

Artículos

## ¿La defensa de los derechos justifica la politización de la justicia?

Does the defense of rights justify the politicization of justice?

*Helimara Moreira Lamounier Heringer*

*Universidad del Estado de Minas Gerais–UEMG, Brasil*

helimarah@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3593-5223>

Nuevo Derecho vol. 19 núm. 32 2023

Institución Universitaria de Envigado  
Colombia

Recepción: 19 Enero 2023  
Aprobación: 20 Abril 2023  
Publicación: 30 Junio 2023

**Resumen:** El presente trabajo cuestiona la razonabilidad del activismo judicial en la defensa de los derechos fundamentales, si puede ser utilizado para justificar la politización de la actividad judicial en Brasil, y si en alguna medida es beneficioso y no viola las libertades y garantías fundamentales. Se utiliza el método hipotético-deductivo y la investigación en libros, artículos científicos, legislación y jurisprudencia para analizar el proceso bilateral de judicialización de la política y politización de la justicia, con énfasis en el segundo aspecto, que ha desplazado el eje de fuerza entre los poderes del Estado, ya que está directamente vinculado al proceso de valorización de la adjudicación constitucional. y la valorización de las cortes supremas en el escenario político. Se evalúa la importancia del poder constituyente y su injerencia entre los poderes del Estado. Se busca establecer los límites de la politización de la justicia, analizando dos casos específicos en sentencias del Supremo Tribunal Federal sobre cuestiones relacionadas con los derechos de la mujer referidos al aborto y con los del anciano atinentes a la reincorporación, en los que el tribunal tomó rumbos distintos en cuanto al ejercicio de la actividad legislativa. De la investigación se puede concluir que el actual modelo constitucional y el activismo judicial estimulan la actividad legislativa del Poder Judicial, por regla general, guiada por el sesgo político de los actores involucrados, lo que compromete las bases de la democracia y da lugar a prácticas despóticas por parte de los tribunales.

**Palabras clave:** politización, judicialización, facultad de legislar, Supremo Tribunal Federal, adjudicación constitucional.

**Abstract:** This paper questions the reasonableness of judicial activism in the defense of fundamental rights, whether it can be used to justify the politicization of judicial activity in Brazil, and whether to some extent it is beneficial and does not violate fundamental freedoms and guarantees. The hypothetico-deductive method and research in books, scientific articles, legislation and jurisprudence are used to analyze the bilateral process of judicialization of politics and politicization of justice, with emphasis on the second aspect, which has shifted the axis of force between the powers of the State, as it is directly linked to the process of valorization of constitutional adjudication. and valorization of the supreme courts in the political scenario. The importance of the constituent power and its interference among the powers of the State is evaluated. It seeks to establish the limits of the politicization of justice, analyzing two specific cases in rulings of the Federal Supreme Court on issues related to women's rights concerning abortion and those of the elderly concerning reinstatement, in which the court took different directions in terms of the exercise of legislative activity. From the research it can be concluded that the current constitutional model and judicial activism stimulate the legislative activity of the Judiciary, as a rule, guided by the political bias of the actors

involved, which compromises the foundations of democracy and gives rise to despotic practices on the part of the courts.

**Keywords:** politicization, judicialization, legislative power, Supremo Tribunal Federal, constitutional adjudication.

## 1. Introducción

En las últimas décadas se ha observado un fenómeno muy peculiar en la estructuración del Estado, en todo el mundo. Especialmente en aquellas naciones donde la tripartición de poderes, entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial es el sello distintivo de la estructura estatal, lo que algunos teóricos han llamado el empoderamiento del Poder Judicial, a través del activismo jurídico, y la observancia de un fenómeno de bidireccionalidad: la politización del Poder Judicial y la judicialización de la política. La política aquí entendida como la disputa de fuerzas en busca del poder de dominación.

Es casi pacífico que este desplazamiento del eje de fuerza entre los poderes del Estado está directamente ligado a la potenciación de la Constitución como norma superior, y tiene su hito histórico al final de la Segunda Guerra Mundial con la aprobación del modelo jurisdiccional norteamericano. A juicio de Barroso (2008) este modelo jurisdiccional norteamericano, cuyo hito fue la decisión en *Marbury vs. Madison* y el período Warren Court, promovió el poder judicial a un lugar destacado y estimuló el activismo judicial a favor de los derechos fundamentales. Sin embargo, señala que, en un giro conservador, a medida que este modelo se ha extendido por el mundo, en Estados Unidos ha habido una creciente preocupación por los alcances de este activismo y se ha abogado por una interpretación más estricta de la Constitución y la autocontención del Tribunal Supremo. También argumenta Barroso (2008) que, en países de democratización tardía, con supremacía del Poder Ejecutivo y fragilidad representativa en el Legislativo, este activismo ha demostrado ser un poderoso instrumento para la realización de derechos y la promoción de avances democráticos.

El presente trabajo, basado en sentencias recientes del Supremo Tribunal Federal (STF), refleja hasta qué punto el activismo del Poder Judicial y la defensa de los derechos fundamentales pueden ser utilizados para justificar la politización de la actividad judicial en Brasil. ¿En qué medida la actividad legislativa del Poder Judicial es beneficiosa y no vulnera las libertades y garantías fundamentales?

Para responder a esta pregunta se analizan los fundamentos del poder de legislar y los elementos que le dan legitimidad a la actividad de producir normas jurídicas, en particular, el poder constituyente, además de los instrumentos estructurales de control de la actividad legislativa.

También se aborda el fenómeno recíproco de la judicialización de la política y la politización del Poder Judicial, a través del fortalecimiento de la relación entre las actividades políticas y jurisdiccionales y la creciente actividad política de los miembros del tribunal constitucional brasileño.

Finalmente, se busca establecer los límites de la politización de la justicia, analizando dos casos concretos en los que la Corte Suprema trata cuestiones que involucran derechos relacionados con las mujeres y los ancianos jubilados. En el primer caso, el tema del aborto, para el cual existe una ley establecida, y en el segundo, el derecho a renunciar a la jubilación para obtenerla en mejores condiciones, en Brasil, proceso conocido como “desaposentação” o “des-jubilación”, para el cual no hay nada en el ordenamiento jurídico que lo permita o prohíba. Las posiciones del stf en ambos casos permitirán analizar qué motiva y qué desalienta al tribunal constitucional a ejercer la actividad legislativa.

Así, el presente trabajo se propone, a través de la investigación doctrinal y legislativa, identificar las características de la actividad legislativa y el activismo practicado por el Poder Judicial brasileño. El método utilizado fue el hipotético-deductivo, y la investigación se basó en libros, artículos científicos, legislación y jurisprudencia.

## 2. El poder de legislar

Mucho se habla actualmente sobre el desequilibrio en la tripartición de los poderes del Estado. Hay una tendencia cada vez más acentuada en la injerencia de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, entre ellos, y esta injerencia gana cada vez más protagonismo en las noticias, mientras que la función principal de estos poderes pierde relevancia en el debate político cotidiano.

En el centro de la disputa entre los poderes del Estado está la autonomía y legitimidad para crear leyes, la capacidad de establecer normas generales para su futura aplicación. Esta capacidad de crear reglas y establecer preceptos que regirán el progreso y el rumbo que tomará la sociedad es lo que está en juego. La injerencia de un poder sobre el otro, o el exceso de uno de ellos en sus funciones, se produce por regla general en forma de normas generales o particulares dictadas por uno de los poderes, según el caso.

El establecimiento de organismos reguladores vinculados al Poder Ejecutivo, por ejemplo, le permite a este fijar reglas que servirán de base para el funcionamiento de un determinado sector de la sociedad. Al cuestionar estas normas el Poder Judicial, si en lugar de decidir y definir si son o no válidas con base en el ordenamiento jurídico vigente, determina el cumplimiento de nuevas normas para el sector especificado, tanto el Poder Ejecutivo como el Judicial están exorbitando sus funciones para asumir el poder de los poderes, que es legislar.

### 2.1. Legislación y legitimidad

La opinión de que el poder emana del pueblo es ampliamente aceptada en la política moderna. Y el poder constituyente es el que

mejor personifica esta facultad emanada de la sociedad. Loughlin (2012) caracteriza el concepto de este poder a través de la emanación de tres tipos de pensamiento jurídico: normativismo, decisionismo y relacionalismo.

Bajo el término normativismo, entiende el poder constituyente, con aspectos jurídicos de pensamiento positivista y antipositivista, conformado por la autonomía del ordenamiento jurídico.

El poder constituyente es un concepto político, pero también es un concepto de derecho público. [...] El normativismo asume un estado ya existente con una estructura de autoridad reconocida y aceptada. Es, por tanto, una expresión peculiarmente demacrada del pensamiento constitucional. En su variante positivista, postula o bien la existencia de un soberano con autoridad para que sus mandatos sean reconocidos como derecho, o bien una concepción del derecho puramente como sistema de normas autorizado por una norma fundante cuya autoridad se presupone como condición del pensamiento jurídico. En su variante antipositivista, este tipo de pensamiento jurídico se centra en la evolución moral de la legalidad como práctica social, pero evita decir nada sobre las condiciones políticas en las que se establece la autoridad constitucional (Loughlin, 2012, p. 7).

El decisionismo, según el autor, es el resultado de la ley como voluntad. Su exponente más destacado dentro del pensamiento constitucional es Carl Schmitt, quien trata el poder constituyente como una expresión sustitutiva de la voluntad del soberano. En este aspecto, se entiende que una constitución moderna, si bien puede establecerse, es por sí misma incapaz de garantizar los términos de su propia existencia y, por tanto, necesita ser legitimada por una voluntad soberana, el poder constituyente.

Finalmente, la última corriente del pensamiento jurídico, el relacionalismo, rechaza a las demás, pues entiende que el poder constituyente no es una categoría redundante y que la noción de que este poder descansa en un locus particular (sea el del príncipe o el del pueblo) es errónea.

El poder constituyente no es la voluntad de un sujeto constituyente: expresa una relación de derecho. En este sentido, el relacionalismo tiene afinidades con el concepto medieval de “ley fundamental”, aunque con el tránsito a la modernidad ese concepto se transforma en la “ley” que sustenta el dominio político autónomo. El concepto de poder constituyente es expresión del derecho político, del *droit politique* o *jus politicum*; expresa la dimensión abierta, provisional, dinámica, evolutiva del ordenamiento constitucional (Loughlin, 2012, p. 2).

El poder constituyente es un concepto relacional que refleja el juego de fuerzas dentro del dominio político. De esta percepción se sigue que la facultad de establecer legítimamente las leyes es la máxima representación del poder que emana de la sociedad. De esta manera, Montesquieu concibió que la facultad de legislar debía estar separada de las facultades de ejecutar y juzgar.

Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado creará leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el juez sería un legislador. Si se une al poder ejecutivo, el juez puede tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o querellas entre particulares (Montesquieu, 2000, p. 168).

La demostración práctica de este pensamiento de Montesquieu se manifiesta efectivamente en la federación norteamericana. En palabras de Jellinek (2004):

Los norteamericanos que fueron los primeros en adoptar la división de poderes como sistema constitucional, sin embargo, consideran que los poderes pertenecen originalmente al pueblo, quien los otorga a ciertos órganos para que lo representen. [...] La unidad originaria de poderes tendría que demostrarse como razón para ejercer el derecho de reformar la Constitución. Las constituciones estatales posteriores reconocen expresamente la unidad del Estado a través de una fórmula que sólo puede entenderse si se considera desde el punto de vista de la evolución de la doctrina de la soberanía (p. 453).

Para los detentadores del poder constituyente norteamericano pudo haber parecido natural que la división de poderes se realizara mediante el simple establecimiento de instituciones dedicadas al ejercicio de cada una de las funciones presentadas por el pensamiento de Montesquieu: el Poder Ejecutivo, en la figura del presidente y su órgano de gobierno; el Poder Legislativo en las cámaras legislativas del congreso bicameral; y el Judicial, en la figura del Tribunal Supremo y otros tribunales.

Sin embargo, el asunto resultó ser mucho más complejo de lo que uno podría pensar. Y el poder de legislar —que en Brasil es controlado por los demás poderes, sea a través del poder de veto del presidente de la República, por ejemplo, o a través del control de constitucionalidad de las leyes ejercido por el Supremo Tribunal Federal— se ha convertido en una parte integrante de la actividad ejecutiva y judicial, en los distintos departamentos e instancias del Poder. Y es precisamente esta capacidad legislativa, sin el debido control de los demás poderes, existente en los más diversos sectores de la administración pública, y en particular, a los efectos de este trabajo, en el Poder Judicial, la que se torna excesivamente peligrosa para la libertad y la democracia.

Según Groppali (1968), la interacción entre los poderes, sus innumerables correlaciones e implicaciones tuvo lugar

ya no mecánicamente, en el sentido de una rígida separación de cuerpos con funciones individuadas, sino, por un lado, como especificación de cuerpos y atribuciones de funciones expresadas en diferentes formas (ley, decreto, sentencia) y, por otro lado, como coordinación de distintos órganos en la unidad del Estado, que encontraba su expresión en el poder político ejercido por el gobierno con la mayor libertad de apreciación y actividad (p. 190).

El control de constitucionalidad de la actividad legislativa y la adjudicación constitucional se han convertido en uno de los principales elementos de estabilidad del Estado democrático de derecho.<sup>[2]</sup> Y Kelsen busca resolver la ecuación del control de la actividad legislativa con la regulación a través de normas superiores de manera política, en cabeza de un órgano institucionalmente separado y especializado para regular la legislación ordinaria. En su opinión, este tribunal debería estar fuera del marco de las instituciones gubernamentales existentes, además de ser independiente del Poder Judicial.

Para Kelsen (2003),

La ley, en el camino que va desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de materializarse. Mientras que la Constitución, la ley y el decreto son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales. La libertad del legislador, que sólo está sujeta a la Constitución, está sujeta a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación sigue siendo relativamente grande. Con cada escalón que desciende, la relación entre libertad y limitación cambia a favor del segundo término: aumenta la parte de aplicación, disminuye la parte de libre creación (p. 126).

Si bien, en principio, Kelsen entendió que el tribunal constitucional estaría involucrado negativamente con la legislación, es decir, revocando decretos o leyes que contravengan los preceptos constitucionales, luego reconoció que este tribunal especializado necesariamente ejercería facultades legislativas de algún tipo (Kelsen, 2003).

## 2.2. Métodos estructurales de control de la actividad legislativa

Ferrejohn (2002) señala que, en el control del poder de legislar, ya sea en el legislativo, ejecutivo o judicial, los Estados modernos dependen más de los llamados métodos estructurales de control, que se pueden dividir en tres modelos, como sigue:

El primer modelo es el republicano, que tiene por objeto el control de la actividad legislativa del Poder Legislativo, cuyo control implica que el legislador está vinculado a sus electores y ante ellos debe rendir cuentas de sus actos legislativos. Su enfoque es político y electoral.

El segundo modelo es el modelo procesal indirecto, que tiene como objetivo controlar las actividades legislativas del Poder Ejecutivo. En él, la formulación de reglas administrativas está controlada por la

dependencia de la agencia de la legislatura para financiamiento y autoridad, por la dependencia de la agencia del Ejecutivo para personal y dirección, y por requisitos de procedimiento en la formulación de reglas. Por lo tanto, la legislación administrativa está indirectamente controlada por el hecho de que los administradores son responsables ante los funcionarios electos.

Y el tercer modelo, que pretende controlar la legislación judicial mediante la imposición de límites a la competencia de los tribunales. En teoría, la legislación judicial está limitada jurisdiccionalmente y a través de los precedentes, lo que, al menos en Brasil, demuestra tener eficacia en lo que respecta a los tribunales federales y estatales, pero poca eficacia en el Supremo Tribunal Federal, según afirmó el ministro Dias Toffoli, cuando fue presidente del STF:

Esto es un fracaso de las instituciones brasileñas. Luego todo cae sobre nuestros hombros, luego todo cae sobre nuestras responsabilidades y luego, para bien o para mal, se nos hace responsables. Si lo vamos a analizar, tenemos que reducir nuestra Constitución (Weterman, 2019).

De lo que se trata es de que la atribución de los derechos humanos elevados a la categoría de derechos fundamentales constitucionales convierte todo asunto en materia constitucional y, por tanto, en objeto de deliberación del tribunal constitucional. Lo que debería ser un debate político se convierte en un debate legal y hay una asignación de poder de la legislatura a la judicatura. En palabras de Ferrejohn (2002):

La teoría democrática clásica asocia la política con las actividades de la legislatura y la ley con el funcionamiento del Poder Judicial. La política es natural al funcionamiento de la legislatura y allí es inevitable y legítima. De hecho, la contestación política se entiende como necesaria para materializar los valores democráticos fundamentales. La legislatura hace leyes que son vinculantes para todos; cada individuo, por lo tanto, tiene interés en decidir quién debe sentarse en la legislatura. Toda persona tiene derecho a monitorear los debates legislativos, a tener aportes e influencia oportunos en sus decisiones, y a exigir que sus miembros se presenten ante nosotros para rendir cuentas por lo que hicieron en las elecciones (p. 50).

La idea es exactamente que la política es contenciosa y existe el derecho de organizar partidos y facciones para elegir, monitorear, criticar, oponerse y de otra manera influir en los legisladores.

En este sentido, se espera que la política legislativa sea contenciosa, partidista e ideológica. Ciertamente, se puede abusar del espacio político para criticar y disputar el poder de manera que amenacen el funcionamiento de la democracia misma. [...] En el mejor de los casos, la política de facciones y partidos puede regularse o administrarse para limitar posibles abusos. La forma de regulación más satisfactoria depende del proceso electoral para corregir la patología política. Por supuesto, si falla la autorregulación democrática, existen garantías constitucionales impuestas por los tribunales

que pueden emplearse para limitar la legislación abusiva (Ferreljohn, 2002, p. 50).

Esto no es lo que se espera de los tribunales y magistrados. La aplicación de la ley, que es la tarea principal de los tribunales, no debe basarse en cuestiones políticas y de voluntad popular. El litigio en el ámbito judicial, como es de esperar, debe basarse en cuestiones técnicas sobre los principios legales y constitucionales adecuados que deben aplicarse para resolver las controversias.

El deber de los jueces y funcionarios judiciales es proporcionar tribunales justos e imparciales ante los cuales las partes en un conflicto puedan resolver sus disputas bajo las normas legales preexistentes aceptadas. Este modelo considera a los tribunales como lugares donde se resuelven controversias particulares, no como lugares donde se formulan normas generales y prospectivas (Ferreljohn, 2002, p. 50).

Por tanto, el control popular y electoral al que se somete el legislador en sus decisiones, que son eminentemente políticas, no afecta al Poder Judicial y, en particular, al tribunal superior, lo que, en consecuencia, permite al magistrado del tribunal constitucional una libertad aún mayor que la del legislador, incluso en comparación con el legislador constituyente, por lo que las preocupaciones señaladas por Tocqueville y Montesquieu se vuelven severamente pertinentes.

### 3. Política judicializada y justicia politizada

Los temas políticos se están trasladando paulatinamente al campo de los asuntos judiciales. Tocqueville ya mostró esta preocupación por el cambio de eje político del legislativo al judicial.

Casi no hay ningún problema político en los Estados Unidos que tarde o temprano no se convierta en un problema legal. De ahí la obligación que las partes encuentran en sus polémicas diarias de tomar prestadas ideas y lenguaje del sistema judicial. Como la mayoría de los hombres públicos son o fueron antes juristas, hacen que los hábitos y la tendencia de las ideas que pertenecen a los juristas pasen a la dirección de los asuntos públicos. El jurado acaba familiarizando a todas las clases con ellos. Así, el lenguaje judicial se convierte, en cierto modo, en el lenguaje común; así, el espíritu del jurista, nacido en el seno de las escuelas y de los tribunales, se va extendiendo poco a poco más allá de sus límites; se infiltra en toda la sociedad, por así decirlo; desciende a las clases bajas, y todo el pueblo acaba adquiriendo una parte de los hábitos y gustos del magistrado (Tocqueville, 2012, p. 441).

Tal observación contrasta con el pensamiento de Montesquieu, quien veía al Poder Judicial como algo cercano a la “nada” (Montesquieu, 2000). Desde la Antigüedad Clásica hasta el post absolutismo, en el proceso de construcción de la democracia, los jueces no tuvieron el protagonismo que existe hoy. Incluso en el sistema de frenos y contrapesos de Madison no se le da la prominencia contemporánea a la Corte Suprema. Fue a través de “un conjunto de

decisiones judiciales que construyeron, a través de precedentes, la fuerza que la Corte Constitucional de los Estados Unidos comenzó a ejercer frente a los demás poderes” (De Queiroz Barbosa & Carvalho, 2020, p. 4).

En palabras de Faria (2004):

Como el poder judicial no puede dejar sin respuesta los casos que se le someten, independientemente de su complejidad técnica y de sus implicaciones económicas, políticas y sociales, se siente impelido a ejercer una creatividad decisoria que acaba trascendiendo los límites del propio ordenamiento jurídico (p. 106).

Vale la pena mencionar la siguiente advertencia traída por Pereira Siqueira y Correa Pavesi Lara (2019):

La judicialización, como prerrogativa de ingresar a un tribunal para discutir cualquier conflicto, no puede ser tratada como activismo judicial. El activismo judicial “designa un modo proactivo y expansivo de acción judicial”. Así, el término se relaciona con una participación más amplia e intensa del Poder Judicial en la “concreción de los valores y fines constitucionales”, con mayor grado de injerencia en el ejercicio de los otros dos poderes (p. 86).

### 3.1. El fortalecimiento de la relación entre actividad política y judicial

Lyder Hermansen (2020) entiende que la reducción de la inseguridad jurídica inherente a toda legislación es la razón objetiva por la que se constituyen los tribunales y su legitimidad deriva del cumplimiento de este fin. Para ella,

Los tribunales disfrutan de diversos niveles de apoyo generalizado y flexible para la dirección de reglas específicas. Este apoyo se basa en la creencia de que los tribunales son legalistas, imparciales e inherentemente diferentes de las ramas políticas del gobierno. Sin embargo, cuando las decisiones se perciben como motivadas políticamente (por ideología o estrategia), la legitimidad institucional general disminuye (Lyder Hermansen, 2020, p. 1219).

Sin embargo, las incertidumbres jurídicas también abren espacio para consideraciones de orientación política, en dos niveles: la autoconfianza del magistrado, orientando voluntaria o involuntariamente la interpretación de la demanda y/o la presión de actores políticos externos sobre el tribunal.

Las ganancias potenciales son altas porque pueden marcar la dirección de la jurisprudencia futura. Los costos también son mínimos, ya que no existe un precedente oficial que pueda ser revocado. La formulación de políticas judiciales es un proceso iterativo mediante el cual los jueces cristalizan repetidamente, y en concreto, un conjunto de reglas. La incertidumbre normalmente será mayor la primera vez que se presenta una ley al tribunal y disminuye para cada interpretación (Lyder Hermansen, 2020, p. 1220).

Para Dahl (1957), considerar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como una institución estrictamente legal es subestimar su importancia en el escenario político de ese país. Asimismo, según Ferrejohn (2002), es una visión muy simplista creer que la política debe o puede restringirse al proceso legislativo. Este autor destaca que el impacto que traen las normas administrativas y las decisiones vinculantes de los tribunales puede ser tan o más significativo que la actividad legislativa original, razón por la cual se ha gastado mucho dinero, según él, para ejercer presión e influencia política sobre estos sectores antes inexplorados. En otras palabras, el cabildeo que hasta hace muy poco estaba dirigido a los parlamentarios, ya fueran concejales, diputados o senadores distritales, estatales o federales, hoy está dirigido también en parte a sectores administrativos, como departamentos gubernamentales del Poder Ejecutivo o de regulación, organismos y al poder judicial. Lo cual, de por sí, es sumamente preocupante desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Dahl (1957) señala que la Corte Suprema de los Estados Unidos:

Es también una institución política, es decir, una institución para tomar decisiones sobre temas controvertidos de política nacional. Como institución política, la Corte es muy inusual, sobre todo porque los estadounidenses no están dispuestos a aceptar el hecho de que es una institución política y no son completamente capaces de negarlo; por lo que a menudo tomamos ambas posiciones al mismo tiempo. Esto es confuso para los extraños, divertido para los lógicos y gratificante para los estadounidenses comunes que logran retener lo mejor de ambos mundos (p. 279).

Normalmente, los ciudadanos están más acostumbrados a sentencias judiciales que bloquean alguna legislación ordinaria, por el hecho de que puede vulnerar o atentar contra algún derecho fundamental o precepto constitucional. Es el ejemplo de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 5002/MG,<sup>[3]</sup> en la que la Corte consideró inconstitucional la ley del estado de Minas Gerais por legislar sobre derecho tributario en competencia con la aplicación de leyes surgidas del debate político en las cámaras legislativas.

La tabla 1 muestra una intensa actividad legislativa considerada “negativa” por el STF, en lo que respecta a las acciones directas de inconstitucionalidad.

**Tabla 1.**

## Acción Directa de Inconstitucionalidad

Decisión definitiva	Cantidad	%
Procedente	1115	23,76 %
Infundado	502	10,70 %
Procedente en parte	366	7,80 %
Demasiadas situaciones	2710	57,74 %
Total	4693	100,00 %

Fuente: Supremo Tribunal Federal. Corte Aberta (2023)

De las 4693 ADI analizadas por la Corte Suprema, cerca de un tercio de ellas, 1481 acciones, fueron juzgadas fundadas o parcialmente válidas, resultando en la inaplicación de la respectiva ley objeto de la acción, frente únicamente a 502 acciones infundadas.

Sin embargo, como sostiene Ferrejohn (2002):

La legislación judicial no es siempre, ni siquiera mayoritariamente, ‘negativa’ en el sentido de impedir que las mayorías legislativas actúen como mejor les parezca. Los jueces también hacen leyes en un sentido más positivo, actuando donde el legislador se ha abstenido de hacerlo (p. 51).

Las dos vías de un mismo fenómeno, la judicialización de la política y la politización de la justicia, son el resultado del arreglo constitucional y el activismo judicial. Al mismo tiempo que la supremacía constitucional empuja todos los temas del ámbito del debate político al ámbito del debate jurídico, el marcado activismo del Poder Judicial lleva a estos actores a la arena política, por lo que toman decisiones políticas cuando deberían ser eminentemente jurídicas.

En varias decisiones recientes de la corte superior brasileña, este ejercicio de positivización fue la característica más relevante del Poder Judicial nacional. La autorización del aborto hasta el tercer mes, en HC 124 306/RJ (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 2016), con la que se eliminó la tipicidad del aborto hasta el tercer mes de gestación. Cambiando el *caput* del art. 5 de la Constitución Federal, tangencialmente, a través de un *habeas corpus* simple (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 74 051/SC, 1996), en el cual el STF excluyó del texto la expresión “residente” de observancia legal. Y la innovación en el campo del proceso penal, en Ag. Reg. HC 157 627/PR (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 2019), estableciendo una distinción en cuanto al plazo para la presentación de escritos en los alegatos finales por parte de los imputados colaboradores y denunciados, en caso de negociación de culpabilidad, alegando infracción a las reglas del sistema del contradictorio y de defensa plena. En todos los casos, al tratarse en los grupos y no en el pleno, bastó la aprobación de tres de los once magistrados del Tribunal Supremo para establecer la innovación legislativa positiva.

Es decir, temas que no obtuvieron consenso político en el Congreso Nacional, por mucho que fueran debatidos o cuya demanda social no fuera suficiente para convertirlos en objeto de debate, en una Cámara con 581 diputados y en un Senado con 81 senadores, bastó el consenso de tres ministros del Tribunal Supremo para cambiar la interpretación, añadir o suprimir el texto constitucional y las leyes ordinarias. En el caso de la inclusión de los extranjeros no residentes en las garantías fundamentales del art. 5 de la Constitución, un inciso hasta entonces pétreo.

Como señala Dahl, las decisiones basadas en criterios lógicos y técnicos aportan seguridad jurídica, incluso frente a cuestiones políticas.

Una decisión política puede definirse como una elección efectiva entre alternativas sobre las que existe, al menos inicialmente, cierta incertidumbre. Esta incertidumbre puede surgir debido a información inadecuada sobre (a) las alternativas que se consideran “abiertas”; (b) las consecuencias probables de elegir una alternativa en particular; (c) el nivel de probabilidad de que estas consecuencias realmente ocurran; y (d) el valor relativo de las diferentes alternativas, es decir, un orden de las alternativas de la más preferible a la menos preferible, dadas las consecuencias esperadas y la probabilidad esperada de que las consecuencias realmente ocurran. Una elección efectiva es la selección de la alternativa más preferible, acompañada de medidas para asegurar que la alternativa seleccionada tendrá acción (Dahl, 1957, p. 279).

El tema a evaluar no es la capacidad de tomar decisiones políticas con base en criterios lógicos o técnico-jurídicos derivados de precedentes, normas o preceptos constitucionales. Lo que está en boga es la percepción de que varias de las supuestas decisiones judiciales tienen un carácter meramente político, en el sentido de defender intereses de grupos específicos que no lograron hacer efectivas sus propuestas en la arena política.

### 3.2. El tribunal constitucional y la actividad política.

Koerner destaca que las dificultades del gobierno de Lula para formar una mayoría en el Congreso que estableciera su agenda política lo llevaron por el camino de la reforma judicial para alcanzar sus objetivos.

Para sortear sus dificultades y reforzar el apoyo, el gobierno de Lula alentó cambios a través de los tribunales. Con el apoyo de juristas progresistas y entidades de las profesiones jurídicas estatales, buscó de inmediato acercarse a las élites jurídicas y promovió la formación de consensos, simbolizados por los dos pactos republicanos, para la reforma del Poder Judicial. [...] Las reformas consolidaron al STF como una jurisdicción constitucional concentrada, permitieron un mayor control de la agenda y la ampliación del impacto de las decisiones. El gobierno de Lula marcó un cambio en el carácter del STF, ya que buscó una composición más plural y comprometida con la implementación de la Constitución. Además de los criterios tradicionales para elegir ministros según su origen regional, carrera legal y el

apoyo de líderes políticos nacionales relevantes, se agregaron atributos personales o historias de vida: género, etnia, actividades o apoyo a movimientos sociales. Algunos nominados eran cercanos a partidos de izquierda y movimientos populares, pero otros eran jueces profesionales o juristas sin actividad política, vinculados a líderes de partidos de centro o entidades representativas de las profesiones jurídicas (Koerner, 2013, p. 81).

La figura 1 ilustra la evolución del proceso de politización de la justicia, a través de la participación de la Corte Suprema en la redacción del texto constitucional, midiendo el número de palabras añadidas a la Constitución, desde 1891 hasta 2014, por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

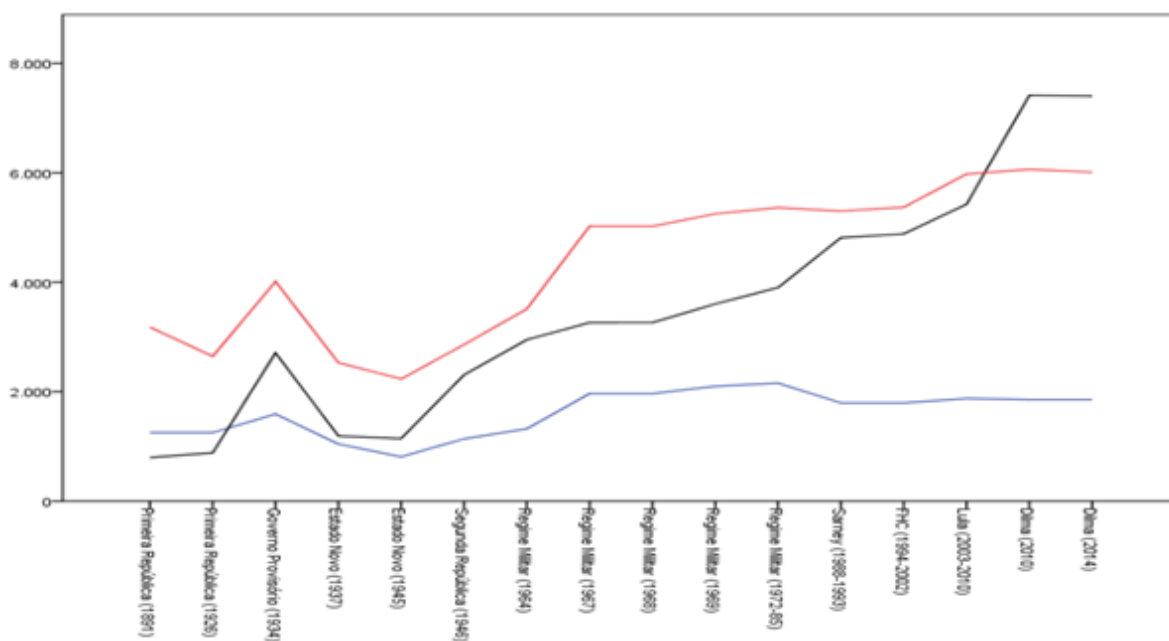


Figura 1.

Indicador de las prerrogativas de los tres poderes (1891-2014).

Fuente: De Queiroz Barbosa & Carvalho (2020, p. 4).

Considerando que el poder constituyente está eminentemente ligado al Poder Legislativo, sería razonable que la inserción de palabras en el texto constitucional tuviera como fuente principal a este poder. Claramente, se evidencia una evolución gradual de la participación del Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, que sigue la tendencia mundial de apreciación de los tribunales constitucionales. Sin embargo, lo que se destaca, gráficamente, es la percepción de lo que Koerner calificó como una estrategia política del gobierno de Lula, la opción de la vía judicial para lograr objetivos políticos.

Este nuevo tribunal, con jueces de distinta formación y concepción del papel de la justicia constitucional y de la interpretación de la Constitución, actuó de manera convergente con el gobierno en temas relacionados con la mayor efectividad de los derechos y la promoción de políticas sociales. La agenda

reformista del gobierno repercutió en el desempeño positivo del STF en estos campos. Al promover la implementación de la Constitución, implementando los principios de la Constitución de 1988 no realizados por omisión del legislador, los ministros del STF reforzaron su apoyo político y social. Así, se instauró un nuevo régimen jurisprudencial, articulado con el régimen gubernamental promocional del gobierno de Lula (Koerner, 2013, p. 83).

Hasta el final de la administración de Fernando Henrique Cardoso, si bien hubo una tendencia a que la influencia del Poder Judicial creciera en la composición constitucional, la legislatura mantuvo el liderazgo. La adopción política por la composición de un tribunal supremo de carácter político, en el gobierno de Lula, provocó la sustitución de la dirección legislativa por el tribunal supremo.

#### **4. Los límites de la politización de la justicia**

Es ampliamente reconocido que la actual Constitución brasileña tiene fuertes características neoconstitucionalistas y que ha ampliado considerablemente los poderes del Supremo Tribunal Federal, fortaleciendo así su papel en el sistema judicial. Barroso (2005) lo define de la siguiente manera:

El neoconstitucionalismo o nuevo derecho constitucional, en el sentido aquí desarrollado, identifica un amplio conjunto de transformaciones que han tenido lugar en el Estado y en el derecho constitucional, entre las que se pueden identificar, (i) como hito histórico, la formación del Estado constitucional del derecho, cuya consolidación se produjo en las últimas décadas del siglo xx; (ii) como marco filosófico, el positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y el acercamiento entre derecho y ética; y (iii) como marco teórico, el conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución, la ampliación de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Este conjunto de fenómenos derivó en un extenso y profundo proceso de constitucionalización del Derecho (p. 15).

La pregunta que surge en el presente trabajo es la reflexión sobre en qué medida esta constitucionalización del derecho y la defensa de los derechos fundamentales justifica el proceso de politización de la justicia. Como ya fue presentado en varias sentencias del supremo tribunal brasileño, —en línea con los demás tribunales constitucionales del mundo— la garantía de los derechos fundamentales fue la justificación esgrimida para rechazar, modificar e incluso introducir leyes en el ordenamiento jurídico nacional.

Sarmento (2011) destaca que el neoconstitucionalismo puede ser perjudicial para la democracia si los principios se anteponen a las reglas; si hay una omnipotencia de la Constitución en todos los ámbitos jurídicos y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; si hay omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario. Sin embargo, puede ser beneficioso si

Está pensada como una teoría constitucional que, sin descartar la importancia de las reglas y la subsunción, también da cabida a los principios y la consideración, tratando de racionalizar su uso. Si es vista como una concepción que, sin dejar de lado el papel protagónico de las instancias democráticas en la definición del Derecho, reconoce y valora la irradiación de valores constitucionales por parte del ordenamiento jurídico, así como la acción firme y constructiva del Poder Judicial para la protección y promoción de los derechos fundamentales y presupuestos de la democracia (Sarmiento, 2011, p. 92-93).

Vale la pena cuestionarse: ¿en qué medida la concesión a un poder del Estado que no ha recibido del pueblo —titular del derecho constituyente— la facultad emanada de legislar y el derecho a ejercerlo, sin que ello resulte en una amenaza a la democracia y las garantías y libertades individuales? En otras palabras, ¿qué limita a la corte suprema a cruzar la frontera de la garantía de derechos a la imposición de deberes despóticos a través del ejercicio del Poder Legislativo por parte del Poder Judicial?

En el caso del *Habeas Corpus* (HC) 74 051/SC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 1996), mencionado anteriormente, el arreglo constitucional y el activismo judicial del Tribunal Supremo, en la figura de tres de sus miembros,<sup>[4]</sup> bastó para cambiar la interpretación de una cláusula pétrea. En otras palabras, no parece haber límites para tal acción político-legislativa de los magistrados de la Corte Suprema.

Sin embargo, estos límites existen y parecen haber sido delineados implícitamente por la propia Corte. Eso es lo que ahora comprobaremos, a partir de dos sentencias paradigmáticas que ilustran la ocurrencia de una clara distinción en cuanto a la clase o las clases de derechos sobre los cuales el STF está dispuesto a asumir la carga legislativa para modificar el texto constitucional.

Al tratar temas relacionados con los derechos sociales, especialmente aquellos más vinculados a cuestiones de comportamiento en la sociedad, como el aborto, las uniones del mismo sexo, la homofobia y los derechos de ciertas minorías, en las últimas dos décadas, la Corte Suprema ha sido bastante incisiva protegiendo estos derechos de una forma legislativa innovadora.

Sin embargo, este mismo tribunal no parece tener competencia para legislar en lo que se refiere a los derechos económicos de los ciudadanos, como se puede apreciar, por ejemplo, en las sentencias sobre la corrección del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) y la cuestión del derecho a la “des-jubilación”. En ambos casos, el argumento, aquí resumido, es que incumbe al Congreso Nacional legislar sobre la materia.

Tal diferenciación en cuanto a la actuación legislativa del tribunal constitucional debe ser motivo de reflexión respecto de los fundamentos y motivaciones que en ocasiones suscitan el activismo

del tribunal, y que en ocasiones no son suficientes para motivar el mismo activismo en relación con los derechos fundamentales. Para ello, se considerarán dos sentencias del STF, ambas decididas en 2016: la cuestión de la exclusión de tipicidad para el aborto hasta el tercer mes de embarazo, en HC 124 306/RJ; y el Recurso Extraordinario (RE) 661 256/SC, que trata sobre el derecho a la “des-jubilación”, interpuesto por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y el Gobierno Federal, el cual fue concedido.

Los casos que involucran los temas de aborto y jubilación fueron elegidos aquí para el análisis y observación de la actuación del Poder Judicial en temas eminentemente legislativos, por representar dos importantes campos de debate público, uno social y otro económico.

#### 4.1. El tema del aborto: un caso en el que ya había una ley paradigmática

No es el propósito de este artículo debatir el tema del aborto en sus méritos. Tanto por la cuestión del espacio como por la falta de relación con el tema que se aborda, esta no será una tarea que se realice aquí. Se analiza el aborto únicamente con el fin de evaluar el desempeño de los ministros del stf en términos de activismo judicial y politización de la justicia.

También es importante decir que el debate sobre el fondo del tema está lejos de ser consensuado, y lo que para unos es considerado un crimen, para otros es considerado un avance civilizatorio. Y tal énfasis se hace aquí para demostrar cuán esencialmente político, en su sentido más profundo, es el tema de HC discutido en el stf.

También es importante señalar que la citada HC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 124 306/RJ, 2016) tenía como objetivo verificar la existencia o no de los requisitos necesarios para el decreto de prisión preventiva de los acusados de haber practicado o promovido el aborto en un tercero (arts. 124 y 126 del Código Penal). No hubo una sola línea en la petición inicial de la HC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 124 306/RJ, 2016) que cuestionara la constitucionalidad de la tipificación del aborto hasta el tercer mes de embarazo.

Así, el análisis de la interpretación de los artículos anteriores ni siquiera formaba parte del objeto de la acción y se caracterizó como *extra petita*. Al dictar sentencia, es razonable que el juez se apegue a la solicitud de las partes, a fin de evitar que ocurran los conocidos vicios de las sentencias *citra*, *ultra* y *extra petita*. La doctrina llama a esta vinculación del juez el principio de adscripción, congruencia o correlación.

Una vez más, cabe señalar que no se trata aquí de un juicio sobre el fondo de lo decidido, sino sobre la posibilidad de la decisión misma. Bajo la égida de garantizar los derechos de las mujeres, los argumentos fueron efusivos, aunque políticos.<sup>[5]</sup> La 1ª Sala del STF, con el voto

del autor de la Sentencia —el ministro Barroso, estudioso del fenómeno del activismo judicial— consideró la inconstitucionalidad modular del art. 124 y 126, a través de un *Hábeas Corpus*, en el que ni siquiera se mencionó la referida inconstitucionalidad, y entendió que la interrupción del embarazo hasta el tercer mes de gestación no puede equipararse al aborto.

Tal decisión sentó al menos dos importantes precedentes. Uno, sobre el fondo del asunto. Porque, si bien no tiene carácter vinculante, la sentencia en cuestión abre un nuevo escenario interpretativo en la batalla por la legalización-penalización del aborto. Otro, en el ámbito de la adjudicación constitucional. Pues si bien, desde el punto de vista de quienes defienden la legalidad de la práctica del aborto como un derecho fundamental garantizado a las mujeres puede haber sido la decisión correcta, abre la posibilidad de utilizar los mismos artificios procesales para que la Corte Suprema toma decisiones políticas por las que los que sonríen ahora llorarán mañana.

#### 4.2. El tema de la no jubilación: un caso en el que ya existía legislación sobre el tema

Del otro lado de este campo de batalla político en el que se han convertido los tribunales brasileños, en particular el STF, está el tema que ha sido debatido durante mucho tiempo y por el cual los tribunales inferiores ya se acercaban al consenso<sup>[6]</sup> sobre la concesión del derecho a la no jubilación.

A través de un Recurso Extraordinario interpuesto por el Gobierno Federal y el INSS, el STF desconoció el derecho de quienes, aun después de haber sido jubilados y obligados a seguir trabajando para su propio sustento y el de sus familias, debían seguir contribuyendo a la Seguridad Social General (RGPS), sin obtener ningún beneficio por estas nuevas contribuciones.

Sin entrar en el fondo de la cuestión, se destaca el argumento utilizado por el ministro ponente, el mismo ministro Barroso, que estableció la siguiente tesis de repercusión general en la RE 661 256/SC:

[en] el ámbito del Sistema General de Seguridad Social (RGPS), sólo la ley puede crear beneficios y ventajas de seguridad social, y no existe, por el momento, ninguna previsión legal sobre el derecho a la “re-jubilación”, la regla de Arte. 18, § 2, de la Ley n° 8213/91”. 4. Aportó ambos recursos extraordinarios (Supremo Tribunal Federal de Brasil, RE 661 256/SC, 2016).

Con esta decisión lo que se percibe es que el STF renuncia al derecho de legislar a favor del Congreso Nacional. Lo que en sí mismo no sonaría extraño si no fuera por el hecho de que en situaciones de competencia los ministros habían tomado la postura opuesta. En el caso de la baja, mucho más que una cuestión económica, se debaten

los derechos a la vida y al cuidado de las personas mayores. Sin embargo, los derechos fundamentales de la persona mayor no causaron el mismo revuelo en los ministros del supremo que los derechos de las mujeres sobre su cuerpo.

Tales decisiones parecen indicar que el STF, aunque implícitamente, estableció límites a su propio poder de legislar, demarcando su capacidad legislativa a establecimientos de derechos sociales que no tienen repercusiones económicas directas para el gobierno o ciertos sectores del mercado, siendo progresista en un campo y actuando de forma totalmente conservadora a la hora de garantizar los derechos de propiedad y los de la entidad estatal que implican erogaciones del erario.

En otras palabras, el STF actuaría progresivamente siempre que sus decisiones no afecten la estructura social y estatal, de acuerdo con el gusto de la economía neoliberal, y siempre preservando los derechos inherentes al capital, aunque sea a costa de perjudicar a los jubilados y ancianos en la etapa de su vida en que más necesitarían los recursos provenientes de su aporte a la seguridad social, en flagrante injusticia con los principios básicos de la propia Constitución.

## 5. Conclusiones

La política constituye la dinámica misma de la vida humana. Está presente en la cotidianidad, ya sea en materia de trabajo, educación, salud, vida familiar, cultura, deporte, etc. No es razonable entender que en materia de derecho y de justicia sea diferente. Como señaló Dahl más arriba, es inocente concebir que, en las fuerzas que componen la soberanía estatal, el Poder Judicial esté restringido a cuestiones técnicas y de legalidad. Antes de ser jueces, los magistrados son ciudadanos y seres políticos, dotados de opinión.

Otro tema que conviene analizar es el crecimiento de la actividad política en el campo de la justicia. Este crecimiento, sin embargo, no puede llegar al punto de provocar un desequilibrio entre los poderes que integran el Estado, de modo que, en lugar de producir consenso y seguridad jurídica, traiga inestabilidad, polarización y desintegración social.

La pregunta, objeto de este análisis, conduce a evaluar en qué medida los fines justifican los medios; en particular, ¿en qué medida la defensa de los derechos fundamentales puede ser utilizada para justificar la politización de la actividad judicial en Brasil? ¿En qué medida la actividad legislativa del Poder Judicial es beneficiosa y no vulnera las libertades y garantías fundamentales?

Lo que sí es evidente es que los precedentes procesales abiertos por la actividad político-legislativa del Poder Judicial, en especial del Supremo Tribunal Federal, desplazan el papel del tribunal de guardián de la Constitución a su redactor. Y esto es peligroso para el Estado democrático de derecho. Pues, si bien el poder constituyente

no le es otorgado, por quien es su titular, el pueblo, queda claro que, a través de subterfugios procesales, este poder ha sido ejercido reiteradamente, aun bajo la mirada perpleja y las advertencias de gran parte de la comunidad jurídica nacional.

Otra evidencia es que al cambiar la composición de la Corte por nombramientos de los gobiernos de turno, cambia el perfil ideológico de la composición de sus miembros, y el ejercicio político de los magistrados allí designados, que no tiene relación con el voto del elector, puede llevar al ordenamiento jurídico nacional por caminos que actualmente no se contemplan ni se desean para el futuro. Más que nunca, el dicho popular de que “el palo que le pega a Chico, también le pega a Francisco” resulta ser una importante advertencia de que es necesario establecer límites a la actividad político-legislativa de las altas cortes nacionales, para garantizar la democracia y la participación popular en las decisiones nacionales.

El despotismo, por regla general, se inserta en los espacios públicos disfrazado de defensa de derechos. Lo que en este momento puede sonar como un avance civilizatorio puede, en un futuro muy próximo, convertirse en un atentado contra los derechos fundamentales que hoy se proponen defender.

## Referencias

- Barroso, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista do Direito Administrativo*, 240, 1-42. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>
- Barroso, L. R. (2008). A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 2(9), 258-301. <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621>
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a nacional policy-maker. *Journal of Public Law*, 6, 279-295. <http://epstein.wustl.edu/research/DahlDecisionMaking.pdf>
- De Quieroz Barbosa, L. V. & Carvalho, E. (2020). O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, 28(73), 1-22. doi:10.1590/1678-987320287307pt
- Faria, J. E. (2004). O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, 18(51), 103-125. <https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a06v1851.pdf>
- Ferrejohn, J. (2002). Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, 65(3), 41-68. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp>
- Groppali, A. (1968). *Doutrina do Estado*. (P. E. Queiroz, Trans.). Saraiva.
- Jellinek, G. (2004). *Teoria General del Estado*. Fondo de Cultura Económica (original publicado 1900).
- Kelsen, H. (2003). *Jurisdição Constitucional*. (A. Krug, E. Brandão, & M. E. Galvão, Trans.). Martins Fontes.
- Koerner, A. (2013). Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no stf pós-88. *Novos Estudos*, (96), 69-85. <https://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>
- Loughlin, M. (2012). *The Concept of Constituent Power*. [http://law.uvic.ca/demcon/2012%20readings/Constituent%20Power%20\(Victoria%20paper\).pdf](http://law.uvic.ca/demcon/2012%20readings/Constituent%20Power%20(Victoria%20paper).pdf)
- Lyder Hermansen, S. S. (2020). Building legitimacy: Strategic case allocations in the Court of Justice of the European Union. *Journal of European*

*Public Policy*, 27(8), 1215-1235. <https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1714697>

- Montesquieu. (2000). *O espírito das leis* (2ª ed.). (C. Murachco, trad.). Martins Fontes (original publicado en 1748).
- Sarmiento, D. (2011). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. En A. L. Fellet, M. Novelino & D. G. Paula, *As novas faces do ativismo judicial* (1ª ed., pp. 73-113). Jus Podivm.
- Silva, J. A. (2002). *Curso de Direito Positivo*. Malheiros.
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (1996). *Habeas Corpus 74 051* [Relator: Min. M. Aurelio].
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2016). *Habeas Corpus 124 306 Rio de Janeiro*. [Relator: Min. M. Aurelio].
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2016). *Recurso Extraordinario 661 256 Santa Catarina* [Relator: Min. A. C. De Souza].
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2019). *Ag. Reg. Habeas Corpus 157 627 Paraná* [Relator: Min. E. Fachin].
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2020). *Acción Directa de Inconstitucionalidad 5002 Minas Gerais*. [Relatora: Min. C. Lucía].
- Supremo Tribunal Federal de Brasil (2023). Corte Aberta. <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>
- Pereira Siqueira, D. & Correa Pavesi Lara, F. (2019). Constitucionalismo, Acesso à Justiça e a Judicialização: uma leitura a partir da efetivação dos direitos da personalidade. *Revista Paradigma*, 28(3), 77-94. <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1778>
- Tocqueville, A. (2012). *Democracy in America* (Vol. I). (E. Nolla, Ed., & J. T. Schleifer, Trans.) Liberty Fund (original publicado en 1835).
- Weterman, D. (2019, 29 de marzo). *Toffoli defende que reformas diminuem quantidade de textos na lei*. UOL Economia. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/03/29/toffoli-defende-que-reformas-diminuem-quantidade-de-textos-na-lei.htm>

## Notas

- 2 Existen tres sistemas de control de constitucionalidad: el control político, mediante el cual la verificación de la inconstitucionalidad la realiza un órgano de carácter político; el control jurisdiccional, en el cual el propio Poder Judicial, a través de una prerrogativa conferida constitucionalmente, tiene la facultad de verificar la (in)constitucionalidad de la ley y otros actos de la administración pública que contradigan las disposiciones y principios

constitucionales, en dos formas: control difuso, a través del cual cualquier juez es competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sin juzgar, sin embargo, la ley misma, sino solo juzgando el caso concreto, y el control concentrado, a través de un Tribunal Constitucional que investiga la validez o no constitucionalidad de una determinada ley (erga omnes); y el control mixto que, como ya se expresa en la denominación, según el precepto constitucional, la actividad legislativa está sujeta al control político y jurisdiccional, tanto difuso como concentrado (Silva, 2002, p. 49).

- 3 Acción directa de inconstitucionalidad. Ley 13 515/2000 de Minas Gerais. Código de Defensa del Contribuyente de Minas Gerais. 1. Competencia concurrente de los Estados para legislar en materia tributaria. 2. Inexistencia de reserva de iniciativa del Poder Ejecutivo en materia tributaria. 3. Principio de isonomía observado en el título de Estado. Autoaplicabilidad de los derechos y garantías fundamentales en la actividad tributaria. 4. Inconstitucionalidad de las normas por las que se crearon los organismos públicos y de los plazos fijados al Poder Ejecutivo para la ejecución del servicio público. 5. Acción directa estimada parcialmente (Supremo Tribunal Federal de Brasil, ADI 5002/MG, 2020).
- 4 Si bien la decisión fue unánime, los cinco ministros estuvieron a favor, bastaría que tres de ellos estuvieran de acuerdo para lograr el resultado.
- 5 Sumario: Derecho Procesal Penal. Habeas Corpus. Prisión preventiva. Ausencia de los requisitos de su decreto. Incidencia inconstitucional del tipo penal de aborto en el caso de interrupción voluntaria del embarazo en el primer trimestre. Orden otorgada por oficina. 1. [...] 3. En segundo lugar, es necesario dar una interpretación conforme a la Constitución a los arts. 124 a 126 del Código Penal —que tipifican el delito de aborto— para excluir de su ámbito de incidencia la interrupción voluntaria del embarazo realizada en el primer trimestre. La criminalización, en este caso, vulnera varios derechos fundamentales de las mujeres, así como el principio de proporcionalidad. 4. La criminalización es incompatible con los siguientes derechos fundamentales: los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, quienes no pueden ser obligadas por el Estado a mantener un embarazo no deseado; la autonomía de las mujeres, que deben conservar el derecho a hacer sus elecciones existenciales; la integridad física y psíquica de la mujer embarazada, que es quien sufre, en su cuerpo y en su psiquismo, los efectos del embarazo; y la igualdad de la mujer, ya que los hombres no se quedan embarazados y, por tanto, la plena igualdad de género pasa por respetar la voluntad de las mujeres en esta materia. 5. A esto se suma el impacto de la criminalización sobre las mujeres pobres. Es que el tratamiento como delito, dado por la ley penal brasileña, impide que estas mujeres, que no tienen acceso a médicos y clínicas privadas,

recurran al sistema público de salud para someterse a los procedimientos correspondientes. Como resultado, se multiplican los casos de automutilación, lesiones graves y muertes. 6. La calificación penal vulnera también el principio de proporcionalidad por razones que se conjugan: (i) constituye una medida de dudosa adecuación para proteger el bien jurídico que pretende proteger (la vida del niño por nacer), al no producir un impacto relevante en la cantidad de abortos practicados en el país, impidiendo únicamente que se realicen de manera segura; (ii) es posible que el Estado prevenga la ocurrencia de abortos por medios más efectivos y menos dañinos que la criminalización, como la educación sexual, la distribución de anticonceptivos y el apoyo a las mujeres que desean tener un hijo, pero se encuentran en condiciones adversas; (iii) la medida es desproporcionada en sentido estricto, pues genera costos sociales (problemas de salud pública y muertes) superiores a sus beneficios. 7. Finalmente, cabe señalar que prácticamente ningún país democrático y desarrollado del mundo trata como delito la interrupción del embarazo durante el primer trimestre, incluidos Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Canadá, Francia, Italia, España, Portugal, Países Bajos y Australia (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 124306/RJ, 2016).

6 Cabe señalar que la referida re fue objeto de repercusión general. En otras palabras, la relevancia del tema y la gama de jubilados que eventualmente podrían convertirse en beneficiarios de la concesión del derecho a la no jubilación fue sumamente significativa.



**Disponible en:**

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669778487002>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante  
Infraestructura abierta no comercial propiedad de la  
academia

Helimara Moreira Lamounier Heringer

**¿La defensa de los derechos justifica la politización de la justicia?**

Does the defense of rights justify the politicization of justice?

*Nuevo Derecho*

vol. 19, núm. 32, 2023

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

[nuevo.derecho@iue.edu.co](mailto:nuevo.derecho@iue.edu.co)

**ISSN:** 2011-4540 / **ISSN-E:** 2500-672X

**DOI:** <https://doi.org/10.25057/2500672X.1504>