene por objeto un estudio de caso sobre las decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) en materia de suspensión de parlamentarios del cargo (*afastamento cautelar*)⁵. Como se demostrará en este estudio, la Corte, en un espacio de tiempo de menos de dos años y con un único cambio en su composición, osciló sustancialmente en la jurisprudencia sobre este tema. Al respecto, sostendremos que el modelo estratégico puede ofrecer una matriz importante para la comprensión de tal oscilación.

1. Modelos de comportamiento judicial

Como se ha observado, la literatura adoptada sobre modelos de comportamiento judicial alude a tres modelos principales: (i) el legalista, (ii) el ideológico y (iii) el estratégico. Cada uno de esos modelos elige un elemento preponderantemente apto para explicar cómo una determinada cuestión será decidida. Esos modelos no abarcan todos los factores que pueden explicar una decisión. Tan solo identifican el elemento que consideran dominante⁶. La literatura reconoce otros modelos de comportamiento que no serán abordados en el presente trabajo⁷. Para los fines de este artículo, los tres modelos de comportamiento judicial antes mencionados son suficientes.

5. El Supremo Tribunal Federal de Brasil es una corte suprema que reúne entre sus competencias: (i) la apreciación de recurso extraordinario sobre materia constitucional y el juicio de acciones directas de inconstitucionalidad y (ii) la competencia original para juzgar a las más altas autoridades del país por delitos penales.

6. Para otros factores, v., ilustrativamente: POSNER (1993).

7. MELLO (2015) pp. 147-371.

1.1. Modelo legalista

El modelo legalista de comportamiento judicial apuesta por el “material jurídico ortodoxo” como factor preponderante apto para explicar y prever cómo un juez o una corte decidirá un caso⁸. Como fue explicado, el material jurídico ortodoxo corresponde a los textos normativos, a los precedentes judiciales, a la hermenéutica y a la dogmática jurídica tradicionalmente utilizada en la aplicación del Derecho. En la perspectiva del modelo legalista de decisión, si un texto es explícito acerca de un determinado dispositivo, si existe un precedente vinculante en algún sentido, si las reglas hermenéuticas favorecen el entendimiento, este será el tratamiento adoptado por el juicio. Tales factores constituirían el elemento determinante de cómo el juez decidirá un caso.

Una suprema corte que adopte un comportamiento legalista, en la acepción de ese modelo, se caracterizaría por dictar decisiones que pueden ser predominantemente explicadas, e incluso anticipadas, en base al texto de la Constitución, a los precedentes de la propia corte y a la dogmática sobre la interpretación constitucional, es decir, fundamentadas en el mencionado “material jurídico ortodoxo”.

Como se puede deducir, el modelo legalista es insuficiente para explicar el comportamiento de los jueces en una multiplicidad de casos comúnmente enfrentados en materia constitucional. Los textos constitucionales están, de modo general, repletos de cláusulas abiertas y de conceptos jurídicos indeterminados que pueden no ofrecer *nortes* suficientemente claros para la solución de ciertos conflictos, en circunstancias en las que tampoco los precedentes y la dogmática ofrecerán respuestas incontestables⁹.

Asimismo, el modelo legalista no ofrece soluciones adecuadas en los casos en que la aplicación mecánica de un precedente arroje decisiones de injusticia flagrante. Tampoco explica la superación de precedentes o la oscilación jurisprudencial, objeto del estudio de caso que será desarrollado en este artículo más adelante. Tanto la resolución de casos en que la aplicación del modelo ortodoxo conduciría a conclusiones evidentemente no razonables, como las decisiones que implican el uso inconsistente de precedentes, evidencian que factores diversos de aquellos identificados por el modelo legalista tienen un papel relevante en la comprensión del comportamiento judicial¹⁰.

8. La expresión "legalista" no es la más adecuada para caracterizar el comportamiento de una corte constitucional o de una suprema corte que juzgue materias constitucionales, ya que la alusión a la ley remite a la norma infra constitucional. Sin embargo, la constitución también es norma y, en virtud de eso, las reflexiones del modelo legalista pueden ser extrapoladas al análisis que se pretende desarrollar.

9. BARROSO (2009) pp. 311-338; SOUZA NETO y SARMENTO (2007) pp. 385-391, 493-531.

10. MELLO y BAQUEIRO (2018) pp. 668-690.

El modelo legalista de comportamiento judicial tiene, con todo, su valor. La solución de una gran gama de casos que llega a las cortes constitucionales y supremas cortes, puede ser explicada por medio de este modelo. Generalmente, se trata de casos en los que el texto constitucional es explícito acerca de la solución, o cuya cuestión de fondo ya fue apreciada y no suscita conflicto actual. En estas situaciones, las cortes se ven involucradas en una actividad de corrección de errores y rectificación de las decisiones adoptadas por las demás instancias.

Entretanto, no son esas las causas que llaman la atención del público y que generan los titulares de la prensa. De modo general, los fallos que atraen miradas sobre el trabajo de las cortes son, por ejemplo, aquellos en los que una cuestión polémica, que divide la comunidad, está siendo abordada por primera vez; o casos en que las cortes se desviaron de sus precedentes anteriores u ofrecieron una interpretación menos evidente del texto de la Constitución. Esos procesos, que llamamos “casos emblemáticos” en este trabajo, producen por su propia naturaleza, una mayor indeterminación del Derecho. En dichas circunstancias, los modelos ideológico y estratégico pueden mostrar un gran potencial explicativo de cómo las decisiones son tomadas.

1.2. Modelo ideológico

El modelo ideológico identifica la ideología de los magistrados como el factor determinante de su comportamiento judicial. La ideología, en este caso, se concibe de forma amplia, como un conjunto de valores e ideas que integran la visión de mundo del magistrado¹¹. A partir de ese conjunto, se procura explicar o incluso predecir cómo determinado juez votará en un caso inédito o controvertido. Los fundamentos utilizados por el magistrado para decidir, las normas jurídicas y los argumentos invocados para justificar su decisión constituirían, en verdad, una mera racionalización producida *a posteriori*, después de tomada la decisión, con el fin de legitimarla¹².

Los estudios empíricos enfocados en medir la participación de la ideología en los procesos decisorios de los magistrados fueron muy favorecidos por el ambiente ideológico norteamericano. Dicho ambiente es bipartito y está polarizado entre demócratas y republicanos, y sus divergencias ideológicas tienen una proyección muy

11. MELLO (2015) p. 57.

12. El modelo ideológico está inspirado en ideas oriundas del realismo jurídico. El realismo jurídico fue una corriente de pensamiento norteamericano articulada como reacción al formalismo y a la fundamentación jurídica artificial de las decisiones judiciales. Sus estudiosos defendían un cambio de enfoque en el estudio del Derecho, proponiendo el abandono de los debates teóricos sobre cómo las normas deben ser interpretadas y aplicadas, centrándose en la comprensión de lo que efectivamente ocurre en los tribunales (a semejanza de lo que se propone en este artículo). HOLMES (1897) p. 994, FRANK (1949a) pp. 146-156, LLEWELYN (1960), CARDOZO (2005).

clara en materia constitucional. Los demócratas son generalmente más progresistas desde el punto de vista de la tutela de los derechos fundamentales y más favorables a la intervención del Estado en la economía. Los republicanos son más conservadores y, por tanto, menos garantistas en materia de derechos fundamentales y menos abiertos a la intervención estatal. En esa línea, a título ilustrativo, en relación con el derecho de igualdad, los demócratas son asociados a posiciones más protectoras de grupos minoritarios, como los negros, las mujeres, los hispanos y las minorías sexuales¹³. En materia económica, generalmente se manifiestan a favor de la mantención de normas regulatorias, la tutela del medio ambiente y los sindicatos, cuando sus derechos entran en conflicto con los intereses de empresas privadas¹⁴. Los republicanos son asociados al posicionamiento opuesto.

En dicho contexto, los estudios empíricos sobre el comportamiento judicial ideológico emplearon el siguiente método: (i) buscaron identificar ideológicamente al magistrado como predominantemente progresista/demócrata o conservador/republicano; (ii) reunieron un conjunto de casos y procuraron anticipar cómo tales casos serían decididos por cada juez, de acuerdo con su perfil ideológico; (iii) por último, verificaron cómo fueron efectivamente decididos en la práctica y, basándose en esta confrontación, evaluaron la precisión del modelo en la previsión del comportamiento del magistrado.

Dichos estudios desarrollaron dos métodos principales para la identificación ideológica de los jueces. El primer método, se centró en explicar el comportamiento de los magistrados de la Corte Suprema norteamericana. En su origen, fue desarrollado por Segal y Cover, quienes produjeron una indexación ideológica de tales jueces, con base en editoriales de periódico¹⁵. A partir de cómo los jueces fueron descritos y evaluados por los periódicos, los estudiosos los escalonaron entre más o menos conservadores o progresistas.

Con este criterio, los autores del estudio obtuvieron una medida independiente de la ideología de los magistrados (que no tenía como base sus propios votos). A continuación, examinaron cómo votaron los magistrados en determinados casos con proyecciones ideológicas claras y verificaron el nivel de acierto del modelo. Es decir, en qué medida el índice ideológico atribuido al juez era capaz de indicar cómo él votaría

13. SEGAL y COVER (1989); SEGAL et al (1995); SOLBERG (2006).

14. SEGAL et al (1995); REVESZ (1997); SUNSTEIN y MILES (2006) p. 823.

15. La indexación original, producida por Segal y Cover, fue posteriormente actualizada por Segal y Spaeth, ampliándose incluso el universo de los periódicos examinados con ese objetivo. SEGAL y COVER (1989); SEGAL y SPAETH (2002) p. 322.

en determinada cuestión. Este primer modelo reveló un alto potencial predictivo de la forma de decidir de los magistrados¹⁶.

El segundo método empírico de estudio del comportamiento ideológico fue utilizado para el estudio de la actuación de los jueces federales norteamericanos. Este método asociaba la orientación ideológica del juez al Presidente que lo nombró. En los Estados Unidos, los jueces federales son nominados por el jefe del Poder Ejecutivo y confirmados por el Senado Federal. Se asumió que el Presidente, al nominar a un magistrado, buscaba candidatos que fuesen mínimamente convergentes con sus propias convicciones, en una tentativa de influenciar el rumbo del Derecho. Por ello, fue utilizado como criterio objetivo para determinar las inclinaciones ideológicas de cada juez el partido al cual pertenecía el Presidente que lo designó. A partir de ese criterio, se procuraba identificar cómo votaría el magistrado en los diferentes casos que le serían sometidos a decisión, en base a la misma lógica anteriormente descrita: las decisiones más progresistas serían producto de jueces nombrados por demócratas, a la par que las decisiones más conservadoras serían tomadas por los jueces designados por republicanos¹⁷.

Tales estudios empíricos demostraron que algunas materias eran más propensas a votaciones ideológicas que otras, aunque, de forma general, confirmaron la hipótesis de la votación ideológica. En esa línea, se constató que los jueces demócratas fallaban más favorablemente a grupos minoritarios, en casos de acciones afirmativas, de discriminación sexual y acoso sexual; que producían más decisiones reconociendo la incidencia de segregación racial; que juzgaban favorablemente a las personas discapacitadas, en casos de argumentación de violación de sus derechos de igualdad; que se manifestaban más a favor del derecho de comercializar materiales pornográficos, invocando la libertad de expresión; y que validaban más normas restrictivas sobre la financiación de campañas electorales¹⁸.

16. En un conjunto de casos sobre derechos fundamentales decididos entre los años 1953 y 1999, se constató una convergencia de 76% (setenta y seis por ciento) entre las decisiones de los magistrados y sus inclinaciones ideológicas. En otro estudio que reunió casos de búsqueda policial, entre 1962 y 1998, el porcentaje de acierto fue de 71% (setenta y un por ciento) de los votos. SEGAL y SPAETH (2002) pp. 320-323; MELLO (2015) pp. 67-68.

17. SISK y HEISE (2005); SUNSTEIN et al (2006).

18. SEGAL y SPAETH (2002) pp. 320-326; FRIEDMAN (2005) p. 273. Ver, también, sobre el tema, MILES y SUNSTEIN (2006) p. 823; BENESH y SPAETH (2003) pp. 20-22; SUNSTEIN et al (2006) pp. 17-40.

La importación de la metodología utilizada por el modelo de comportamiento ideológico norteamericano para países en que no existe un universo ideológico tan definido, con proyección en materia constitucional, no es viable. Por tanto, aunque la metodología desarrollada por los norteamericanos haya producido resultados bastante impresionantes en Estados Unidos, no es replicable para otros países que no presentan la misma realidad política.

A pesar de ello, los hallazgos del modelo ideológico son importantes para la comprensión del comportamiento judicial de modo general. La influencia de la ideología en el proceso decisorio manifiesta, en realidad, que este proceso es permeable a la subjetividad del magistrado. Dicha subjetividad abarca un conjunto amplio de experiencias, valores, pre-comprensiones, que componen el bagaje (*background*) de un juez y que es fuertemente responsable de sus inclinaciones ideológicas¹⁹.

Por esa razón, aun no siendo posible desarrollar un análisis del comportamiento de un ministro con base en la metodología descrita arriba, existen otros elementos que pueden funcionar como buenos indicadores de sus inclinaciones ideológicas. La identidad de las personas, por regla general, se construye mediante la interacción con *el otro* y, por consiguiente, los grupos de identificación de un magistrado influyen sus concepciones de mundo y revelan tendencias decisorias. La familia, la crianza, los amigos, la religión y la vinculación con movimientos sociales, son algunos elementos que pueden funcionar como indicadores de dichas tendencias²⁰. En esa medida, identificar el *background* de los jueces e intentar asociarlos a un patrón decisorio en determinadas materias puede ayudar a comprender sus inclinaciones. Puede, además, orientar la argumentación de las partes y, eventualmente, permitirá prever la forma en que se manifestará sobre determinada materia o, incluso, el tipo de argumento al cual se mostrará más sensible.

1.3. Modelo estratégico

El modelo estratégico corresponde al tercer modelo de comportamiento judicial tradicionalmente referenciado por la literatura. Es compatible, al menos en parte, con las ideas del modelo ideológico. Tanto en el modelo ideológico como en el modelo estratégico, se cree que los jueces tienden a decidir buscando influenciar en el desarrollo del Derecho, en el sentido -extrajurídico- que ellos consideran más adecuado. En el modelo ideológico, con todo, los magistrados tan solo votan de acuerdo con sus preferencias, mientras que en el modelo estratégico presentan un comportamiento más sofisticado.

19. GROSSMAN (1966); BAUM (2008) pp. 26-28; ASHENFELTER et al (1995).

20. SISK et al (1998) p. 1457; PERESIE (2005) pp. 1786-1787; COX y MILES (2008); MELLO (2015) pp. 127-144.

1.3.1. Características y elementos del modelo estratégico

En la actuación estratégica, el hecho de que la decisión de un juez depende del comportamiento de otros agentes para lograr prevalecer o influenciar el desarrollo del Derecho en un determinado sentido, interfiere sobre sus opciones. En un órgano colegiado, el juez que desea influenciar el resultado de un caso necesita tener en consideración que su entendimiento de este necesitará la adhesión de la mayoría para prevalecer. Si su propósito es producir un determinado resultado, que considera el más adecuado, necesitará considerar el pensamiento de los demás miembros colegiados y evaluar si sus preferencias personales contarán con el apoyo de ellos.

En dichas circunstancias, es posible que el juez procure identificar cómo se comportarán los otros miembros de la Corte en determinado juzgamiento y que opte por votar, no propiamente conforme sus convicciones, sino de acuerdo con un entendimiento más moderado que sea capaz de conquistar la adhesión de la mayoría –lo que el modelo estratégico ha convenido en llamar *second best* decisión-. Entre votar como desea y ser *vencido* o proferir un voto que no considera ideal, mas tiene la oportunidad de ser aprobado por la mayoría, es posible que el juez opte por esa segunda alternativa. En ese caso, el magistrado estará actuando estratégicamente.

Los estudiosos del modelo estratégico recurren a dos teorías para explicar este fenómeno: la “teoría de la elección racional” y la “teoría de los juegos”. De acuerdo con la teoría de la elección racional, los agentes y, por tanto, también los jueces, tienen determinados objetivos y optan por las actitudes que creen que serán más aptas para alcanzarlos. Para que la actuación estratégica logre un buen resultado se deben cumplir algunas condiciones, a saber: (i) en primer lugar, el comportamiento adoptado debe posibilitar la maximización del beneficio pretendido; (ii) en segundo lugar, la percepción de la actitud que cumple esa función precisa tener una base sólida; y, por lo tanto, (iii) el agente debe hacer un esfuerzo óptimo para la obtención de información sobre el comportamiento que puede esperar de los demás agentes²¹. Desde la perspectiva del modelo estratégico, el beneficio que debe ser maximizado por los jueces es la adopción de una decisión convergente con sus expectativas. Para alcanzar dicha finalidad, es necesario obtener información sobre como sus demás colegas pretenden votar, con el fin de evaluar si conseguirán construir una mayoría que apoye sus preferencias.

La teoría de juegos, a su vez, explica la acción humana justamente cuando la consecución de un objetivo depende del comportamiento de terceros, demostrando que, en esas condiciones, el agente definirá su conducta basándose en las actitudes que espera de los demás. Por eso, si un juez piensa que sus preferencias sinceras no ob-

21. ELSTER (1986) pp. 1-33; EPSTEIN y KNIGHT (1995) p. 2; PETTIT (1996) pp. 62-89.

tendrán el apoyo de la mayoría, él tenderá a moderar su entendimiento, con el fin de producir un voto que pueda ser apoyado por los demás, optando así por una *second best decision*²².

1.3.2. Críticas al modelo estratégico:

La principal crítica dirigida al modelo estratégico corresponde a la alegación de que su comprobación empírica es inviable, una vez que un mismo comportamiento puede ser explicado por justificaciones concurrentes. Se alega que, en realidad, la caracterización de ciertas actitudes como estratégicas ocurre a *posteriori*, como consecuencia de interpretaciones elaboradas para explicar eventos que ya ocurrieron y que esa particularidad hace que el propio observador pierda la imparcialidad en la comprensión de los fenómenos y genere involuntariamente percepciones confirmadoras de su hipótesis. Es por eso que el modelo estratégico sería cuestionable desde el punto de vista científico²³.

Se trata de una crítica importante. De hecho, la comprobación del modelo estratégico por medio de estudios empíricos cuantitativos, como aquellos que evidenciaron el comportamiento ideológico, es de difícil viabilidad. Esto no significa, sin embargo, que el modelo estratégico no pueda ofrecer explicaciones importantes acerca del comportamiento judicial. Tampoco impide que estudios cualitativos sean desarrollados.

Una segunda crítica a ese modelo tiene en cuenta que la vida real presenta situaciones de gran asimetría de información, en las cuales a un juez o una corte no les resulta posible conocer cómo se comportarán los demás agentes con los que interactúan. En tales circunstancias -se alega- la actuación estratégica estaría comprometida. De hecho, por un lado, puede ser difícil conocer cómo se comportará cada agente. Sin embargo, la experiencia demuestra que el juez que integra un tribunal colegiado procura verificar anticipadamente las elecciones de sus demás colegas de corte cuando el caso es relevante y la decisión final depende de ellos. En casos con semejante importancia, la mera amenaza de una mayoría divergente o del incumplimiento de una decisión por otro Poder puede ser suficiente -dada la gravedad de las consecuencias- para provocar una conducta estratégica del magistrado.

La tercera crítica al modelo en examen pondera, justamente, que este modelo parte desde la teoría de la elección racional, pero que diversos estudios de la economía del comportamiento ya demostraron que no siempre la conducta humana es racional. Al optar por un determinado comportamiento, el juez puede estar siendo motivado

22. CORAM (1995) p. 92; ELSTER (1986) pp. 1-33.

23. ELSTER (2007) p. 19.

por mero temor a ciertas consecuencias, y no propiamente por amenazas reales²⁴. En esas condiciones, el modelo estratégico solo explicaría el comportamiento de los magistrados, si fuese posible tener acceso al estado psíquico de cada juez en los momentos que precedieran a su voto. Sin embargo, en lo que respecta a este argumento, se alega que, aunque las personas, por norma general, no sean plenamente racionales, desean serlo. Por consiguiente, el modelo tendría un buen potencial explicativo, a pesar de la existencia de los límites ya mencionados.

La próxima sección está dedicada a una mirada más profunda sobre el modelo estratégico de conducta judicial.

2. El modelo estratégico: dimensiones interna y externa

El comportamiento judicial estratégico puede ser pensado en dos ámbitos: interno y externo a las cortes. El estudio del comportamiento estratégico interno dice relación a la comprensión de la interacción entre jueces de un mismo órgano colegiado. Como ya ha sido esclarecido, cada juez depende de la adhesión de la mayoría para hacer prevalecer su punto de vista. El juez actuará estratégicamente cuando: (i) pueda anticipar cómo votarán el resto de sus colegas de corte; y (ii) optar por formular su voto de modo que obtenga el apoyo de la mayoría, sacrificando el entendimiento que considera ideal, para defender la decisión más próxima a sus preferencias capaz de lograr el respaldo de los demás (*second best decision*)²⁵.

La actuación estratégica puede, además, hacer que los miembros de una corte opten por actuar en bloque, en el intento de firmar los precedentes que entienden más adecuados. En esas circunstancias, es posible que algunos jueces renuncien a la presentación de votos divergentes, a cambio del apoyo de los demás jueces que integran su bloque o de la moderación de la decisión a la que se va a adherir.

El estudio del comportamiento estratégico externo tiene como objetivo la interacción entre las cortes e instituciones que le son externas, tales como: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, la opinión pública y la prensa. Es cierto que el Poder Judicial y sus miembros están rodeados de garantías cuyo propósito es asegurar la independencia de sus decisiones. Se cree, a pesar de ello, que, en ciertas circunstancias, las cortes pueden ser sensibles a cómo ciertos agentes responderán a sus juzgamientos y, si fueren capaces de prever una gran reacción negativa en su contra, posiblemente moderarán su actuación de forma de minimizar tales posibles reacciones. La interacción entre las cortes y dichos agentes externos puede ser sintetizada en los términos que se indica en los párrafos siguientes.

24. TVERSKY y KAHNEMAN (1986) pp. 123-141.

25. EPSTEIN y KNIGHT (1998) pp. 79-98; CALDEIRA y WRIGHT (1988) pp. 1120-1121; EPSTEIN y KNIGHT (1995); SEGAL y SPAETH (2002) pp. 358-406.

i) Cortes v. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo: las cortes constitucionales y supremas cortes dependen del apoyo del resto de los poderes para ejercer su autoridad. Deben contar con el Poder Ejecutivo para el uso de la fuerza, si fuere necesario para imponer el cumplimiento de sus decisiones. Necesitan el Poder Legislativo para aprobar sus presupuestos. En caso de conflicto con esos poderes, se pueden ver sujetas a represalias importantes. Sus decisiones pueden ser manifiestamente incumplidas o superadas por medio de enmienda constitucional. Asimismo, su composición puede ser ampliada, para viabilizar la selección de jueces convergentes con los intereses del Ejecutivo o del Legislativo; o bien, el criterio de selección de sus jueces puede ser modificado para favorecer su captura ideológica, entre otras medidas tendientes a reducir su independencia o a ejercer presión sobre sus decisiones. Este conjunto de acciones suele ser denominado, según la literatura, como *court packing plans*.

Ocurre justamente que la credibilidad de una corte está íntimamente relacionada al cumplimiento de sus decisiones y la preservación del régimen jurídico que asegura su independencia. Cuando esos elementos están en riesgo, las cortes, en condición de agentes estratégicos, posiblemente renunciarán a las decisiones que creen ideales para preservar su estabilidad institucional y evitar ataques de los demás poderes. Ya que, en esas condiciones, sería de poca utilidad dictar una decisión que, además de no ser cumplida acabará comprometiendo el poder de la Corte para influenciar el desarrollo del Derecho a largo plazo²⁶.

ii) Cortes v. opinión pública: de modo general, la doctrina atribuye a las cortes que ejercen una jurisdicción constitucional un papel contra-mayoritario, cuando su decisión tenga por objeto la protección de los derechos fundamentales o el adecuado funcionamiento del proceso democrático. Sin embargo, estudios empíricos demuestran que las decisiones contra-mayoritarias de las cortes son menos comunes de lo que se imagina y que, en muchas ocasiones, dichas cortes atienden a la voluntad de la mayoría que no encontró acogida en los poderes Ejecutivo y Legislativo²⁷.

Existen diversas explicaciones para ese fenómeno. En primer lugar, en muchos sistemas, los jueces constitucionales son seleccionados por un proceso que es de carácter político y, por consiguiente, son sensibles a las expectativas populares. Es lo que ocurre en el sistema norteamericano y en el brasileño. En estos ordenamientos los jueces de la Corte Suprema son escogidos por el Presidente de la República y aprobados por el Senado. En segundo lugar, dichos jueces están sujetos a las mismas influencias que los demás ciudadanos. Son miembros de su comunidad y comparten

26. POSNER (2008) pp. 69-70, 198; CROSS y NELSON (2001) pp. 1437-1467; SPILLER et al (1996) p. 503; WHITTINGTON (2003) pp. 448-474.

27. MARSHALL (1989) p. 97; MARSHALL (2008) p. 5; KLARMAN (1994); LAIN (2012).

valores con ellos. Además de esto, una corte necesita presentar algún nivel de convergencia con la percepción social de lo que es justo para tener legitimidad. Necesita, además, evitar decisiones que no serán obedecidas, ya que tal incumplimiento genera daños a su autoridad²⁸.

El apoyo popular es un bien muy importante para las cortes constitucionales y supremas cortes. Ese apoyo puede ser medido desde dos perspectivas diferentes. Existe, por una parte, el “apoyo popular específico”, que trata de la adhesión de la mayoría de la comunidad a una decisión con la cual está de acuerdo. Por otra, también existe el concepto más complejo de “apoyo popular difuso”, el cual corresponde al respaldo popular del que goza una corte como institución, incluso cuando se toman decisiones impopulares.

El apoyo popular difuso es producto de la historia de la Corte, de la credibilidad que construyó a lo largo del tiempo y de la forma (confiada o no) en la que los ciudadanos aprendieron a pensar respecto de la Corte²⁹. El apoyo popular difuso es el mayor capital político del que dispone una corte y, por ello, debe ser utilizado con prudencia. Una corte con gran apoyo popular difuso es una corte fuerte, que puede afirmarse frente a los demás poderes y enfrentarse a intereses poderosos. Una corte sin apoyo popular es una corte frágil. Por ese motivo, las cortes son sensibles a las expectativas de la opinión pública³⁰.

Por otro lado, las cortes no pueden simplemente *someterse* ante las opiniones de la comunidad en la que operan. Hay situaciones en que su papel es justamente invalidar deliberaciones mayoritarias, para proteger a las minorías o a la propia democracia. Por eso, la decisión de atender u oponerse a la voluntad de la mayoría envuelve cálculos políticos. Para ese cálculo, es importante conocer las preferencias y reacciones de los demás poderes. Cuando los demás poderes están alineados con la opinión pública, los costes de una decisión impopular pueden ser insostenibles.

iii) Cortes v. prensa: los ciudadanos saben muy poco acerca de lo que sucede en la esfera pública o en las propias cortes. Dependen de intermediarios que recolectan ese tipo de información y se la reportan, de forma que la comunidad tenga un conocimiento mínimo de lo que ocurre. Muchos tampoco son capaces de comprender el significado y las implicaciones de ciertas decisiones judiciales. El papel de seleccionar los hechos relevantes que serán divulgados y de ofrecer una interpretación sobre sus aspectos positivos y negativos es llevado a cabo por los medios de comunicación. La prensa es, por eso, un poderoso intermediario entre las cortes y el pueblo. Ella le

28. DAHL (1957) pp. 6563-583; FRIEDMAN (2009) p. 375; FRIEDMAN (2003) p. 2596; BAUM (2008) pp. 66-72.

29. EASTON (1975) p. 435.

30. CRITIN y EGAN (2009).

presenta no solo los hechos que ocurren en la esfera pública (aquellos que juzga que deben ser reportados), mas igualmente una primera interpretación de tales hechos. En esas condiciones, los medios de comunicación pueden construir o destruir la reputación de una corte y de sus miembros, seleccionando informaciones y ofreciendo interpretaciones a su respecto³¹.

En ese sentido, debe reconocerse que la percepción popular sobre una corte o sobre sus miembros no emerge de forma espontánea necesariamente. Es el producto de un proceso de animación social en el cual la prensa tiene un papel muy importante. Por esa razón, es relevante no solo tener una prensa libre, sino también plural, medios de comunicación que puedan ofrecer a la comunidad diferentes interpretaciones y versiones sobre lo que pasa en la esfera pública. En cualquier caso, si la prensa es capaz de interferir en la percepción de la comunidad sobre el desempeño de la Corte y de sus miembros, y si el apoyo popular es fundamental para su estabilidad institucional, los medios de comunicación serán capaces de influenciar el comportamiento de las cortes, en cierta medida. Los tribunales, por lo general, son conscientes de que una reacción muy negativa por parte de los medios puede costarles un enorme capital político.

3. Estudio de caso

Como ya ha sido reconocido arriba, el modelo estratégico de comportamiento judicial es difícil de comprobar con base en estudios empíricos cuantitativos. Es difícil construir una ecuación según la cual, estando presentes determinados elementos y otros ausentes, se pueda afirmar que una corte decidirá en un sentido específico, tal y como se logró hacer en la comprobación del modelo ideológico de comportamiento judicial en el sistema norteamericano. Sin embargo, ello no impide que se desarrollen estudios de caso que demuestren buenos indicios de actuación estratégica. En esta medida, el estudio de caso que se desarrolla a continuación puede ofrecer explicaciones importantes para la comprensión del comportamiento judicial.

3.1. El contexto

El Supremo Tribunal Federal es el órgano judicial brasileño de más alta jerarquía, que reúne, entre sus competencias: (i) la decisión de recursos extraordinarios y de acciones directas de inconstitucionalidad; y (ii) el juzgamiento de las más altas autoridades de la República en materia penal, entre otras atribuciones. Se trata, por lo tanto, de un tribunal que actúa en temas de máxima sensibilidad. Además de eso, algunas de las explicaciones adicionales sobre el contexto en que ha operado en los últimos años parecen relevantes.

31. BAUM (2008) pp. 140-155; BIKHCHANDANI et al (1998); GREENHOUSE (2005); LIPPMAN (2008) pp. 271-309; MORETZOHN (2002).

En 2014, comenzó en Brasil la fase visible (*ostensiva*) de investigaciones de la “Operación *Lava Jato*”³². La “Operación *Lava Jato*” es una investigación de la Policía Federal brasileña que tiene por objeto pesquisar un gran esquema de corrupción y de desvío de recursos públicos, involucrando a Petrobrás (empresa estatal que actúa en el segmento del petróleo, gas natural y sus derivados), empresas de infraestructura contratadas por el poder público, partidos políticos y altas autoridades de la República³³. Mediante esta operación, se identificó el que probablemente sea el mayor esquema de corrupción jamás elucidado en el país. Esta fase de la operación comprendió la ejecución de múltiples órdenes de búsqueda y captura de documentos y de prisión cautelar de altos empresarios, autoridades y exautoridades.

En 2015, las investigaciones de la “Operación *Lava Jato*” alcanzaron autoridades con “fuero especial” en el STF³⁴, tales como diputados, senadores y ministros de estado, y dejaron aún más en evidencia que el esquema de corrupción sistémica revelado por la operación alcanzaba una parcela sustancial del medio político. Por ese motivo, parte de dichas investigaciones pasó a ser tramitada por el Supremo Tribunal Federal. En ese mismo año, se inició el proceso de *impeachment*³⁵ de la presidente Dilma Rousseff, concluido con su inhabilitación en 2016³⁶.

El ambiente de desconfianza, denuncia y conflagración que se instaló en el país colocó el STF en una posición institucional bastante delicada. Acciones y recursos pertinentes al proceso de *impeachment*, a la “Operación *Lava Jato*” y a otros casos que envolvían políticos relevantes llegaron a la Corte y despertaron la atención de la prensa. Pasó a exigírsele al Tribunal un reiterado escrutinio de los actos de los demás poderes. Diversos miembros de poderes se convirtieron en foco de investigaciones y pasaron a ser alcanzados por decisiones del STF. Escándalos sucesivos y una inestabilidad política, económica e institucional sin precedentes se instaló en el país.

En ese contexto, entre mayo de 2016 y diciembre de 2017, el Supremo Tribunal Federal fue llamado a considerar cinco casos que trataban sobre suspensión provisional de la función pública (*afastamento cautelar*) de parlamentarios en ejercicio, envueltos en procesos penales³⁷. En estos casos, el Tribunal presentó una oscilación

32. Caso *Lava Jato*, Ministério Público Federal. Brasil.

33. Caso *Lava Jato*, Ministério Público Federal. Brasil.

34. El “fuero especial” está contemplado en el art. 102, I, “b” y “c”, de la Constitución. Las autoridades beneficiarias de este instituto procesal deben ser juzgadas directamente por el STF.

35. Conforme el art. 52, I, de la Constitución, corresponde al Senado Federal juzgar al Presidente de la República por crímenes de responsabilidad. El proceso de *impeachment* está regulado en la Ley 1079/1950 y puede arrojar la pérdida del cargo.

36. GARCIA *et al* (2016). Vale decir que, aun así, el proceso de *impeachment* no tuvo relación directa con los resultados de la Operación *Lava Jato*, pero sí con la imputación de delitos contables.

37. Decreto-Lei n. 3689, de 1941 (Código de Proceso Penal Brasileño), art. 319.

jurisprudencial difícil de explicar con base en el modelo legalista o en el modelo ideológico de comportamiento judicial. Esto es lo que se pasa a demostrar a continuación.

3.2. La oscilación jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal en materia de suspensión provisional de la función pública de parlamentarios

En mayo de 2016, el plenario del Supremo Tribunal Federal decidió alejar al Presidente de la Cámara de los Diputados del ejercicio de la Presidencia de la Casa y de su mandato, por medio de una decisión cautelar. La decisión se basó en dos fundamentos principales. En primer lugar, un proceso penal había sido instruido contra la autoridad. Ocurre que el Presidente de la Cámara formaba parte de la línea de sucesión del Presidente de la República, y que no podría desempeñar esa atribución en condición de *reo* en un proceso penal. Asimismo, había indicios de que el diputado podría valerse de su posición para interferir en el curso del proceso penal, poniendo en riesgo la efectividad de la jurisdicción criminal. Basándose en esos fundamentos, el STF decidió, por unanimidad (11 a 0), apartarlo de la Cámara de Diputados³⁸.

Meses después, el Presidente del Senado fue denunciado por *peculato* (apropiación de fondos y bienes públicos³⁹), y le correspondió al STF considerar la petición de alejamiento cautelar dirigida contra esta alta autoridad. Se alegaba, a favor de esta suspensión del cargo, que también esta autoridad integraba la línea de sucesión de la Presidencia de la República, como en el caso anterior, y que no podría estar acusada en un proceso penal y permanecer en condición de jefe de un poder. Aunque no hubo alegación de intento de obstrucción del proceso penal, como en el caso del Presidente de la Cámara, hubo rumores de que el Senado podía no cumplir la decisión del STF si este determinase la suspensión de su Presidente de sus funciones. El Supremo denegó la suspensión del Presidente del Senado, pero advirtió que dicha autoridad estaba impedida para substituir al Presidente de la República⁴⁰.

A continuación, otro senador y un miembro de su familia fueron grabados mientras conversaban. En dichas conversaciones, se alegó que estarían solicitando dinero a un empresario privado, aparentemente, a cambio de beneficios públicos. Hubo, in-

38. *Procurador-Geral da República con E.C.D.C.* (2016): Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4070 (AC 4070), relator Ministro Teori Zavasci. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 21 de octubre de 2016.

39. Decreto-lei n. 2848 de 1940 (Código Penal Brasileño), art. 312.

40. *Rede Sustentabilidade con Presidente da Câmara dos Deputados* (2017): Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 (ADPF 402), redactor Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 01 de febrero de 2017.

cluso, imágenes filmadas de un intermediario recibiendo el dinero. El Supremo Tribunal Federal determinó la suspensión provisional de la autoridad de su mandato. La decisión generó, con todo, nuevas reacciones en el Senado y amenazas de incumplimiento⁴¹.

Semanas más tarde, el Supremo Tribunal Federal dio inicio al juicio de una acción directa de inconstitucionalidad relacionada a la interpretación del art. 53, par. 2º, de la Constitución de 1988. Este dispositivo prevé que los miembros del Legislativo no pueden ser apresados, salvo en delito flagrante, por crimen sin fianza, hipótesis en la cual la cárcel debería ser confirmada por la respectiva casa legislativa, en un plazo de 24 (veinticuatro) horas⁴². El autor de la acción alegó que la finalidad del dispositivo era evitar la interferencia judicial indebida sobre los mandatos de los miembros del Legislativo, en relación al principio de separación de poderes. Por esa razón, requirió al STF que reconociese que la norma constitucional, en realidad, determinaba que cualquier medida judicial que interfiriese con el mandato de un miembro del Legislativo –incluyendo el *afastamiento cautelar*– debería ser confirmada por el Poder Legislativo.

Sorprendentemente, el mismo STF que alejó provisionalmente al Presidente de la Cámara de Diputados del cargo, en el primer caso descrito, acogió la petición sostenida en esta nueva acción y afirmó, por una mayoría de 6 a 5, que los **alejamientos cautelares de parlamentarios de sus mandatos deberían pasar a ser confirmados por el Legislativo**. Con eso, el STF dejó de tener la última palabra sobre la cuestión⁴³. Acto seguido, el Senado rechazó la cautelar que permitía el alejamiento del senador en el tercer caso narrado arriba, por una decisión de 44 a 26 votos⁴⁴.

41. *Ministério Público Federal con Aécio Neves da Cunha* (2017). Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar 4327 (AgR no Terceiro no AgR AC 4327), redactor Ministro Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 27 de octubre de 2017.

42. Constitución Brasileña de 1988, art. 53: “Los diputados y senadores son inviolables, civil y penalmente, por cualesquiera que sean sus opiniones, palabras y votos. [...] 2º Desde la expedición del diploma, los miembros del Congreso Nacional no podrán ser apresados, salvo en flagrante de crimen sin fianza. En ese caso, los autos serán remitidos dentro de veinticuatro horas a la Casa respectiva, para que, mediante el voto de la mayoría de sus miembros, se resuelva sobre la cárcel”.

43. Partido Progressista y Partido Social Cristão (2017): Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526 (ADI 5526), redactor Ministro Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 11 de octubre de 2017.

44. AGÊNCIA SENADO (2017).

Basándose en esta nueva decisión del Supremo Tribunal Federal, los poderes legislativos de los estados –Brasil es una federación compuesta por 27 unidades federativas⁴⁵– pasaron a rechazar las decisiones judiciales que apartaban diputados estatales de sus respectivos mandatos y comenzaron a determinar su retorno a sus funciones. De hecho, la Constitución brasileña (art. 27, par. 1º) determina que los diputados estatales se someten al mismo régimen que los diputados federales, incluso en lo que respecta a inmunidades⁴⁶. Por lo tanto, si era necesaria una confirmación del Legislativo para el alejamiento de diputados federales, parecía lógico que también fuese necesaria para el alejamiento de diputados estatales.

Por consiguiente, la decisión dictada en el caso anterior presentaba un importante efecto sistémico. Todo indicaba que la necesidad de alejamiento cautelar de diputados estatales y su rechazo por los legislativos estatales podrían ser bastante amplios. Después de eso, tres nuevas acciones directas de inconstitucionalidad fueron interpuestas ante el STF, para discutir el tema en lo que se refiere al Legislativo estatal. Esta vez, en la primera sesión de juzgamiento, cinco ministros votaron contra la necesidad de confirmación de las cautelares por el Legislativo, entre ellos un ministro que, anteriormente, había votado a favor de la necesidad de confirmación en el caso de parlamentarios federales⁴⁷.

En ese nuevo caso, el mencionado ministro defendió una interpretación según la cual el poder de dar la palabra final sobre la prisión (y, por lo tanto, también sobre la cautelar de alejamiento del mandato), previsto en el art. 53, par. 2º de la CF, se aplicaría, única y exclusivamente, a los miembros del Congreso Nacional. Propuso, por lo tanto, una distinción entre el régimen de los miembros del Legislativo federal y estatal. Cuatro ministros votaron a favor de la necesidad de confirmación de cautelares

45. Las mencionadas veintisiete unidades federativas corresponden a veintiséis estados y a un distrito federal, este último con competencias y estructura política equivalentes a las de los estados, además de otras especificadas en la Constitución (CF/1988, art. 32).

46. Constitución Brasileña de 1988, art. 27, par. 1º: “Será de cuatro años el mandato de los diputados estatales, aplicándoseles las reglas de esta constitución sobre sistema electoral, inviolabilidad, inmunidad, remuneración, pérdida de mandato, permisos, impedimentos e incorporación a las Fuerzas Armadas.”

47. El Ministro Dias Toffoli defendió una interpretación específica en este nuevo caso, según la cual la prohibición de prisión prevista en el art. 53, par. 2º de la CF (y, por lo tanto, también de cautelar de alejamiento del mandato) estaría restringida, única y exclusivamente, a los miembros del Congreso Nacional. V. Supremo Tribunal Federal (2017): “Informativo 887 del STF”.

en cualquier caso, incluso para los diputados estatales⁴⁸. Así, con los nueve votos ya mencionados, se formó, en esa primera sesión, una mayoría provisional de cinco votos que se opuso a la necesidad de confirmación de las cautelares, contra cuatro votos a favor de dicha confirmación.

A continuación, el juzgamiento fue suspendido, con el fin de esperar los votos de los otros dos ministros que no asistieron a la sesión. En mayo de 2019, el juicio fue reanudado para recoger el voto de esos dos últimos ministros. Uno de ellos votó contra la necesidad de confirmación de las cautelares y el otro a favor de la necesidad de confirmación (los dos de forma coherente con sus votos anteriores). Así, después del voto de los once ministros que componían la Corte, en esa segunda sesión, había una mayoría de seis votos contra la necesidad de confirmación de las cautelares por las Casas Legislativas estatales. Por lo tanto, la Corte parecía haber decidido dar un trato distinto a diputados federales y estatales en su jurisprudencia, aunque el texto de la Constitución no pareciera disponer en ese sentido, al menos no expresamente.

Sin embargo, el juicio no se terminó. El mismo ministro que propuso el trato distinto para congresistas federales y estatales anteriormente (en la primera sesión) cambió de entendimiento (en la segunda sesión) y reformuló su voto para afirmar la necesidad de confirmación también en el caso de los Estados. Con ello, se concluyó que tanto en el caso de parlamentarios federales, cuanto en el caso de diputados estatales, habría necesidad de confirmación de las cautelares por las casas legislativas, siempre que tales cautelares interfiriesen en el ejercicio del mandato.

3.3. Análisis

En el primer caso narrado, el Supremo Tribunal Federal suspendió al Presidente de la Cámara de Diputados del cargo por decisión unánime de sus once ministros. La decisión tuvo por fundamentos: (i) el hecho de que la autoridad era reo en un proceso penal e integraba la línea sucesoria de la Presidencia de la República y (ii) los indicios alegados de que estaría valiéndose de su cargo para crear obstáculos a la prosecución del proceso criminal. No se consideró la necesidad de confirmación de la cautelar por la Casa Legislativa. Tampoco se tuvo noticia de rumores de incumplimiento de la decisión por la Cámara de Diputados.

48. *Associação dos Magistrados Brasileiros con Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte*: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5823 Medida Cautelar (ADI 5823 MC), relator Ministro Marco Aurélio; *Associação dos Magistrados Brasileiros con Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro*; *Associação dos Magistrados Brasileiros con Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso*: Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5824 y 5825 Medidas Cautelares (ADIs 5824 y 5825 MC), relator Ministro Edson Fachin.

En el segundo caso, el STF no alejó al Presidente del Senado, determinando únicamente que, siendo procesado penalmente, no podría sustituir al Presidente. Es cierto que no había indicios de obstrucción del proceso penal, como en el caso anterior. Por otro lado, había rumores de que el Senado podría incumplir la eventual decisión que determinase el alejamiento cautelar.

En el tercer caso, el Supremo Tribunal Federal determinó la suspensión del senador de sus funciones. No se consideró la necesidad de confirmación a través del Senado. Al mismo tiempo, había rumores de que habría una gran resistencia entre los senadores a su cumplimiento.

En el cuarto caso, juzgado pocas semanas más tarde, el Supremo Tribunal Federal decidió, entonces, que cualquier decisión que implicase suspensión del mandato (aun siendo cautelar), debería ser confirmada por el Legislativo. Esa decisión, en la práctica, posibilitó la reversión por el Senado del alejamiento determinado en el tercer caso narrado arriba, sin un incumplimiento manifiesto y abierto de la decisión del STF, es decir, dentro de los límites trazados por el propio STF acerca de las posibilidades de actuación del Senado.

En el quinto caso, el entendimiento firmado en el cuarto caso fue nuevamente puesto en cuestión. Se trataba del alejamiento cautelar de diputados estatales, y no de diputados federales, pero la Constitución determinaría la aplicación a ambos del mismo régimen jurídico, incluso en lo relativo a inmunidad (art. 27, par. 1º). Sin embargo, el Tribunal casi decretó una distinción entre diputados federales y estatales, donde la literalidad del texto de la Constitución parecía determinar la aplicación del mismo régimen. No bastara eso, en el curso del juicio, un mismo ministro cambió dos veces de posición, invirtiendo el resultado final de la decisión.

Las diferentes decisiones descritas arriba difícilmente serían explicables solo en base al modelo legalista. El Tribunal se manifestó de forma considerablemente distinta en el primer y cuarto caso, y volvió a oscilar en el quinto. Tales decisiones tampoco parecen explicables basándose en el modelo ideológico. Entre la decisión del primer caso y la resolución del cuarto transcurrieron menos de dos años. Tan solo un miembro del Tribunal fue substituido. Es difícil sostener un cambio de convicción política en lo que respecta al alcance de separación de poderes en un periodo tan corto. Y, el mismo objeto de la decisión -separación de funciones legislativas por encausamiento criminal- no dice relación a una disputa valórica o ideológica.

El modelo de comportamiento estratégico, en cambio, puede ofrecer algunas explicaciones. El Supremo Tribunal Federal venía siendo, progresivamente, sometido a una fuerte presión. El *impeachment* de la Presidenta de la República, los hallazgos de la “Operación Lava Jato” y de otras investigaciones de altas autoridades llevaron todos los grandes debates al Tribunal. La opinión pública y la prensa presionaban al STF para que actuase con rigor en relación a tales delitos. Es posible que los miembros de

los demás poderes, gran parte de ellos objeto de dichas investigaciones, se sintieran amenazados por la actuación de la Corte y que se hayan pretendido movilizar contra ella. El hecho es que rumores de que las decisiones del Tribunal serían incumplidas se hicieron muy fuertes. En este escenario, el cuarto caso tal vez haya constituido una especie de “salida honrosa” que permitía al Tribunal evitar el abierto incumplimiento de su decisión y otras posibles represalias.

La actuación estratégica encuentra dificultades en situaciones de asimetría de información⁴⁹, como ya fue anticipado. Saber de antemano si la decisión del Tribunal será incumplida y si habrá represalias a la Corte puede ser difícil. Sin embargo, la credibilidad de la amenaza (de incumplimiento) y la gravedad de sus consecuencias para la autoridad del Tribunal pueden ser suficientes para llevar a una parte de sus miembros a optar por una *second best decision*.

El hecho es que, en los casos ya narrados, la inmunidad reconocida a los parlamentarios federales fue aplicada por los legislativos estatales. Las asambleas legislativas pasaron a entender, por simetría, que también les cabía dar la última palabra acerca de prisiones y de cautelares de alejamiento del mandato contra sus miembros. Tener veintisiete Legislativos locales con poderes de rechazo de cautelares judiciales contra sus propios miembros era un efecto sistémico grave de la decisión dictada en el cuarto caso. Ante ese nuevo cuadro la Corte buscó una interpretación que pudiese distinguir entre la esfera federal y la estatal, hasta porque el riesgo de incumplimiento de decisiones del Tribunal por el Legislativo estatal era menor. Sin embargo, ni el texto constitucional ni el contexto político – de fuerte presión por parte de las elites locales – favorecieron esta salida.

Conclusión

Pensar en una corte constitucional o en una suprema corte simplemente como un órgano que actúa en la defensa de los derechos fundamentales y en el funcionamiento adecuado del proceso democrático, simplemente en base a principios y al mejor argumento, significa idealizar el papel desempeñado por tales cortes. Aunque el comportamiento judicial legalista tenga su valor para explicar el proceso decisorio de las cortes en un gran conjunto de casos, posiblemente tendrá un bajo potencial explicativo en las decisiones de casos emblemáticos, en que el material jurídico ortodoxo ofrece luces incompletas para la decisión, o en virtud de una situación de conflagración entre poderes.

A pesar de que los teóricos del Derecho hayan producido muchas obras sobre cómo deben ser tomadas las decisiones, aún se cuida poco de la investigación sobre cómo efectivamente ocurren o cuáles son los factores extrajurídicos que interfieren

49. Hay asimetría de información cuando no es posible conocer con precisión las preferencias o el comportamiento que un determinado agente adoptará ante ciertas circunstancias.

en el proceso decisorio de las cortes. El resultado arroja teorías normativas desconectadas de la realidad; idealizaciones sobre el papel que debe ser desempeñado por los magistrados, que desconsideran las condiciones bajo las cuales trabajan o los límites a los que están sujetos, y una incompreensión generalizada sobre cómo argumentar, sostener un punto de vista o defender un caso con posibilidades de éxito en un juicio.

Les corresponde a los tribunales interpretar las normas y decidir los conflictos de interés, y a las cortes constitucionales y supremas cortes dictar decisiones finales sobre un conjunto muy importante de temas. La comprensión de lo que es el Derecho depende de un entendimiento adecuado sobre cómo deciden dichas cortes, de los factores y argumentos capaces de influenciar sus decisiones. Los elementos jurídicos son apenas una parte de ellos y, eventualmente, en situaciones muy conflictivas, la parte menos relevante. Es tiempo, por tanto, de que el Derecho se ocupe de lo que efectivamente ocurre en las cortes.

Referencias bibliográficas

- AGÊNCIA SENADO (2017): *Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato*. 17 out. 2017. Disponible en: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-derruba-decisao-do-stf-contr-aecio>>. [Fecha de consulta: 15 abril 2018].
- ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; y SCHWAB, Stewart (1995): "Politics and the Judiciary: the influence of judicial background on case outcomes". *Journal of Legal Studies, Cornell Law Faculty*, Año 24, N° 2, junio de 1995, pp. 257-281, jun. 1995. Disponible en: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=facpub>>. [Fecha de consulta: 15 marzo 2018].
- BARROSO, Luís Roberto (2009): *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* (São Paulo, Saraiva).
- BAUM, Lawrence (2008): *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior* (Nova Jersey, Princeton University).
- BENESH, Sara C. y SPAETH, Harold J (2003): *The Supreme Court justice-centered judicial databases: the Warren, Burger, and Rehnquist Courts 1953-2000* (East Lansing, Michigan State University). Disponible en: <<http://artsandsciences.sc.edu/poli/juri/flpdcodebk.pdf>>. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2018].
- BIKHCHANDANI, S.; HIRSHLEIFER, D. y WELCH, I. (1998): "Learning from the behavior of others". En *Journal of Economic Perspectives*, Año N° 12, verano de 1998, pp. 151-170.

- BRASIL. Ministério Público Federal. "Caso Lava Jato". Disponible en: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>>. [Fecha de consulta: 07 de mayo 2018].
- BRASIL. Ministério Público Federal. "Caso Lava Jato". Disponible en: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. [Fecha de consulta: 07 de mayo 2018].
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2017): *Informativo 887 del STF*. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=5823&numero=887&pagina=1&base=INFO>>. [Fecha de consulta: 14 de abril 2019].
- BRENNER, Saul y WHITMEYER, Joseph M (2009): *Strategy on the United States Supreme Court* (Nova York, Cambridge University).
- CALDEIRA, Gregory A. y WRIGHT, John R (1988): "Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court". En *American Political Science Review, Washington*, N° 82, pp. 1109-1127.
- CARDOZO, Benjamin N (2005): *The nature of the judicial process* (Nova York, Dover Publications).
- Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal Brasileño).
- Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689/1941 (Código Proceso Penal Brasileño).
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constitución de la República Federativa del Brasil o Constitución Brasileña).
- CORAM, Bruce Talbot (1995): "Second best theories and the implications for institutional design". En GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 90-102.
- COX, Adam y MILES, Thomas (2008): "Judging the Voting Rights Act". En *Chicago Unbound, University of Chicago Law School*, Año 108, N°. 1, enero de 2008, pp 1-54. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8033&context=journal_articles>. [Fecha de consulta: 30 de junio de 2018].
- CRITIN, J. y EGAN, P. J. (2009): "Opinion leadership, backlash, and delegitimation: Supreme Court rulings and public opinion". En *Social Science Research Network*, agosto 2009. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443631>. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2018].
- CROSS, Frank B. y NELSON, Blake J. (2001): "Strategic institutional effects on Supreme Court decision making". En *Northwestern University Lae Review*, Año 95, pp. 1437-1493.

- CROSS, Frank P. y TILLER, Emerson H (1998): "Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistleblowing on the Federal Courts of Appeals". En *Yale Law Journal*, Yale University, Año 7, N°107, pp. 2155-2176.
- DAHL, Robert (1957): "Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker". En *Journal of Public Law*, Año 6, pp. 279-295.
- EASTON, David (1975): "A re-assessment of the concept of popular support". En *British Journal of The Politics Science*, West Nyack, Año 5 N° 4 (oct., 1975), pp. 435-457.
- EGAN, Patrick J. y CITRIN, Jack (2009): "Opinion leadership, backlash, and delegitimation: supreme court rulings and public opinion". En *Social Science Research Network*, Rochester, agosto de 2009. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1443631>>. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2018].
- ELSTER, Jon (2007): *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences* (Nova York, Cambridge University).
- ELSTER, Jon (1986): "Introduction". En ELSTER, Jon. *Rational choice* (Nova York, New York University), pp. 1-33.
- EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack (1995): "Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court". En *Political Science Paper*, n. 275. Disponible en: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. [Fecha de consulta: 30 de junio de 2018].
- EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack (1998): *The choices justices make* (Washington, CQ Press).
- FRANK, Jerome (1949a): "Are judges human?". En FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice* (Nova Jersey, Princeton University Press).
- FRANK, Jerome (1949b): "Justice and emotions". En FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice* (Nova Jersey, Princeton University).
- FRIEDMAN, Barry (2003): "Mediated popular constitutionalism". En *Michigan Law Review*, N°. 101, pp. 2596-2636.
- FRIEDMAN, Barry (2004): "The importance of being positive: the nature and function of judicial review". En *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, N° 72, pp. 1257-1305.
- FRIEDMAN, Barry (2005): "The politics of judicial review". En *Texas Law Review*, Austin, N°. 84, pp. 257-339.

- FRIEDMAN, Barry (2009): *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution* (Nova York, Farrar, Strauss e Giroux).
- GARCIA, Gustavo; CALGARO, Fernanda; MATOSO, Filipe; LIS, Laís y RODRIGUES, Mateus (2016): "Senado aprova impeachment, Dilma perde mandato e Temer assume". En *G1, Política*, agosto de 2016. Disponible en: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/senado-aprova-impeachment-dilma-perde-mandato-e-temer-assume.html>>. [Fecha de consulta: 15 de mayo 2018].
- GREENHOUSE, L (2005): *Becoming Justice Blackmun: Harry's Blackmun's Supreme Court Journey* (New York, Times Books).
- GROSSMAN, Joel B (1966): "Social backgrounds and judicial decision-making". En *Harvard Law Review, Cambridge*, N° 79, pp. 1551-1564.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr. (1897): "The path of the law". En *Harvard Law Review, Cambridge*, Año 10, p. 457-478.
- KLARMAN, M. J. (1994): "How Brown changed race relations: the backlash thesis". En *The Journal of American History, Oxford University*, Año 81 N°1 (jun., 1994), pp. 81-118.
- LAIN, Corinna Barrett (2012): "Upside-down judicial review". En *Social Science Research Network, Rochester*, enero de 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1984060>>. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2018].
- LIPPMAN, W (2008): *Opinião pública* (Petrópolis, Editora Vozes).
- LLEWELYN, Karl N (1960): *The common law tradition: deciding appeals* (Boston, Little, Brown and Company).
- MARSHALL, T. R. (1989): *Public opinion and the Supreme Court* (Boston, Unwin Hyman).
- MARSHALL, T. R. (2008): *Public opinion and the Rehnquist Court* (New York, University of New York Press).
- MARTIN, Andrew D. et al (2004): "Competing approaches to predicting Supreme Court decision-making". En *Perspectives on Politics*, New York, Año 2 N°4, pp. 761-767.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos (2015): *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal* (Rio de Janeiro, Forense).

- MELLO, Patrícia Perrone Campos y BAQUEIRO, Paula Andrade (2018): "Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal". En *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Centro Universitário de Brasília, Año 8, N° 1, abril de 2018, pp. 668-690.
- MILES, Thomas J. y SUNSTEIN, Cass R (2006): "Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron". En *University of Chicago Law Review*, Chicago, Año 73, pp. 823-878.
- MORETZOHN, S (2002): *Jornalismo em tempo real: O fetiche da velocidade* (Rio de Janeiro, Revan).
- PERESIE, Jennifer (2005): "Female judges matter: gender and collegial decision-making in the Federal Appellate Courts". En *Yale Law Journal*, New Haven, N° 114, Vol. 7, mayo de 2005, pp. 1759-1790. Disponible en: <<https://www.yalelawjournal.org/note/female-judges-matter-gender-and-collegial-decisionmaking-in-the-federal-appellate-courts>>. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2018].
- PETTIT, Philip (1996): "Institutional design and rational choice". En GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design* (New York, Cambridge University), pp. 54-89.
- PINELLO, Daniel R (1999): "Linking party to judicial ideology in American courts: a meta-analysis". En *The Justice System Journal*, Denver, Año 20 N°3, pp. 219-254.
- POSNER, Richard (1993): "What do judges maximize? (the same thing everybody else does)". En *Supreme Court Economic Review*, New York, N° 3, pp. 1-41.
- POSNER, Richard (2008): *How judges think* (Cambridge, Harvard University).
- REVESZ, Richard L (1997): "Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit". En *Virginia Law Review*, Charlottesville, Año 83, N°8, pp. 1717-1772.
- SEGAL, Jeffrey A. y COVER, Albert D (1989): "Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court Justices". En *American Political Science Review*, Washington, Año 83, N°2 (jun., 1989), pp. 557-565.
- SEGAL, Jeffrey A. y EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. (1995): "Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited". En *Journal of Politics*, West Nyack, Año 57, N°3 (Agosto 1995), pp. 812-823.
- SEGAL, Jeffrey A. y SPAETH, Harold J. (2002): *The Supreme Court and the attitudinal model revisited* (Nova York, Cambridge University).
- SISK, Gregory C. y HEISE, Michael (2005): "Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures". En *Northwestern University Law Review*, Chicago, Año 99, N°2, pp. 743-804.

- SISK, Gregory C. y HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P (1998): "Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning". En *New York University Law Review*, New York, Año 73, N°5, pp. 1377-1500.
- SOLBERG, Rorie Spill (2006): "Activism, Ideology and Federalism: Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court". En *Journal of Empirical Legal Studies*, Oxford, Año 3, N° 2, p. 237-261.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira y SARMENTO, Daniel (2007): *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas* (Rio de Janeiro, Lumen Juris).
- SPILLER, P. T.; TILLER, E. H. y EMERSON, H. (1996): "Invitations to override: congressional reversals of Supreme Court decisions". En *International Review of Law and Economics*, Año 16, pp. 503-521.
- SUNSTEIN, C. R.; SAWICKI, A.; ELLMAN, L. M. y SCHKADE, D. (2006): *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary* (Washington, Brookings Institution).
- SUNSTEIN, Cass R y MILES, Thomas J. (2006): "Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron". En *University of Chicago Law Review*, Chicago, Año. 73, pp. 823-848.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel (1986): "The framing of decisions and the psychology of choice". En ELSTER, Jon. *Rational choice* (New York, New York University Press).
- WHITTINGTON, Keith (2003): "Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review". *ICON, Oxford University Press and New York University School of Law*, Año 1, N° 3, pp. 446-474. Disponible en: <http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf>. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2018].

Jurisprudencia Citada

- Associação dos Magistrados Brasileiros con Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte* (juicio no concluido): Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5823 Medida Cautelar (ADI 5823 MC), relator Ministro Marco Aurélio. Disponible en: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5316137>>. [Fecha de consulta: 13 de abril de 2019].
- Associação dos Magistrados Brasileiros con Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (juicio no concluido): Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5824 Medida Cautelar (ADI 5824 MC), relator Ministro Edson Fachin. Disponible en: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5316137>>. [Fecha de consulta: 13 de abril de 2019].

Associação dos Magistrados Brasileiros con Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso (juicio no concluido): Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5825 Medida Cautelar (ADI 5825 MC), relator Ministro Edson Fachin. Disponible en: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5316137>>. [Fecha de consulta: 13 de abril de 2019].

Ministério Público Federal con Aécio Neves da Cunha (2017). Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar 4327 (AgR no Terceiro no AgR AC 4327), redactor Ministro Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 27 de octubre de 2017.

Partido Progressista y Partido Social Cristão (2017): Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5526 (ADI 5526), redactor Ministro Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 11 de octubre de 2017.

Procurador-Geral da República con E.C.D.C. (2016): Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4070 (AC 4070), relator Ministro Teori Zavasci. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 21 de octubre de 2016.

Rede Sustentabilidade con Presidente da Câmara dos Deputados (2017): Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 (ADPF 402), redactor Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 01 de febrero de 2017.