

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y ACTIVISMO JUDICIAL EN BRASIL

JUDICIALIZATION OF POLICY AND JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Patricia Schoeps da Silva*

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2018.

Fecha de aceptación y versión final: 28 de agosto de 2018.

Resumen

Este trabajo pretende estudiar los conceptos y características generales de los fenómenos de la judicialización de la política y del activismo judicial. El desarrollo empieza por la contextualización de estos fenómenos, que se da en el ámbito del Estado democrático de derecho, y el papel de la judicatura en este nuevo escenario político. Enseguida, buscamos una definición adecuada para las expresiones “judicialización de la política” y “activismo judicial”, así como sus posibles causas.

Al final nos dedicamos a analizar un caso que ilustra el fenómeno de la judicialización de la política y del activismo judicial, seguido de las conclusiones finales.

Abstract

This paper aims to study the concepts and general characteristics of the phenomena of judicialization of politics and judicial activism. The development begins with the contextualization of these phenomena, which occurs within the scope of the democratic state of law, and the role of the judiciary in this new political scenario.

* Maestra en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca, España; Maestra en Ciencias Humanas y Sociales por la Universidad Federal del ABC, Brasil; Especialista en Derecho Constitucional, y Abogada en San Pablo, Brasil.

Patricia Schoeps da Silva

We then look for an adequate definition for the expressions “judicialization of politics” and “judicial activism”, as well as their possible causes.

In the end, we analyze a case that illustrates the phenomenon of the judicialization of politics and judicial activism, followed by the final conclusions.

Conceptos clave: Poder Judicial, Estado democrático de derecho, Judicatura, Política, judicialización, activismo.

Keywords: Judicial Power, Democratic state of law, judiciary, Politics, judicialization, activism.

* Maestra en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca, España; Maestra en Ciencias Humanas y Sociales por la Universidad Federal del ABC, Brasil; Especialista en Derecho Constitucional, y Abogada en San Pablo, Brasil.

1. Introducción

Diríase que para un magistrado es más difícil mantener su independencia en tiempos de libertad que en tiempos de tiranía.

En régimen de tiranía el juez, si está dispuesto a ceder, lo hace en una sola dirección. La elección es simple: servilismo o conciencia.

Pero en tiempos de libertad, cuando distintas corrientes políticas soplan de todos los lados, el juez se encuentra expuesto como el árbol en la cumbre de la montaña. Si el tallo no es sólido, corre el riesgo de inclinarse al soplo de cada uno de los vientos.

Ya Piero Calamandrei escribía sobre el fenómeno de las influencias recíprocas entre política y judicatura, inspirado principalmente por el régimen fascista vigente en Italia a la época de sus escritos.

Con efecto, es difícil definir cuáles son los límites entre la actividad judicial y la política, y hasta qué punto la primera está influida por la segunda, o viceversa.

La judicialización de la política es tema recurrente en estudios científicos, especialmente por sus efectos tanto en la sociedad cuanto en las teorías clásicas de la separación de poderes.

Podríamos estudiar diversos aspectos de este fenómeno dada su amplitud, desde asuntos penales hasta el derecho electoral, a partir de la legitimidad democrática de los jueces en la aplicación de las normas programáticas constitucionales.

Sin embargo, el objetivo no es agotar el asunto, extremadamente multifacético, sino aportar una aproximación inicial del tema, buscando los conceptos y características generales de estos fenómenos.

Así, el desarrollo de este ensayo empieza por la contextualización del fenómeno de la judicialización de la política, que se da en el ámbito del Estado democrático de derecho, y el papel de la judicatura en este nuevo escenario político.

Enseguida, buscamos una definición adecuada para las expresiones “judicialización de la política” y “activismo judicial”, así como sus posibles causas.

Al final nos dedicamos a analizar un caso que ilustra el fenómeno de la judicialización de la política y del activismo judicial.

2. El papel de la judicatura en el Estado democrático de derecho: breve revisión histórica

El análisis institucional del Poder Judicial y sus atribuciones, está ligado indisolublemente al liberalismo y a las teorías de control y limitación del

poder estatal por la soberanía popular, formuladas por Locke y Montesquieu en el contexto de las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

En la revisión de la literatura de separación de los poderes, el objetivo del Estado es garantizar a los individuos el goce de la libertad civil de forma pacífica, evitando el abuso de las prerrogativas que se le atribuyen a tal fin, siendo la ley el instrumento fundamental para crear el equilibrio en las relaciones sociales.

Este equilibrio sólo es posible cuando las funciones estatales como legislar, ejecutar y juzgar, se atribuyen a actores distintos y coordinados para evitar la concentración del poder, creando un control mutuo entre ellos, bautizado por Montesquieu como sistema de frenos y contrapesos, y que caracteriza y define lo que conocemos hoy por Estado de derecho.

A partir de este momento se puede hablar del Poder Judicial como un poder de Estado formalmente constituido, cuya principal característica es la independencia en relación con los demás poderes, garantizando que sus decisiones estén exentas de presiones e intereses políticos y sigan estrictamente los dictámenes legales.

En el modelo romano-continental, e incluso como consecuencia del advenimiento de los derechos fundamentales de segunda generación y de la necesidad de implementarlos, el Poder Ejecutivo creció exponencialmente durante el siglo XIX y parte del siglo XX, al punto de que su burocracia se identificaba con el propio Estado (concebida por Max Weber como Administración Pública), superponiéndose en fuerza e importancia al Poder Judicial y al Legislativo.

Desarrollándose en la sombra del Ejecutivo y desprovisto de la representatividad producida por la elección popular, el Poder Judicial pasó a ser visto como heraldo de los intereses de los grupos dominantes, insensible a las transformaciones sociales, políticas y económicas, llegando al siglo XX como una institución anacrónica, excesivamente burocratizada y ajena a las innovaciones.

Este escenario se modifica después de la Segunda Guerra Mundial, principalmente en función de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado, período en que se promulgan nuevas constituciones, cuya principal característica es la garantía de los derechos fundamentales y la creación del control de constitucionalidad de las leyes, dando inicio al movimiento que se conoció como neoconstitucionalismo.

Gradualmente, durante la segunda mitad del siglo XX, el Poder Judicial se vio impulsado a adoptar nuevos parámetros interpretativos y nuevos desarrollos teóricos, que se basan en los textos constitucionales surgidos en la posguerra,¹ creados justamente para contener el avance de tendencias totalitarias y del poder desmedido del Estado intervencionista.

Esta ola de constitucionalización trae consigo una nueva teoría sobre el derecho, consagrada en la literatura como “Teoría Crítica del Derecho”. Tal construcción, empática con la teoría marxista, ve en el derecho una función ideológica, a través de la cual actúan las relaciones de poder en la sociedad, disfrazadas por el discurso jurídico de forma que se transmutan en conflictos interpersonales, desprovistos de carácter colectivo. Esto implica rechazar la cientificidad pura y la neutralidad política que hasta entonces caracterizaban a las doctrinas sobre el derecho (específicamente la corriente iuspositivista), admitiendo que éste es otro instrumento de sujeción manejado por la clase dominante.²

Este nuevo momento constitucional se caracteriza también por profundas transformaciones en el concepto de Constitución, que según Santiago Sastre Ariza,³ significa un nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de derecho, dotado del elemento base que permite incluirlo como una fase del desarrollo del constitucionalismo: la limitación del ejercicio del poder a través de la garantía de derechos fundamentales y de la organización básica del Estado.

En el mismo sentido, Ana Paula de Barcellos⁴ afirma que el neoconstitucionalismo se basa en tres premisas, desde el punto de vista metodológico-formal: la normatividad de la Constitución, que deja de ser un documento meramente declaratorio y pasa a tener fuerza jurídica vinculante,

dotada de efectividad; la superioridad de la Constitución, lo que determina la invalidez de todas las demás normas que no guardan relación con ella, y la centralidad de la Constitución en los sistemas jurídicos, significando que todas las normas del ordenamiento jurídico deben guardar relación y obediencia con aquella.

Este ciclo de creación de textos constitucionales alineados con la defensa de los derechos fundamentales y con la democratización del Estado, tuvo su culminación en Brasil con la promulgación de la Constitución Federal de 1988 (CF88), calcada fuertemente en el garantismo de los derechos fundamentales, como resultado de la lucha intensa de los movimientos sociales, silenciados en el periodo inmediatamente anterior de la dictadura militar brasileña (1964-1985).

En el marco de la CF88, el Poder Judicial brasileño gana un diseño institucional diverso de los anteriores, asumiendo una cara verdaderamente política y no meramente técnica, lo que a veces acaba por colocarlo en posición antagónica con los demás poderes, acentuando las asimetrías ya existentes en sus relaciones.

En el nuevo entorno institucional brasileño creado por la Constitución de 1988, la judicatura tiene un papel fundamental en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos y al control de los otros poderes políticos, es decir, es uno de los ejes del equilibrio político entre los poderes del Estado y el principal defensor (o así debería serlo) de las libertades ciudadanas contra el arbitrio estatal.

Por lo tanto, no es casualidad que la judicatura posea garantías para su libre ejercicio, tales como la inamovilidad y la vitaliciedade.

Las garantías de la judicatura tienen por principal finalidad asegurar la independencia del juez, especialmente en lo que refiere al control de los otros poderes de Estado, y es ahí que empieza la discusión sobre el activismo judicial y la judicialización de la política.

Esto porque es cada vez mayor la presencia del Poder Judicial en cuestiones que afectan la vida política del Estado, y no sólo en la resolución de conflictos privados.

Por supuesto, es redundante hablar de juicio político, ya que el juez no escapa de tal juicio simplemente porque tiene también, además de la formación jurídica, una formación política individual, la cual tendrá influencia en cualquier actividad que desarrolle.

Pero a la vez que esta influencia fue duramente rechazada durante mucho tiempo (principalmente por las concepciones liberales, de que el juez debería ser “la boca de la ley”), hoy es aceptado que la actividad judicial es esencialmente interpretativa y creativa del propio derecho, es decir, una actividad fundamentalmente política.

Ahora, además de este matiz individual sobre la judicatura, centraremos nuestro estudio en la actividad judicial que interfiere en cuestiones clásicamente asignadas a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Las asimetrías quedan evidentes cuándo alteran la forma de funcionamiento de los subsistemas de aquellos otros dos poderes, que se ven obligados a allegarse de medios jurídico-procesales para evitar o postergar el cumplimiento de una orden judicial (con la interposición de recursos al agotamiento), o a modificar una planificación presupuestaria para atenderla (como en los casos de suministro de medicación importada).

En tales circunstancias, el Poder Judicial asume el papel de protagonista en las democracias —incipientes o consolidadas—, dada la importancia de su actuación, la cual puede mejorar o empeorar la calidad democrática de un Estado.

3. Judicialización de la política y activismo judicial

Por el principio de la indispensabilidad de la jurisdicción, previsto en el artículo 5° inciso XXXV de la CF88, el Poder Judicial pasó a conocer de los más variados conflictos, que antes ocupaban apenas la arena política, ganando notoriedad por sus decisiones sobre las políticas públicas, y también por la fiscalización ejercida sobre los demás poderes en el marco del sistema de frenos y contrapesos.

En lo que se refiere al control de constitucionalidad, la CF88 consagró el sistema híbrido de revisión constitucional de las leyes y actos normativos

emanados del Legislativo, mezclando características del modelo difuso y del modelo concentrado, además de atribuir a diversos actores políticos la posibilidad de ajusticiar acciones con vistas a declarar la inconstitucionalidad o constitucionalidad de aquellos actos.⁵

Al atribuir tales funciones al Poder Judicial, se puede afirmar que el propio poder constituyente lo llamó a participar activamente y de forma determinante en la vida política del país, retirándolo de la condición de poder meramente reactivo y vulnerable a la influencia del Ejecutivo.

Además de estos dos ejemplos, tras la promulgación de la CF88 se crearon diversos mecanismos jurídicos que posibilitan la presentación en juicio de asuntos relativos a la implementación de políticas públicas en salud, educación, seguridad pública y de temas afectos al juego político, como la posibilidad del candidato acusado de crimen de responsabilidad para participar de las elecciones, la cuestión de la fidelidad partidaria de los parlamentarios, y otros asuntos que antes estaban restringidos a la deliberación exclusiva del Congreso Nacional.

El principal de estos instrumentos es la Acción Civil Pública (ACP), categoría procesal de importancia impar para llevar al conocimiento del Poder Judicial cuestiones relativas a las políticas públicas y a las propias decisiones tomadas por la Administración Pública, ya que la principal característica de la ACP es viabilizar la protección de los derechos difusos y colectivos, algo más difícil cuando se utilizan las acciones individuales.

Como consecuencia, esta inserción del Poder Judicial en el escenario político puso en evidencia el fenómeno de la judicialización de la política, verificable también en diversos otros países, y que en Brasil se volvió polémico por sus efectos en las relaciones entre los poderes, dándole causa a una “mutação constitucional na cena republicana”,⁶ como afirma Luiz Werneck Viana.⁷

Tate y Vallinder,⁸ en una obra paradigmática sobre el asunto, afirman que la judicialización de la política tiene dos significados: uno como el proceso a través del cual tribunales y jueces son llamados a decidir sobre políticas públicas que fueron anteriormente realizadas por el mismo gobierno o aprobadas por el legislativo; el otro sentido posible para la judicialización

Judicialización de la política y activismo judicial en Brasil

de la política es la aplicación de métodos y procedimientos casi judiciales a procesos de negociación y toma de decisión en ámbitos no judiciales.

El fenómeno de la judicialización tendría al menos tres orígenes posibles:

- El proceso de redemocratización del país, que aseguró las garantías de la judicatura y generó una mayor independencia al Poder Judicial, además de fomentar el aumento de demandas;

- La constitucionalización del ordenamiento jurídico, proceso que además de insertar en la Constitución diversas materias antes asignadas a los otros poderes, lleva a la “impregnación” de todo el ordenamiento jurídico por las normas constitucionales, y acaba por tornar justiciables un mayor número de cuestiones, y

- El sistema de control de constitucionalidad vigente en Brasil, el cual mezcla el sistema europeo-continental (concentrado) y el norteamericano (incidental y difuso), y torna amplísima la posibilidad de que cualquier cuestión sea llevada al Supremo Tribunal Federal (STF).

En pocas palabras, Boaventura de Souza Santos dice que “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política”.⁹

El profesor de Coímbra afirma que hay dos tipos de judicialización de la política, un tipo de baja intensidad y otro de alta intensidad. La judicialización de alta intensidad se refiere a la resolución de conflictos de la clase política, incapaz de resolverlos por sí sola, y que se aprovecha de la exposición del adversario para que esto lo enflaquezca políticamente. Se cite como ejemplo la petición ante el Supremo Tribunal Federal en los casos en que hay vicio formal en proyectos de ley, oriundo de la no observancia del Reglamento Interno de la Casa en que se tramita.¹⁰

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño sigue siendo tímida en admitir el control de constitucionalidad preventiva del proceso legislativo por ofensa al Reglamento Interno de las casas legislativas, siendo el principio de la separación de los poderes y la imposibilidad de

apreciación de cuestiones *interna corporis* las principales razones para el rechazo de acciones intentadas contra actos que incumplen el procedimiento legislativo regimental.

Sin embargo, se verifica poco a poco un cambio de mentalidad de los ministros de esta Corte, al admitirse, al menos, la petición jurisdiccional de los actos practicados en el proceso legislativo, tal como expuso el Ministro Celso de Mello:

[...] Já tive o ensejo de enfatizar, Senhor Presidente, em decisões proferidas nesta Suprema Corte (MS 23.565/DF, Rel. Min. Celso de Mello – MS 24.645-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*), que o processo de formação das espécies normativas, ainda que em caráter excepcional, revela-se suscetível de controle pelo Poder Judiciário, sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional.

Esse processo de positivação do direito subordina-se a esquemas rigidamente previstos e disciplinados na Constituição. Em consequência, a observância das normas constitucionais condiciona a própria validade formal dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo (Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 166, 1934; Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, vol. I/433-434, 1949; Julien Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 330, 1947; A. Esmein, *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, vol. I/463, 1927; Serio Galeotti, *Contributo Allá Teoria del Procedimento Legislativo*, p. 241).

A partir disso, torna-se possível, em princípio, o controle jurisdiccional do processo de criação dos atos normativos. Essa intervenção judicial no procedimento de elaboração das normas que emanam do Congresso Nacional destina-se, respeitados os aspectos discricionários concernentes às *political questions* e aos atos *interna corporis* (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 – RTJ 112/1023 – RTJ 169/181-182), a garantir, de modo efetivo, a supremacia da Constituição.

Judicialización de la política y activismo judicial en Brasil

A sindicabilidade jurisdiccional do iter formativo dessas espécies estatais, ainda que vinculada à observância de rígidos pressupostos, tem sido admitida tanto pela doutrina (Hely Lopez Meilhes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª Ed., p. 609, 1992, Malheiros Editores) quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 193/454 – RT 258/251 – RT 274/748 – RT 321/438 – RDA 49/199 – RDA 54/166 – RDA 84/173).

Sabemos, Senhor Presidente, que mesmo as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, no que se refere à análise de seu conteúdo material e no que concerne ao exame dos pressupostos de sua formação.

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade reformadora e no desempenho de sua função legislativa, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário, que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, par. 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar [...]

A la otra mano, la judicialización de baja intensidad ocurre por la investigación y juzgamiento aislados de miembros de la clase política (generalmente en casos de corrupción). Es el caso, por ejemplo, de las comisiones parlamentares de averiguación, compuestas por los propios parlamentares para investigar y juzgar a sus pares.

Se trata de la adopción de la lógica judicial por los demás Poderes, fenómeno que ocurre también en otros campos, como en el proceso administrativo, que pasa a exigir garantías típicamente judiciales para su validez, como el respeto al debido proceso legal y a los principios del contradictorio y de la amplia defensa.

En el caso de que se trate de un fenómeno que demuestra un aumento en la importancia del Poder Judicial en el sistema político, la judicialización

de la política también manifiesta la actual crisis de legitimidad que asola al Poder Legislativo y, en menor escala, al Ejecutivo, ambos blancos de una profunda incredulidad por parte de la población en general y acusados genéricamente de faltar con la “voluntad política” para realizar sus funciones.

Por un lado, cuestiones viscerales como la unión homoafectiva y el aborto de feto anencefálico, emigran de la arena política hacia los arcos judiciales, ante la dificultad de que el Legislativo lleve a cabo un consenso sobre cuestiones tan polémicas. Aunque se argumente por la función de intérprete máximo y guardián de la Constitución, lo que legitima al STF a decidir los llamados *hard cases*, eso no informa el hecho de que estas mismas cuestiones dejaron de ser definidas en el ámbito del Poder Legislativo, espacio que es naturalmente más permeable al debate público y a la participación popular, incluso por ser constituido a través de la elección directa de sus miembros.

De otro lado, la actuación del Poder Ejecutivo se ve superpuesta por decisiones judiciales que le impone la consecución de políticas públicas que, aunque indiscutiblemente necesarias para el bienestar social y desarrollo humano de forma satisfactoria, son analizadas y definidas por apenas una persona —el juez— y tan solo bajo la óptica jurídica, ya que sería humanamente imposible a un único magistrado conocer todos los aspectos que determinan la realización de tal tarea, como costos, presupuesto público, cuestiones técnicas y la necesidad de negociación y consenso en torno a la política en cuestión.

Antoine Garapon,¹¹ más allá de las modificaciones institucionales, busca los orígenes de la judicialización de la política en la transformación de la propia estructura del sistema democrático, como consecuencia de la crisis de credibilidad que sufren actualmente las instancias políticas y de un proceso social y cultural más amplio, de exacerbación del individualismo, creando lo que denomina “democracia jurídica”.

Para este autor, el poder político es incapaz de gestionar la complejidad y diversidad de la sociedad democrática actual, revelando la búsqueda por

la justicia como un sentido de reorientación del individuo que, desacreditado de la política, tiene en el juez un referencial para su ciudadanía.

En este punto, cabe resaltar el papel del Ministerio Público, cuyas atribuciones institucionales previstas en la CF88 lo colocan como verdadero agente político de la ley,¹² un puente entre la política y la jurisdicción.

La tendencia de apertura del Poder Judicial para una gama de conflictos más allá de los privados y la valoración del individuo en detrimento del colectivo, resultan en el protagonismo del proceso judicial como espacio público para la solución de problemas que antes tocaban la política.

Sin embargo, el proceso judicial, aún muy afecto a los conflictos privados, con su lógica binaria que reduce la relación a autor/reo, culpable/inocente, víctima/agresor, polariza los intereses y transforma la cuestión en un embate en el cual el desenlace de vencedor/vencido es cierto, eliminando la posibilidad de consenso alrededor a la decisión.

No obstante, la moderna teoría procesal se está desarrollando para abarcar conflictos de naturaleza colectiva, y para que otros medios de solución alternativa sean más utilizados (como la conciliación, la mediación y el arbitraje), dado que el proceso produce un resultado verticalizado, de arriba hacia abajo, del juez a las partes, enfatizando la carencia de diálogo y consenso entre ellas.

Garapon continúa, alertando sobre el riesgo de juridicidad excesiva de la democracia, llevando a una despolitización de la sociedad, que se ve cada vez más dependiente de la palabra de alguien colocado como el nuevo guardián de la virtud pública, en este caso, el juez.

En lo que toca al activismo judicial, Luís Roberto Barroso enseña que es un fenómeno anterior a la judicialización, aproximados, pero sustancialmente diferentes. Para este autor,

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo —em cujo âmbito se encontram

o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Ya “a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

El activismo judicial es una verdadera actitud por parte de la judicatura, una postura deliberada cuando de la aplicación de los preceptos constitucionales, según Barroso, se manifiesta de las siguientes formas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

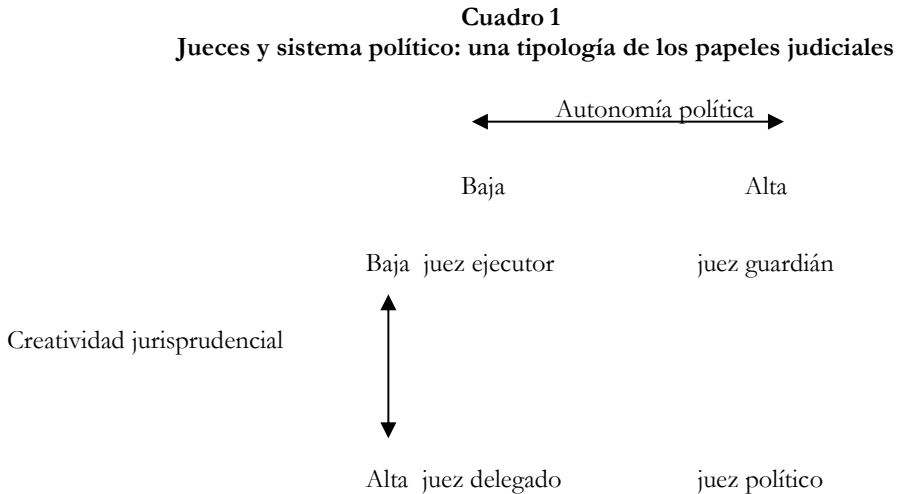
O sea, de acuerdo con los conceptos propuestos por Luís Roberto Barroso, la judicialización de la política es un fenómeno que deriva del propio modelo normativo constitucional adoptado, una consecuencia de las demandas que llegan al Poder Judicial por las manos de los ciudadanos o de los otros poderes de Estado (por supuesto, el Poder Judicial brasileño sólo actúa cuando es provocado, es decir, obedece al principio de inercia).

Los orígenes del activismo judicial provienen de la Suprema Corte estadounidense, tribunal involucrado en cuestiones políticas desde su creación (además de ser esa su principal función).

Judicialización de la política y activismo judicial en Brasil

Así que el activismo judicial no es típico de la tradición jurídica europea continental, siendo más bien “adquirida” de la tradición anglosajona, ya muy familiarizada con este modelo de actuación judicial, y se relaciona mucho más con los niveles de autonomía y creación judicial.

Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli elaboraron una tipología de la actuación del juez, según el grado de autonomía política y de creatividad jurisprudencial, tal como se muestran en el cuadro siguiente:



La autonomía política se refiere a la posibilidad del juez de interpretar la ley libremente, de valorar los preceptos según su propio arbitrio, sin seguir orientaciones de otros actores políticos, externalizada a través de la creación jurisprudencial; la conjugación de los dos ejes lleva a grados más o menos expresivos de activismo judicial.

Así, el juez ejecutor sería aquel con bajo grado de autonomía y de creación jurisprudencial, la “boca de la ley” según la concepción liberal, cuya función es en su esencia descifrar la “voluntad del legislador”.

Patricia Schoeps da Silva

En el otro extremo, el juez político tiene alta autonomía política y alta creación jurisprudencial, es decir, tiene la posibilidad de interpretar libremente la ley y adentrarse en cuestiones muy diversas, lo que caracteriza grados más expresivos de activismo.

Esto puede significar una actuación más incisiva de la judicatura, que muchas veces invade competencias asignadas al Ejecutivo o Legislativo.

Principalmente tras los regímenes autoritarios vigentes en diversos países europeos y latinoamericanos en el siglo XX, se percibió la necesidad de un Poder Judicial independiente, es decir, comprometido con la defensa de los derechos de los ciudadanos y con el control de los otros poderes estatales, y no cercado y presionado por los intereses del régimen del momento.

Entre tanto, si hay espacio para que el Poder Judicial actúe en referidas competencias, esto también puede significar una debilidad de los otros poderes, que no están cumpliendo satisfactoriamente con sus funciones.

O sea, el activismo judicial y la judicialización de la política serían, en verdad, fenómenos que denuncian un cambio en el desarrollo de la democracia, en la medida que se confiere salvaguarda a los derechos de los ciudadanos y al control político por vías tangenciales a la separación de poderes clásica.

A fin de ilustrar esta situación, hacemos en el subtítulo cuatro el análisis de una sentencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, para al final sacar nuestras conclusiones.

4. Análisis de caso

Proteção Integral à Infância e à Juventude - Omissão do Poder Público - Política Pública Delineada na Constituição - Legitimidade do Controle Jurisdicional das Omissões Estatais (Transcrições)

RE 482611/SC*

RELATOR: MIN. Celso de Mello

Judicialización de la política y activismo judicial en Brasil

Ementa: crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de *proteção integral* à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao poder público. *Programa Sentinela–Projeto Acorde*. Inexecução, pelo município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da *reserva do possível* sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica *o mínimo existencial* (RTJ 200/191-197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). Recurso extraordinário do Ministério Público estadual conhecido e provido.

**Decisão publicada no DJE de 7.4.2010*

Se trata del control de constitucionalidad difuso e incidental, llevado al conocimiento del Supremo Tribunal Federal por la vía del recurso extraordinario, por violación del artículo 227 de la Constitución Federal brasileña, norma típicamente programática con eficacia jurídica.¹³

Lo que se cuestiona es la omisión del gobierno del municipio de Florianópolis/SC en cuanto a la implementación de programa asistencial a niños y jóvenes víctimas de abuso sexual.

La Corte adopta el entendimiento de que la ausencia de implementación del referido programa constituye una violación al artículo 227 de la Constitución, que prevé el deber del Estado de asegurar los derechos y la protección de niños y jóvenes.

Es una norma programática en la medida que determina al Estado la consecución de un programa, orientado a la construcción de una determinada sociedad —la propia Constitución prevé el tipo de sociedad que el legislador ordinario brasileño debe buscar.

Así, en esta sociedad ideada por el constituyente originario, los niños y los jóvenes, considerados personas más susceptibles a violaciones en sus derechos, deben tener atención especial del Estado, y esto incluye la promoción de políticas públicas destinadas a este fin.

El proyecto —cuya implementación se discute en el proceso en cuestión— es una política pública del municipio de Florianópolis/SC que daría plena eficacia a lo dispuesto en el artículo 227 de la Constitución.

Sin embargo, al no proceder a la implementación de este proyecto, el municipio fue omiso y esta omisión caracteriza una violación al artículo 227.

En este sentido, con el argumento de dar plena aplicación a un precepto constitucional, el tribunal brasileño termina por imponer al Poder Ejecutivo local la implementación de una política pública, lo que no cuadra en la teoría clásica de la separación de poderes.

Es un típico caso de judicialización de la política, en la medida que el Poder Judicial trata de cuestiones asignadas al Poder Ejecutivo, sea cual sea la implementación de política pública.

De otro lado, es también un caso de activismo judicial, ya que el tribunal interpreta la Constitución de forma para darle la máxima eficacia, aunque esto signifique la intromisión en competencias asignadas al Ejecutivo.

5. Conclusión

Tras el desarrollo del presente trabajo, concluimos que los fenómenos de la judicialización de la política y del activismo judicial son distintos, pero estrechamente relacionados, en la medida que ambos derivan de una mayor independencia del Poder Judicial.

Ello derivan igualmente de un cambio en el desarrollo del proceso democrático, con la progresiva pérdida de protagonismo por el Poder Legislativo, la ampliación del acceso al sistema de justicia y las disposiciones constitucionales que establecen un diseño institucional favorable a esta actuación más incisiva.

Creemos que estos fenómenos son, en cierta medida, benéficos al desarrollo de la democracia, siempre que busquen de forma sensata la protección de los derechos de los ciudadanos, a través del control de los poderes que previamente se exhibían como los únicos políticos.

Por supuesto, esta sensatez también depende en mucho de una actuación controlada de la judicatura, para que ésta tampoco se convierta en un poder tiránico.

Por fin, creemos que una actuación más efectiva, e indudablemente entrometida del Poder Judicial, viene a suplir las debilidades de los poderes Ejecutivo y Legislativo, que por diversas razones no cumplen a satisfacción sus competencias constitucionales, las cuales tampoco pueden quedarse en letra muerta.

Fuentes de información

ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário e Política no Brasil*, Sumaré/Educ, São Paulo, Idesp, 1997.

_____, *Ministério Público e Política no Brasil*, Sumaré/EDUC, São Paulo, Fapesp, 2002.

Patricia Schoeps da Silva

BARCELLOS, Ana Paula de, *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, disponible en el sitio web <https://bit.ly/2v58Nqo>, consultado el 8 de junio de 2018.

BARROSO, Luís Roberto, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, en *Revista Atualidades Jurídicas*, ed. n° 4, jan/fev 2009, disponible en el sitio web <https://bit.ly/2XkUKsZ>, consultado el 11 de junio de 2018.

CARBONELL, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996.

SASTRE ARIZA, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza, “A judicialização da política”, en *Público*, Coimbra, 2003, disponible en sitio web <https://bit.ly/2UFGMVr>, consultado el 13 de julio de 2018.

TATE, C. Neal, y VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, Nova York/Londres, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck, “A judicialização da Política”, en Avritzer, Leonardo (Coord.) *Dimensões Políticas da Justiça*, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2013.

¹ CARBONELL, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 9-11.

² BARROSO, Luís Roberto, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, en *Revista Atualidades Jurídicas*, ed. n° 4, jan/fev 2009, disponible en el sitio web <https://bit.ly/2XkUKsZ>, consultado el 11 de junio de 2018.

³ SASTRE ARIZA, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)...*, op. cit., p. 239.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de, *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, disponible en el sitio web <https://bit.ly/2v58Nqo>, consultado el 8 de junio de 2018.

⁵ ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário e Política no Brasil*, Sumaré/Educ, São Paulo, Idesp, 1997, p. 65.

⁶ “Mutación constitucional em la escena republicana”, en traducción libre.

⁷ VIANNA, Luiz Werneck, “A judicialização da Política”, en Avritzer, Leonardo (Coord.) *Dimensões Políticas da Justiça*, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2013, pp. 207-208.

⁸ TATE, C. Neal, y VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, Nova York/Londres, 1995, p. 28.

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza, “A judicialização da política”, en *Público*, Coimbra, 2003, disponible en sitio web <https://bit.ly/2UFGMvr>, consultado el 13 de julio de 2018.

¹⁰ El fundamento del manejo de la acción judicial en estos casos está en atribuir al Reglamento Interno el carácter de norma materialmente constitucional, aunque fuera del texto de la Constitución.

¹¹ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996, p. 51.

¹² ARANTES, Rogério Bastos, *Ministério Público e Política no Brasil*, Sumaré/EDUC, São Paulo, Fapesp, 2002, p. 115.

¹³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.