

La retórica de la guardia constitucional y el activismo judicial en Argentina y Brasil

Júlio Ríbas Boeng

Universidad del Centro Unificado de Brasilia, Brasilia, Brasil

 ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7798-7067>

Correo electrónico: julio@boeng.adv.br

Recibido: 12 de marzo de 2025

Aprobado: 7 de abril de 2025

Para citar este artículo:

Ríbas Boeng, J. (enero-junio 2025). La retórica de la guardia constitucional y el activismo judicial en Argentina y Brasil. *Ratio Iuris*, 13(1), 80-109.

ARK CAICYT: <https://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/0ajz0dung>

Resumen: El presente trabajo consiste en debatir el tema central presentado -el activismo judicial- no sólo por su considerable complejidad, sino principalmente por la efectiva contemporaneidad que atraviesan los poderes judiciales argentinos y brasileños, en la práctica del ejercicio jurisdiccional, superando los límites definidos por sus Constituciones.

El estudio muestra que el Poder Judicial brasileño avanza a pasos agigantados y el Poder Judicial argentino sigue en las mismas aguas procélicas, de comportamiento activista, de manera imponente e individualista en la disposición jurisdiccional, desconectada de la realidad social y enfrentando las actividades tipificadas por los otros Poderes, supuestamente, en defensa de la Carta Política.

El estudio implicó una investigación en el ámbito jurídico, doctrinal y jurisprudencial, con el uso de metodología cualitativa, cuantitativa y explicativa, dando como resultado un trabajo reflexivo, incluso viniendo de su naturaleza empírica, debido a que el autor ha estado involucrado en temas legales y judiciales, desde 1977, percibiendo en la última década, pronunciamientos judiciales que ya no están alineados con el positivismo y no reflejan la voluntad popular, en total desacuerdo con el principio democrático, del que se espera que se respete, en un Estado de Derecho.



Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Palabras clave: Activismo, Poder judicial brasileño y argentino, inconstitucionalidad, democracia.

Abstract: This paper discusses the central theme presented here -judicial activism- not only because of its considerable complexity, but also because of the contemporaneous nature of the Argentine and Brazilian judiciaries' practice, going beyond the limits defined by their Constitutions.

The study shows that the Brazilian judiciary advances by leaps and bounds and

the Argentine judiciary follows in the same procellose waters, of activist behavior, in an imposing individualistic way in the jurisdictional provision, disconnected from social reality and confronting the activities typified by the other Powers, supposedly, in defense of the Political Charter.

The study involved research in the legal, doctrinal and jurisprudential fields, with the use of qualitative, quantitative and explanatory methodology, resulting in a reflective work, even coming from its empirical nature, because its subscriber has been involved in legal and judicial issues, since 1977, perceiving in the last decade, judicial pronouncements that are no longer aligned with positivism and do not reflect the popular will, in complete disagreement with the democratic principle, which is expected to be respected, in a State of Law.

Keywords. *Activism, Brazilian and Argentine judiciary, unconstitutionality, democracy.*

Resumo: Este artigo discute o tema central aqui apresentado -o ativismo judicial- não apenas por sua considerável complexidade, mas também pela contemporaneidade da prática dos judiciários argentino e brasileiro, que extrapolam os limites definidos por suas Constituições.

O estudo demonstra que o judiciário brasileiro, avança a passos largos e o argentino, segue nas mesmas procelosas águas, do comportamento ativista, de maneira impositivamente individualista na prestação jurisdiccional, desconectada da realidade social e confrontando as atividades tipificadas aos demais Poderes, supostamente, em defesa da Carta Política.

O estudo envolveu pesquisa no campo legal, doutrinário e jurisprudencial, com o uso da metodologia qualitativa, quantitativa e explicativa, resultando em um trabalho reflexivo, advindo, inclusive, da sua natureza empírica, pois seu subscritor, está envolto em questões jurídicas e judiciais, desde do ano de 1977, percebendo na última década, pronunciamentos judiciais que não mais se alinham ao positivismo e tampouco repercutem a vontade popular, em completo desalinho ao princípio democrático, que se espera ser respeitado, num Estado de Direito.

Palavras chaves. *Ativismo, judiciário brasileiro e argentino, inconstitucionalidade, democracia.*

Introducción

El ámbito jurídico argentino y, principalmente, el brasileño, hasta el día de hoy nunca han experimentado el comportamiento de su Poder Judicial con notas tan expresivas de intervencionismo desenfrenado, ya sea en el ámbito del derecho público o privado, en el ámbito de los poderes legislativo o ejecutivo, atravesando competencias constitucionales, lanzando como justificación de este comportamiento activista, la fundamentalidad de los derechos a la ciudadanía, que hay que preservar, cueste lo que cueste.

Es desde esta perspectiva que se ha verificado la tendencia de los poderes judiciales de Argentina y Brasil, a través de sus Tribunales Supremos constitucionales, a dejar de lado

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

los límites de las atribuciones constitucionales, a aprovecharse, en el caso de Brasil, de las conductas omisivas del Poder Legislativo, realizar ajustes a los textos legales contrarios al principio de separación de poderes, en lo que respecta a la actividad legislativa, sin representación política popular, deliberando de acuerdo con la conciencia, los intereses y la voluntad de los jueces, lo que desvirtúa por completo la naturaleza jurídica del Estado Democrático de Derecho, que viven Argentina y Brasil.

La hipótesis central que guía la investigación es que esta conducta, que atenta contra el espíritu democrático del derecho, que los expertos llaman "activismo judicial", está siendo cada vez más defendida por el poder judicial, principalmente por los tribunales superiores y por algunos cultores del derecho, aunque aborrecida por la gran mayoría de los estudiosos, especialmente en la forma en que ha sido aplicada por el Tribunal Supremo brasileño, pisoteando demagógicamente su misión en el marco constitucional.

Sin embargo, en Brasil, en un intento por explicar esta conducta, se plantea otra contingencia, de una supuesta crisis institucional, como son los comentarios en las noticias, hechos principalmente por el ministro del STF, Luís Roberto Barroso. Sucede que los argumentos críticos al activismo del Poder Judicial, en la forma en que se ha ejercido, no se sustentan en una sola línea de esta sugerente hipótesis de fracaso del sistema político. Se trata de una situación puramente de invasión de competencias y de irrespeto al Estado democrático de derecho por parte de los poderes judiciales latinoamericanos –Argentina y Brasil–.

Es oportuno señalar respecto a Brasil que con la consolidación del Estado Constitucional, la Ley Mayor comenzó a operar imperiosamente en el mundo jurídico, convirtiéndola en la reina del orden institucional del Estado, colocada en la cima del ordenamiento jurídico del país. Y su fuerza operativa sirve para someter a su imperio todos los poderes del Estado, los actos públicos y las normas jurídicas, que se considerarán legítimos, en la medida en que los reconozca. Así, en la actualidad, el texto constitucional se presenta como la guía rectora para establecer un ordenamiento jurídico adecuado, dentro de los límites democráticos establecidos por el mismo, dando validez a los actos administrativos y legislativos. Lo recuerda con razón Silva (2005)

...que la Constitución se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico del país, al que confiere validez, y que todos los poderes del Estado son legítimos en la medida en que los reconoce y en la proporción que distribuye. Es, en suma, la ley suprema del Estado, ya que es en ella donde se encuentra la estructuración misma del Estado y la organización de sus órganos; es en ella donde *se encuentran las normas fundamentales* del Estado, y sólo en ella se advertirá su superioridad en relación con las demás normas jurídicas. (p. 45)

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Esta preponderancia jurídica de la Constitución revela que el texto constitucional tiene el *rango más alto* en el ordenamiento jurídico. Ante el reconocimiento de esta supremacía, Gilmar Mendes (2008) explica que "...cualquier conflicto de leyes con la Constitución encontrará solución en el predominio de esta última, precisamente porque la Carta Magna es el producto de un poder constituyente originario, que a su vez se eleva a la condición de obra suprema [...] Según la doctrina clásica [...] el acto contrario a la Constitución adolece de nulidad absoluta" (pp. 202-203). La lección del erudito español Molas (2007), es útil, de la siguiente manera

La Constitución es la primera de las normas jurídicas y, em cuanto tal, es la norma suprema del ordenamiento, de la que se deriva la validez de todas las demás.

Como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituídos para ejercer las postestades que les han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad. (p. 214)

Por lo tanto, frente a un Estado moderno e imperiosamente democrático -como en Argentina y Brasil- la noción de supremacía de la Constitución debe ser respetada y aceptada por todos los miembros del Estado (especialmente su pueblo y sus agentes políticos), porque como lo deja al descubierto la lección de Hesse (1991), la Ley Superior no es "...solo la expresión de un ser, sino también de un deber de ser; significa algo más que el simple reflejo de las condiciones fácticas de su validez, en particular las fuerzas sociales y políticas" (p. 15). Y Hesse (1991) continúa, en estos términos

Aunque la Constitución no puede, por sí sola, lograr nada, puede imponer tareas.

La Constitución se convierte en fuerza activa si estas tareas se llevan a cabo eficazmente, si existe la voluntad de orientar la propia conducta según el orden establecido en ella, si, a pesar de todas las cuestiones y reservas que surgen de los juicios de conveniencia, se puede identificar la voluntad de alcanzar este orden.

En conclusión, se puede decir que la Constitución se convertirá en una fuerza activa si no sólo la voluntad de poder (*Wille zur Macht*), sino también la voluntad

de la Constitución (*Wille zur Verfassung*) están presentes en la conciencia general, particularmente en la conciencia de los principales responsables del orden constitucional. (p. 19)

Finalmente, la existencia del control de constitucionalidad se vincula umbilicalmente con los principios de supremacía de la Constitución y rigidez constitucional, en el sentido de defender y concretar derechos fundamentales, funcionando como instrumento represivo, frente al intento de suprimirlos, por cualquier acto normativo o ejecutivo, que pueda frustrar la aplicabilidad de los derechos protegidos por ella.

Dada la supremacía de la Constitución, que se encuentra registrada en el ordenamiento jurídico de varias naciones, especialmente en Brasil y Argentina, ciertamente está dotada de un sistema de control, para que se respeten sus reglas. Y, en este sentido, en relación con Brasil, la Carta de 1988 estableció dos formas de control constitucional, una llamada difusa, ejercida en cualquier caso concreto y por cualquier juez o tribunal, y la otra, llamada concentrada, cuyo establecimiento se produce por los legitimados enumerados (*numerus clausus*) y su sentencia tiene lugar únicamente ante el Supremo Tribunal Federal.

Por otra parte, la Argentina, ante la ausencia de un control preventivo o abstracto de la constitucionalidad, en la actualidad salvaguarda plenamente el control de convencionalidad de la legislación, aplicando por regla general los tratados internacionales a la solución de conflictos en casos concretos. Y, al margen de un sistema jurídico de precedentes, en la actualidad confiere efecto vinculante a sus decisiones, a través de la construcción de la jurisprudencia.

Es necesario, de antemano, advertir sobre el hecho de que la pertinencia de la jurisdicción constitucional no debe olvidarse bajo ninguna circunstancia como instrumento para operacionalizar el control de la reverencia a las normas constitucionales, ya que constituye un mecanismo de utilidad esencial, reconocido por ambos países -Brasil y Argentina- con el propósito de impedir que la Carta Suprema se convierta en otro cuaderno en blanco y simple de normas, símbolo de programas políticos que, al fin y al cabo, no se le exigirían al Poder Público. (Sarmiento y Souza Neto, 2016, p. 26)

Enfoque histórico sintético

El presente no admite un esbozo histórico de mayor indagación, basta con poner sobre la mesa, consideraciones que ayudarán al desarrollo del tema central. Fue en la Europa de la posguerra donde se le dio la debida importancia a la Ley Mayor de un país, sometiendo a los legisladores ordinarios al gobierno constitucional, cambiando la supremacía legalista por el constitucionalismo. Sucede que en América Latina todo sucedió al revés, ya que las constituciones mantuvieron esa tradición, de escasa efectividad y casi nula adecuación de su texto a la realidad de los pueblos.

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Con el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, Europa comenzó a ocuparse de los derechos fundamentales, cuyo siglo XX fue el punto de partida, para el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional. Y así es que en las dos últimas décadas de ese siglo, América Latina comenzó a tener un comportamiento similar, teniendo en Brasil, con la llamada redemocratización, desatado el poder constituyente, dando contornos significativos al Derecho Constitucional. Tanto es así, que los estudiosos lo denominan el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, cuya autenticidad termina rompiendo con el modelo constitucionalista tradicional de Europa, aportando con fuerza una nueva perspectiva de la jurisdicción constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*), con una percepción de que su papel se convierte en la realización de los derechos fundamentales, previstos en las constituciones, destacando el principio de acceso a la justicia, como un instrumento de mayor pertinencia e intensidad.

En esta perspectiva, en virtud de pactos políticos, surgió la Asamblea Constituyente brasileña (1987/1988), a través de una Enmienda Constitucional y en Argentina, a través de un pacto del Poder Ejecutivo, surgió su Carta Suprema (1994), que desnuda el punto de partida para el análisis del control de constitucionalidad y su relación con la realización de los derechos fundamentales en ambos países.

Así llegamos a la consolidación del Estado Constitucional, cuya pertinencia es hacer que la Constitución tenga un carácter imperativo ante el ordenamiento jurídico, elevándolo al nivel de la norma más importante del sistema, sometiendo bajo sus reglas, la acción de todos los poderes y actos del Estado, legitimándolos en la medida en que van cumpliendo su *mens legis* y *mens legislatoris*, principalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales.

Así, es necesario respetar a cabalidad el cumplimiento del texto de la Ley Mayor del país, y asistimos al surgimiento del control de constitucionalidad, con el propósito de evitar que los procedimientos legislativos de menor jerarquía alteren los dictados constitucionales o no extraigan las normas complementarias requeridas. De hecho, surgieron dos sistemas de control completamente diferentes, uno en Francia y otro en Estados Unidos.

En lo que se refiere al presente, en América del Norte está avanzando una teoría completamente diferente, que imputa a los jueces el deber de evitar que la legislación infraconstitucional contradiga la Ley Mayor, de acuerdo con las directrices elaboradas por Hamilton (Hamilton & Madison & Jay, 2003), un importante intérprete de la Constitución Federal Americana. Es saludable mencionar que el control de la constitucionalidad de las leyes no tuvo una ley constitucional, explícitamente, sino que surgió a través de un instituto creado por el propio Poder Judicial que pasó a denominarse *revisión judicial*, cuyo hito fue la decisión del Presidente del Tribunal Supremo, John Marshal, en 1803, en el caso *William Marbury vs. James Madison*.

Pero es Mauro Cappelletti (1999) quien logra clarificar la teoría del control de constitucionalidad en Estados Unidos, cuyo origen proviene de la indignación del pueblo

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

británico, por la supremacía del parlamento británico, que no respetaba al derecho común de los individuos. Este choque alimenta la necesidad de limitar el poder legislativo, que se produjo a través de la idea que debía implementarse la supremacía de la constitución como voz popular en el sentido puramente democrático.

Sin embargo, según el mencionado erudito italiano, esta opción por el control judicial de la constitucionalidad en Estados Unidos se sustenta en las enseñanzas de Edward Coke, un juez inglés del siglo XVII, quien defendió la supremacía del derecho consuetudinario -el derecho es el dictado a través de las decisiones de los tribunales y no de los actos legislativos- frente al derecho estatutario. Dicha doctrina tenía la perspectiva de que el juez tendría el poder de controlar los excesos del parlamento y/o del rey, alabando la supremacía del derecho consuetudinario, que representa el verdadero derecho consuetudinario de los pueblos ingleses, sobre cualquier orden jurídico que surgiera de la legislatura. Los países de América Latina inicialmente terminaron bebiendo de este constitucionalismo norteamericano, cuyo modelo similar fue adoptado en Argentina, lo que curiosamente, según Belaunde (2003), también tuvo lugar por decisión de la Corte Suprema, al considerar la inexistencia de un mandato expreso de su Constitución.

Brasil, inspirado en el constitucionalismo francés hasta 1891, dejó de contar con cualquier mecanismo de control de la constitucionalidad y comenzó a abordar el tema, a través de las contribuciones de Ruy Barbosa, sobre el modelo difuso de control de la constitucionalidad, con algunas similitudes con el de los Estados Unidos.

Finalmente, es en el siglo XX cuando Europa inicia el proceso de instauración de una jurisdicción constitucional, con el surgimiento de los Tribunales Constitucionales, bajo la regencia del modelo austriaco de Hans Kelsen, quien proclamó la necesidad de un tribunal independiente de los tres poderes, con la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, que eclipsaba a la Constitución, a pesar de que el legalismo se había extendido hasta el final de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo tanto, encontramos los modelos norteamericano (difuso o concreto) y europeo (concentrado o abstracto) de control de la constitucionalidad que, si bien comparten supuestos similares basados en la suprallegalidad y la rigidez constitucional, cada uno tiene su propia peculiaridad (Dantas, 2012). Por ese modelo -difuso- se entiende que cualquier agente político del Poder Judicial puede ejercer el control de constitucionalidad, pero solo cuando se valora un caso concreto, dada la solidez del sistema que se deriva de la doctrina de *stare decisis* –*stare decisis et non quieta movere* (mantener la decisión y no perturbar lo decidido), lo que significa decir, en base a la orientación del derecho anglosajón, que un principio de derecho deducido por una decisión judicial debe ser considerado y aplicado en la solución de un caso similar– sus decisiones se vuelven obligatorias en la evaluación de la misma situación jurídica, aunque el vértice del control pertenezca a la Corte Suprema.

Por otro lado, el control concentrado o abstracto da como resultado la exclusividad de los Tribunales Constitucionales, la competencia para desconstituir leyes contrarias a la Ley Mayor. Para ello, según la idealización de Hans Kelsen, sería necesario contar con jueces

investidos de cargos, con mandatos por plazos determinados, constituyendo un tribunal especializado para la apreciación de las leyes, siempre en abstracto, llevando a cabo el control teórico de los actos legislativos, revocando la ley juzgada inconstitucional. (Castro, 2017, p. 426)

Dantas (2012) señala que América Latina no siguió un modelo, uno de esos ya predefinidos de jurisdicción constitucional, sino que se nutrió de sistemas difusos y concentrados para dar lugar a técnicas propias, donde en un mismo ordenamiento jurídico, el control puede darse de manera difusa, por parte de cualquier órgano de jurisdicción constitucional, y a través de protecciones judiciales específicas. En abstracto, se puede oponer a las conductas legislativas consideradas inconstitucionales (pp. 277-278). Es lo que ocurre en Brasil, que permite esta duplicidad de fiscalización de la constitucionalidad normativa del país, mientras que Argentina vive con un control difuso desde la segunda mitad del siglo XIX.

A la luz de este aprendizaje, es posible observar que el Derecho Constitucional en Brasil y Argentina, luego de la redemocratización, ganó un espacio de alta relevancia, garantizando a la Constitución como norma jurídica suprema, consagrando el principio de inalienabilidad de la jurisdicción, que ha sido utilizado por el Poder Judicial para controlar cuestiones político-administrativas, antes intocables judicialmente, aunque en Argentina, Haro (2003) advierte que los temas políticos siguen siendo tratados con cautela, ya que su Corte Suprema de Justicia sostiene una posición de cautela, a fin de evitar que la función judicial, a veces desatenta, opaque el principio de separación de poderes (pp. 210-211 y 219-221).

A la vista del contexto presentado, es innegable que el sistema de control de constitucionalidad es un instrumento de seguridad jurídica y representa una garantía de protección de las normas constitucionales, a través de una especie de filtrado, para que las leyes inferiores, que no sean compatibles con ellas o sean lesivas para ellas, puedan ser invalidadas y eliminadas del ordenamiento jurídico. fortaleciendo la supremacía de la Constitución (Cunha Junior, 2016). Así, el control de constitucionalidad permite al Poder Judicial otorgar el debido imperio a las normas constitucionales, concreta o abstractamente consideradas.

En el ordenamiento jurídico brasileño, el sistema de control de constitucionalidad es una combinación de procedimientos extranjeros, provenientes del estadounidense y del austríaco. El primero, precursor del control difuso de la constitucionalidad, bajo la influencia de Hans Kelsen, estableció el control concentrado de la constitucionalidad. En Argentina predomina el control difuso -la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también prevé un control concentrado y abstracto de constitucionalidad- que permite a cualquier órgano judicial descartar la aplicabilidad de una ley o acto contrario a la Constitución (artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina), disponiendo también en su artículo 43, instrumento constitucional que permite a los ciudadanos reclamar un pronunciamiento judicial sobre una cuestión constitucional, conocida como amparo, de amplia incidencia, que se ajusta a diversas situaciones.

Esto es lo que dicen los mencionados artículos

Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación conocer y decidir sobre todas las causas que versen sobre las materias regidas por la Constitución y por las leyes de la Nación, con excepción de lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 75: y para los tratados con naciones extranjeras: las relativas a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación es parte: de los casos que surjan entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre residentes de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines,

registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

El control de constitucionalidad en Argentina

El control de constitucionalidad en la Argentina estuvo intensamente marcado por la teoría del control judicial norteamericano, de hecho, instituida por creación jurisprudencial, cuando no existe ninguna disposición en su texto constitucional. Esta notable influencia es registrada por Bianchi (1998), cuando afirma que el sistema de control de constitucionalidad fue tomado del modelo norteamericano. Pero la positivización del control judicial de constitucionalidad sólo se implementó en 1994, con la reforma de la Constitución (art. 116).

En un primer momento, en virtud del sistema difuso utilizado como control de constitucionalidad, sólo ejercido en casos concretos, sus efectos, por regla general, sólo operaban *inter pars*. Pero en la década de 1940, la Corte Suprema argentina inauguró la tesis de la fuerza vinculante de sus precedentes (Bianchi, 1998, pp. 358-359), ampliando sus efectos, de manera que toda la jurisdicción nacional seguiría los pronunciamientos de la Corte Superior, permitiendo su inaplicabilidad, al proceder con la debida *distinción* (técnica de la confrontación), el magistrado verifica la divergencia fáctica y jurídica entre los casos en comparación.

Así, mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se había pronunciado sobre la posibilidad de ampliar los efectos erga *omnes*, en Brasil el sistema de precedentes solo se intensificó con el Código Procesal Civil de 2016, que cabe señalar, pasarán muchos años para que la metodología se fije realmente a nivel judicial brasileño, considerando el absoluto desconocimiento sobre su tecnicismo y la inexperiencia de sus aplicadores.

Cabe destacar también que en Argentina, de manera remansada desde 1997, en la sentencia del caso conocido como *D'Alessandro*, la Corte Suprema comenzó a posicionarse a favor de vincular sus decisiones a casos similares, con el argumento de que sus sentencias representarían el *longa manus* del contenido constitucional. Por tanto, toda demanda que contenga una pretensión de aplicabilidad de una ley o acto considerado inconstitucional puede ser bloqueada por el propio juez único, siempre que sea provocada por alguna de las partes -a pesar de que la parte doctrinal admita la declaración de oficio- y el Tribunal Supremo pueda examinar el asunto, a través del recurso extraordinario.

Por otra parte, como se ha visto, sus recursos constitucionales están previstos en el artículo 43 de la Constitución de 1994, que incluye el amparo, *el hábeas corpus* y el *hábeas data*, correspondiendo el primero al mandamiento judicial y los otros dos, denominados de manera idéntica, en la Constitución brasileña de 1988. La funcionalidad de estos instrumentos está destinada, en general, a proteger los derechos reconocidos y protegidos por su Constitución, disponiendo además que "...en el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se base el acto u omisión".

Por otro lado, a pesar de que Argentina tiene como tradición jurisdiccional, la restricción cognitiva de las llamadas cuestiones políticas, esta ha sido superada, sobre todo frente al llamado control de convencionalidad, actualmente más valorado que en Brasil, dirigido preferentemente, en la incidencia de las convenciones internacionales, a proteger los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es en la misma línea que el sistema brasileño, integrada por miembros designados por el Presidente de la República al Senado, el cual debe proceder públicamente a su aprobación, bajo el *quórum* de dos tercios de sus miembros, sin que se disponga textualmente el número de miembros que integrarán dicho Tribunal.

El control de constitucionalidad en Brasil

El control de la constitucionalidad en Brasil ha evolucionado mucho en la Constitución de 1988, centralizando en el Poder Judicial el dominio sobre todo el proceso de control, así como ampliando la legitimidad activa a las tutelas de control de la constitucionalidad, en la perspectiva de proporcionar una mayor supervisión sobre el orden constitucional. Y en esta perspectiva, como se ha dicho, estableció un doble mecanismo de control, en el que el llamado abstracto lo lleva a cabo el Tribunal Constitucional Supremo y el llamado control difuso, que se eleva a la jurisdicción, y puede llegar a ese Tribunal Superior, en virtud de recursos sustitutos.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo Federal es el responsable de llevar a cabo el control concentrado de constitucionalidad, el cual está compuesto por once jueces, elegidos libremente por el Presidente de la República, entre ciudadanos de notables conocimientos jurídicos y reputación intachable, dejando al Senado Federal, por decisión de mayoría absoluta, la posibilidad de avalar o no la elección. Y como miembros del Poder Judicial, los magistrados gozan de todas las garantías que otorga la Constitución (artículo 95, del CF), a los magistrados en general.

Así, como resultado de la evolución del derecho constitucional, Brasil, con la Constitución de 1988, al ampliar excesivamente el campo de acción del Poder Judicial, adoptó un sistema binario de control – preventivo y represivo –, actuando este último solo después de la promulgación de la norma considerada inconstitucional, con el fin de prevenir sus efectos, mientras que el primero – preventivo – a su vez, ocurrirá durante el proceso legislativo. con el fin de evitar ofender la Constitución (Novelino, 2021, p. 199). Con este fin, la Carta Democrática brasileña trajo varios instrumentos procesales de control concentrado, representados por (i) la Acción Directa de Inconstitucionalidad (IDA); (ii) Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO); (iii) Acción Declarativa de Constitucionalidad (ADC); y, (iv) Alegación de Incumplimiento de un Precepto Fundamental (ADCP).

Pero, para entender la situación vivida por Brasil, es necesario ahondar en la amplia autoridad asumida por el Poder Judicial, que dice estar respaldado por la propia Constitución, como garante de los derechos fundamentales –al menos esta es la justificación que emana de los defensores del activismo judicial–. Junto a esta liberalidad constitucional, uno de los poderes constituidos –el Poder Judicial–, en mi opinión, demasiado, los magistrados *lato sensu*, comenzaron a ejercer el control judicial de las políticas públicas y en particular, el Tribunal Supremo, inmiscuyéndose en el derecho positivo, afecta, sin lugar a dudas y en numerosas ocasiones, actos típicos de los demás Poderes, surgidos de deliberaciones tomadas democráticamente, de agentes políticos elegidos por el pueblo, derogando el principio de separación de poderes, situación que se observa a menudo en el constitucionalismo contemporáneo (Barroso, 2012), como se registrará a menudo en su propio capítulo.

Activismo judicial y proactividad judicial: una distinción ineludible

Es un dato muy interesante reconocer que la expresión "activismo judicial" no tiene su origen en ningún jurista o juez, sino que proviene de un periodista norteamericano – Arthur Schlesinger Jr.- que en enero de 1947 publicó un artículo en la revista norteamericana *Fortune*, de carácter meramente divulgativo, sobre el perfil de los jueces de la Corte Suprema norteamericana, procediendo a una división en dos sentidos, jueces activistas y no activistas, amparados en la *ratio decidendi* de sus pronunciamientos, en la búsqueda del bienestar social –activistas– o de la autocontención del Poder Judicial –no activistas–.

Por lo tanto, puede decirse que el activismo judicial, en un primer momento, no se dio como un instituto jurídico propio, surgido de una disposición normativa, de la intuición

doctrinal o incluso de la construcción de un precedente jurisprudencial. Se observa que su surgimiento se produce cuando se verifica un hecho, cuya solución a los ojos del juez, pasa por la simple lectura de la norma, exigiendo una posición expansiva y expansiva, que puede estar fuera del contexto de la acción judicial estandarizada.

Si bien no pretendemos agotar un tema tan complejo, no podemos dejar de aportar al *desiderátum* una reflexión, haciendo una distinción importante y necesaria entre proactividad y activismo judicial, so pena de colocar al Poder Judicial en una posición de permanente inercia judicial, por miedo a ejercer el activismo judicial, que no recibe aceptación en la academia jurídica, cuando para ciertas situaciones, al menos la legislación procesal civil brasileña fomenta la proactividad judicial.

Verdaderamente, creemos que la proactividad judicial/judicial es efectivamente un importante instituto jurídico, reconocido en varios pasajes por la legislación procesal civil brasileña de 2016, con la misión de contribuir al logro de los principios constitucionales, establecidos por la Carta de 1988, que estableció como misión del Poder Judicial, ejercer su actividad típica de juzgar, de manera rápida, ofreciendo condiciones de efectividad al derecho sustantivo, perseguidos en el proceso judicial. Para Rennan Faria Kruger Thamay y José Maria Rosa Tesheiner (Thamay & Tesheiner, 2019), "...en una sociedad que carece de soluciones rápidas, eficaces y eficientes, ya no es posible tener un proceso que no se preste a estos fines" (p. 449), recordando, entonces, que "...fue con esta concepción que el proceso se acercó a la Constitución Federal y, por lo tanto, del derecho constitucional", en el sentido de que "hoy se busca cumplir con el derecho constitucional y los procedimientos procesales constitucionales" (p. 449).

Y para llegar a la conclusión pretendida, es decir, que la proactividad judicial es un instituto jurídico contemplado por el derecho procesal brasileño, es necesario desmitificar y comprender el contenido, incluso semántico, de las disposiciones del artículo segundo de la ley sustancial: "El proceso comienza por iniciativa de la parte y se desarrolla por impulso oficial, salvo las excepciones previstas por la ley". Así, si bien se establece la idea de que la jurisdicción es inerte (*ne procedat iudex ex officio*), tal afirmación significa que el proceso judicial depende de la voluntad de alguien para desencadenarlo (*nemo iudex sine actore*). Sin embargo, una vez trasladada la competencia, la única vinculación procesal del juez será en relación con lo solicitado, quedando prohibido que conozca de asuntos ajenos a la demanda y a la defensa, respetando la defensa contradictoria y amplia.

Con ello, el punto central del texto legal y que merece la atención absoluta de su ejecutor, es cuando afirma, perentoriamente, que el "proceso [...] se desarrolla por impulso oficial". El legislador pretende desde el director del proceso, una administración proactiva en el logro del único fin constitucional, que es el cierre exitoso de todo el procedimiento, entregando siempre, al final del mismo, el derecho material a quien obtuvo la victoria, porque el nuevo procedimiento civil brasileño ya no contempla el seccionamiento procesal, entendiendo el proceso ordinario y ejecutorio de forma unitaria, secuencial.

De hecho, la legislación procesal brasileña, en varias disposiciones, da esta perspectiva de acción activa del magistrado, por ejemplo, la exhaustividad contenida en el inciso del

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

artículo 139, de que "...el juez dirigirá el proceso de acuerdo con las disposiciones de este Código"; su punto I, para "...asegurar la duración razonable del proceso"; el punto III, para "...prevenir o reprimir todo acto contrario a la dignidad de la justicia y a rechazar las solicitudes que se limiten a la demora; inciso IV, pudiendo "...determinar todas las medidas inductivas, coercitivas, obligatorias o subrogativas necesarias para asegurar el cumplimiento de una orden judicial, incluso en las acciones que tengan por objeto el pago dinerario"; y muchas otras.

No queremos decir, con esto, que la libertad judicial sea plena o absoluta, hasta el punto de que el juez produzca la libre convicción, a través de alguna vía sustitutiva, restrictiva o expansiva de la *mens legis* o de la *mens legislatoris*, porque de lo contrario entraríamos en un activismo judicial, que es distinto de la proactividad, cuyo concepto expresado por nosotros es la misión judicial de cumplir con los principios constitucionales procesales, los cuales llevan implícito la autorización al juez para dar por terminados y resolver oportunamente las demandas judiciales.

Por lo tanto, lo que se denomina la potestad general de las medidas cautelares es la representación más clara de la proactividad judicial, como ya lo explicó el Tribunal Superior Infraconstitucional brasileño, al entender que la "...potestad general de las medidas cautelares autoriza al magistrado a otorgar medidas cautelares de oficio, en el ámbito de preservar la utilidad de la futura disposición judicial" (Brasil, Tribunal Superior de Justicia, AGRG en la apelación interlocutoria en REsp N° 429.451 – RJ. Cuarto Panel. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. DJe: 18/09/2014).

Nótese que tal comportamiento dista mucho de lo que se entiende por "activismo judicial", cuya especificidad, si bien se vincula directamente con la acción judicial procesal, se manifiesta de manera voluntaria, a través de exégesis que termina extrapolándose al proceso, para incluso, en determinadas situaciones, inmiscuirse en otros Poderes. Esta es la línea que parece trazar Barroso (2012)

La idea de *activismo judicial* se asocia a una participación más amplia e intensa del Poder Judicial en la realización de los valores y propósitos constitucionales, con una mayor injerencia en el espacio de acción de los otros dos poderes. La postura activista se manifiesta a través de diferentes conductas, entre las que se encuentran: a) la aplicación directa de la Constitución a situaciones no contempladas expresamente en su texto y con independencia de la manifestación del legislador ordinario; b) la declaración de inconstitucionalidad de los actos normativos emanados del legislador, con base en criterios menos rígidos que los

de patente y ostensible violación de la Constitución; c) la imposición de conductas o abstenciones al Poder Público, especialmente en materia de políticas públicas. (pp. 25-26).

Tomando tal alineamiento conceptual, consideramos, a la vista de los últimos acontecimientos jurisdiccionales, desaconsejable una forma tan desenfrenada de conducir la jurisdicción, que atenta incluso contra la verdadera democracia. El enfoque de Dworkin (1999) es de gran relevancia

El activismo es una forma virulenta de pragmatismo legal. Un juez activista ignoraría el texto de la Constitución, la historia de su promulgación, las decisiones anteriores de la Corte Suprema que intentaron interpretarla y las tradiciones perdurables de nuestra cultura política. El activista ignoraría todo esto para imponer a otros poderes del Estado su propio punto de vista sobre lo que requiere la justicia. El derecho como integridad condena el activismo y cualquier práctica de jurisdicción constitucional que se acerque a él (pp. 451-452).

El "Activismo Judicial" es un hecho jurídico llevado a cabo por la acción judicial que, sin permiso legal, ejerce poder de expansión y/o restricción sobre la semántica normativa, dándole su propio ropaje. El concepto de activismo lanzado por Ramos (2010) es bastante apropiado, presentándolo como el "...ejercicio de la función jurisdiccional más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico, que institucionalmente incumbe actuar al Poder Judicial, resolviendo controversias de rasgos subjetivos (conflictos de intereses) y controversias jurídicas de carácter objetivo (conflictos normativos)" (p. 126). En la idea del estudioso, el cruce de las fronteras democráticas, de la función jurisdiccional se hace en detrimento de la función legislativa, afectando indudablemente la tripartición de poderes.

Una interesante afirmación de Trindade (2011), señala que en Brasil, la institucionalización del activismo judicial se ha dado a la inversa, ya que los jueces interfieren en la esfera legislativa, buscando "...soluciones que cumplan con los propósitos de la justicia social, autorizándolos tanto a crear la ley como a gestionar el proceso, lo que implica una intervención indebida en la esfera legislativa" (p. 135). El estudioso Ramos (2010), afirma que no existe una desviación de funciones *per se*, sino más bien una "...caracterización errónea de la función típica del Poder Judicial, con una insidiosa incursión en el núcleo esencial de funciones constitucionalmente atribuidas a

otros poderes" (p. 116). Nos parece que cambiar el sentido editorial no cambia la perspectiva intervencionista del Poder Judicial sobre los demás.

Por lo tanto, el activismo judicial es un fenómeno social, jurídico y político, que comenzó a intensificarse luego de unos años de vigencia de la Carta Democrática Brasileña de 1988, considerando el conjunto de poderes que se denominaba Poder Judicial, excesivas interpretaciones que han ejercido sus agentes, que dicho Poder estaría autorizado a contribuir a la realización de los derechos fundamentales, principios y valores contenidos en el mismo, sin el consentimiento o participación de los poderes inherentes.

El mito de la inconstitucionalidad para la práctica del activismo judicial en Brasil

Conviene hacer una breve exposición, sin atarse a la precisión de las fechas, para verificar la evolución que ha ido abriendo el Supremo Tribunal Federal para erigirse en censor de los demás poderes. Considerando la implementación del sistema mixto de control de constitucionalidad -concentrado y difuso-, la Corte Suprema, en un contexto jurisdiccional abstracto, tendría la responsabilidad de proteger las normas constitucionales, solo de manera declarativa, de aquellas disposiciones normativas, que van en contra de sus valores, como se puede extraer de la redacción acotada, inserta en el artículo 102, I, *a* de la Carta de 1988: "Corresponde al Tribunal Supremo Federal, en primer lugar, velar por la Constitución, y le corresponde: I - Enjuiciar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo federal o estatal y la acción declarativa de constitucionalidad de una ley o acto normativo federal; ...".

De manera aún más restrictiva, se trata del control difuso de la constitucionalidad, que otorga al magistrado o cuerpo colegiado la función de evaluar, en un caso concreto, la compatibilidad entre la ley o el acto normativo, aplicable al fondo de la cuestión *sub judice* y la Constitución de 1988, debiendo además, de manera declarativa, dejar de lado únicamente la norma incompatible.

Después de cierto tiempo de vigencia de la Ley Magna brasileña, el Supremo Tribunal Federal, por ejemplo en mayo de 2011, a partir de la sentencia sobre la *Unión Homoafectiva* (ADI 4.277), comenzó a liderar conductas que iban más allá de la función declaratoria negativa o positiva de inconstitucionalidad, promoviendo un verdadero activismo judicial, porque adaptó la norma al gusto de los jueces sin representación política y sin estar constitucionalmente permitido.

El Tribunal Constitucional brasileño continuó con plena libertad, y en abril de 2012, en la sentencia del Alegato de Incumplimiento de un Precepto Fundamental (ADPF) 54, decidió nuevamente un asunto que requeriría la participación democrática de los representantes populares, concluyendo que la mujer embarazada es libre de decidir si interrumpe el embarazo, si se verifica, mediante informe médico la anencefalia del feto (ausencia parcial del encéfalo y del casquete).

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

En 2019, en el ADO N° 26, ante la discusión sobre la falta de protección legal para la comunidad *LGBTQIA+*, esa Corte Suprema no solo reconoció la demora del Congreso Nacional, sino que también criminalizó la homofobia y la transfobia, en virtud del llamado 'discurso de odio'. Y hay más.

El 30/01/2020, la Organización Mundial de la Salud declaró una emergencia de salud pública de importancia internacional, debido al brote de transmisión del virus causante de la enfermedad Covid-19 (o coronavirus). Posteriormente, con el empeoramiento, la entidad decidió declarar una situación de pandemia, esto el 3/11/2020 (<https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>). Ahora bien, a la vista del escenario constitucional brasileño, la situación de pandemia sería suficiente para tipificar con claridad inexpugnable las hipótesis constitucionales del 'estado de defensa', "...por calamidades de gran proporciones en la naturaleza" (artículo 136 del CF) y/o secuencialmente, del 'estado de sitio', frente a la "...ocurrencia de hechos que demuestran la ineficacia de la medida tomada durante el estado de defensa", así como, visto analógicamente, por la "...grave conmoción de repercusión nacional" (art. 137 del CF).

Considerando que el territorio nacional padecía una 'situación de excepcionalidad', en lugar del reconocimiento formal y legitimación de los institutos del 'Estado de Defensa' o 'Estado de Sitio', impuesto por un acto de competencia exclusiva de la Presidencia de la República, única forma de implementar un régimen jurídico especial y excepcional, que afecte las cláusulas constitucionales pétreas, la Cámara de Diputados crea el Proyecto de Ley N° 23/2020, que "Dispone medidas para atender la emergencia de salud pública de importancia internacional derivada del coronavirus responsable del brote de 2019", enviado a la Presidencia de la República, para que tome la iniciativa para su promulgación por el Congreso Nacional (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140490>).

En otras palabras, ya se habría violado la Constitución de la República, porque en un 'Estado de Excepción', la competencia para restringir los derechos y garantías individuales es restrictiva del Presidente de la República, ya sea en los términos del artículo 136 de la Constitución, que el "Presidente de la República puede, [...] decretar el estado de defensa [...]" y en su párrafo 1, cuyo "decreto [...] determinará [...], las medidas coercitivas que se regirán [...]", así como, por el artículo 137 de la misma ley, donde el "Presidente de la República podrá, [...] solicitar autorización al Congreso Nacional para decretar el estado de sitio [...]" y el "decreto del estado de sitio indicará [...] las garantías constitucionales que serán suspendidas [...]". Al fin y al cabo, ni siquiera mediante una reforma constitucional el Congreso Nacional puede inmiscuirse en los derechos y garantías constitucionales, tal como lo establece el artículo 60, § 4, IV, de la Ley Mayor: "La Constitución podrá ser modificada proponiendo: [...]; Párrafo 4 - La propuesta de enmienda destinada a suprimir: [...]; IV - Derechos y garantías individuales...".

Pero, incluso ante el embrollo verificado -un conflicto de atribución entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo- fue llevado al Tribunal Supremo Federal un argumento de inconstitucionalidad –ADIs N° 6.341 y 6.343– de las Medidas Provisionales antes

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

mencionadas. Y, a medida que los ministros de esa Corte comprobaban que su poder de fuerza regulatoria era cada vez más intocable, de manera ofensiva, protagonizaron una de las manifestaciones más incisivas del activismo judicial, pues en juicio comenzaron a declarar, autorizar, restringir, ampliar y regular todas las cuestiones legales y administrativas que ocurrieron en la pandemia.

La Corte Suprema desconoció la realidad constitucional y la necesidad de implementar un 'Estado de Excepción', a través de los modelos de 'Estado de Defensa' o 'Estado de Sitio', bajo la competencia exclusiva del Jefe del Poder Ejecutivo, violó la Norma Mayor y tocó, por modulación, con énfasis en el principio de federalismo, se invistió de atribuciones legislativas y ejecutivas, nunca permitidas constitucionalmente. El caos legal se ha instalado en el país, que persiste hasta el día de hoy, como lo señaló la Investigación de Noticias Falsas sobre los hechos del 8 de enero, etc. (Investigaciones iniciadas de oficio por el propio Ministro del Tribunal Supremo –Demandante y Juez de la misma acción–).

Por lo tanto, los avances que el propio Poder Judicial se ha permitido van verdaderamente más allá de la perspectiva que el constituyente pretendía otorgar, en el sentido de garantizar única y únicamente el acceso a la justicia, que el proceso judicial obtuviera una decisión sobre el fondo en un tiempo razonable y que hubiera proactividad, en la efectividad del derecho material perseguido. Sin embargo, lo que se ha visto es la alteración del sentido participativo democrático del Poder Judicial, que a través del activismo, conducido por la saga subjetiva de sus agentes, ha ejercido jurisdicción en desacuerdo con sus competencias, alejándose de esa supuesta misión de preservar preceptos fundamentales, para concretamente, en diversas situaciones, interferir directa o indirectamente en las atribuciones del Poder Legislativo, así como instalarse en la gestión de las políticas públicas, desestabilizando la administración del Poder Ejecutivo. (Mello, 2021)

A pesar de que la Carta Federal brasileña ha calificado mejor las actividades del Poder Judicial, no ha autorizado la audacia del activismo, tal como se ha aplicado, haciendo de este poder un verdadero censor de las competencias de otros poderes, de igual calidad, cuando su misión constitucional es solamente, el ejercicio jurisdiccional regular, atento a las responsabilidades y deseos especificados por él, sin exceder, sin embargo, los límites contenidos en la Carta Federal (Mello, 2021).

Es necesario entender que para la convivencia armónica de los poderes, en la visión democrática del derecho, el fenómeno del activismo judicial, tal como se ha venido practicando, no puede ser reconocido como legítimo, no solo porque desvirtúa la función judicial típica, afectando la actividad constitucional de los demás Poderes, sino porque las decisiones tomadas por su Corte Suprema son intocables, dado que no hay recursos de reparación y su única fiscalización la ejerce un poder temeroso de las represalias, frente al poder que ha investido al Poder Judicial. Recordemos: no hay control de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en Brasil, que tiene la última palabra sobre las normas jurídicas (Capelletti, 1999, p. 20-21), siendo absoluto soberano en todas sus decisiones. (Isfer, 2021)

Streck (2013) tiene cierta razón al contextualizar un libro de Thamy Pogrebinschi (2012), que aborda el tema del activismo, la judicialización y la representación, cuando afirma que el hecho de decir que el STF sea activista no significa que el Legislativo sea débil. De hecho, el tamaño gigantesco del Poder Judicial no significa el debilitamiento del Poder Legislativo, como el autor quiere hacer parecer. Por cierto, ¿qué pasa con la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial? Si no hay debilitamiento, la imprudencia de los poderes legislativo y ejecutivo para ejercer sus funciones y poderes es ciertamente flagrante, porque conocen la fuerza imperiosa que el Poder Judicial ha extraído unipersonalmente de la Carta Federal.

Lo que estamos viviendo actualmente son jueces y tribunales llenando vacíos en el ordenamiento jurídico (Kelsen, 1998), refutando u oscureciendo normas jurídicas, con el fin de garantizar, en casos concretos o abstractos, la observancia de los mandatos (p. 212), previstos en las Constituciones, lo que a satisfacción de Barroso (2012), se denominaría activismo judicial. Esto pone en jaque toda la construcción de pesos y contrapesos entre los poderes constituidos. (Isfer, 2021)

La conducta judicial, que se desarrolla dentro de los límites de la legalidad, la palabra correcta sería proactividad judicial, de la que nos ocupamos en otro lugar y que consideramos de altísima importancia, en la consecución de objetivos constitucionales – la inalienabilidad del poder judicial, el acceso a la justicia, la oportunidad razonable del proceso y la eficacia del derecho sustantivo—. El activismo judicial es otra cosa. Se encuentra, cuando el control judicial se ejerce de manera ilimitada, en la que los magistrados se erigen en legisladores y derogan las normas jurídicas, emanadas de otros poderes, modulándolas a su libre albedrío, así como, al tramitar sus decretos judiciales, se invisten de la condición de administradores públicos, obstruyendo sin conocimiento de la causa administrativa pública, la planificación de otro poder, para satisfacer sus convicciones políticas o beneficiar a otra parte actual.

En ocasiones, no es posible olvidar, a riesgo de desvirtuar su naturaleza jurídica, que la norma suprema que autorizó el control concentrado de la constitucionalidad, fue dada por la teorización presentada por el jurista Hans Kelsen, para situaciones excepcionales, en el sentido de permitir que un Tribunal Constitucional actúe únicamente como legislador negativo, con el fin de sustraer del mundo jurídico, normas inconstitucionales. Al respecto, conviene revisar la decisión del propio Tribunal Supremo Federal, en estos términos

LA CORTE SUPREMA COMO LEGISLADOR NEGATIVO: La acción directa de inconstitucionalidad no puede ser utilizada con el objetivo de transformar indebidamente a la Corte Suprema en legislador positivo, ya que la facultad de innovar el sistema normativo, de manera inaugural, es una función típica de la institución parlamentaria. No es lícito pretender, en el contexto de un control

normativo abstracto, que el Supremo Tribunal Federal, a partir de la supresión selectiva de fragmentos del discurso normativo inscritos en el acto estatal impugnado, proceda a la creación virtual de otra norma jurídica, sustancialmente divorciada del contenido material que le da el propio legislador (Brasil, Supremo Tribunal -federal. ADInMCQO 1.063/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 27-4-2001, p. 57).

Al fin y al cabo, el Congreso Nacional es el único que reúne "...a representantes de diferentes ideologías, grupos políticos, minorías y clases sociales, por lo que muchas corrientes y facciones se mezclan, y deben interactuar, negociar, ceder, componer y transigir para la producción final de una ley" (Isfer, 2015, p. 83). Así, la única conclusión que puede extraerse de esta peculiaridad es que las obras de estos representantes del pueblo, indudable y presuntivamente, son normas jurídicas que deberían traducir la perspectiva de mayor pertinencia de la pluralidad del pueblo, que les proporcione, al menos en teoría, validez jurídica.

El activismo judicial, implementado por el Poder Judicial, no puede ser admitido, en vista de uno de los principios más relevantes en el ámbito constitucional, que es el de la legalidad, única e imprescindible herramienta, para que la maquinaria del sistema de pesos y contrapesos, que orienta y da seguridad jurídica, a la separación de funciones constitucionalizadas, pueda en última instancia proteger, a los ciudadanos de los abusos y arbitrariedades de los gobernantes. Este discurso es fuertemente blindado por la Asamblea Constituyente brasileña, que enumeró como una cláusula pétrea, "...los derechos y garantías individuales" (art. 60, § 4, III, del CF).

Dice el art. 60 "La Constitución puede ser modificada proponiendo: [...] Párrafo 4 - La propuesta de enmienda destinada a suprimir: [...] IV - Derechos y garantías individuales".

Activismo judicial en Argentina

Finalmente, nos corresponde hacer algunas consideraciones sobre la existencia efectiva o no del activismo judicial y cómo la Argentina ha venido enfrentando el tema.

Como se ha señalado, desde el siglo XIX, el país ha utilizado el control judicial de la constitucionalidad por medios difusos y recientemente su Corte Suprema ha comenzado a admitir que un caso resuelto puede producir *efectos erga omnes*. Aun con esta metodología de control de constitucionalidad, la formación del activismo judicial es más compleja, considerando las posibilidades de revisión de los recursos.

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Pero al igual que en Brasil, "...en Argentina se puede decidir que el activismo judicial comienza a tener presencia en el Poder Judicial a partir de la regresión de la vida democrática, es decir, a mediados de los años ochenta" (Vargas, 2020, p. 52). Ciertamente, Argentina solo comenzó a experimentar la situación de su Poder Judicial, ocupando espacios de otros poderes, luego de su redemocratización, comenzando a "...atender demandas que deberían ser debatidas en el Parlamento, elevando la tesis del delito a los lineamientos constitucionales de la separación de poderes", según Ygor Pierry Piemonte Ditão (2020, p. 137).

Así, su coexistencia con la teoría del activismo judicial es contemporánea, aunque ya existen preocupantes manifestaciones de aprobación respecto a la acción activista en su judicatura, cuando "...llegado el caso puede determinar que deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio" (Maraniello, 2009, p. 165). Isabel Lifante-Vidal (2020, p. 17), citando a otro estudio, aborda oportunamente el activismo judicial argentino, con el siguiente discurso

Para SOSA SACIO los jueces activistas serían los que en términos generales tienden a: 1) dictar decisiones obligatorias-directivas; 2) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso atribuirse nuevas); 3) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico; 4) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales; y 5) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional. El activismo se manifestaría frente a casos complejos que pueden ser por diversos motivos: casos difíciles o trágicos (que requieran evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); casos en los que el Derecho positivo resulta insuficiente para decidir; casos que requieran una respuesta más allá del litigio individual, requiriendo sentencias de carácter estructural; o casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar en atención a las consecuencias (políticas, económicas...) del fallo.

La exposición antes mencionada es bastante singular, porque esboza una idea diferente de todo lo deducido hasta ahora, ofreciendo su propia connotación, al ponderar que "...el activismo se manifestaría frente a casos complejos que pueden resolverse por diversas razones: casos difíciles o trágicos [...]; casos en los que el derecho positivo es insuficiente para decidir; casos que requieren una respuesta más allá del litigio individual, requiriendo

sentencias de carácter estructural; o casos en los que es necesario moderar la decisión para tener en cuenta las consecuencias (políticas, económicas...) del fracaso" (Lifante-Vidal, 2018, p. 17). Sólo hay que señalar, a pesar de la perspectiva heterogénea, que aun así, la dificultad y el peligroso libre albedrío permanecerían, en la elección de estos casos concretos.

Argentina también cuenta con doctrinarios que defienden esta intervención judicial activista, en la perspectiva de que se estaría tratando de llevar a cabo una disposición jurisdiccional de derecho. Creemos que la apuesta doctrinaria es bastante preocupante, porque es un camino de no retorno y la respuesta que el tiempo pueda ofrecer al país vecino se puede extraer de la experiencia que está sufriendo Brasil, donde cada vez más, el Poder Judicial ha ido inmiscuyendo en las competencias constitucionales de otros poderes igualmente constituidos.

Por ello, no podemos dejar de destacar lo que ya han advertido Piero A. Tozzi, Sebastián Marcilese y Rossana Muga Gonzáles (2015), que "...nos acercamos a una peligrosa tendencia [...] en la que poco a poco se va legitimando una suerte de avance de los jueces sobre otros poderes" (p. 35), como ya se vio en dos casos juzgados allí, que dieron un tono desconectado de la legítima actividad judicial, que se denominaron (i) el choque de la Ley Ponto Finale, y, (ii) la sentencia sobre el aborto.

En el primer caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desconoció el conjunto fáctico y jurídico que vivía la sociedad, lo que derivó en la sentencia del *fallo* 17.768, en cuyo momento de transición a la redemocratización, surgieron las Leyes 23.492 y 23.521 (derogadas por la Ley 24.952), como instrumentos que traerían una solución entre dictadores y víctimas. pero mal entendido por esa suprema jurisdicción, que entendió que su admisión en el ordenamiento jurídico era insostenible (Ditão, 2022, p. 108), entre otros tantos motivos, puntualmente, los siguientes:

Resulta meridianamente claro que una situación como la descripta que sí podría enmarcarse mediante una suerte de interpretación extensiva en el art. 29 de la Constitución Nacional no puede igualarse ni por su origen ni por sus efectos a la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final. Basta con señalar como ya se adelantó que a diferencia de las leyes que aquí se cuestionan fue sancionada por el mismo gobierno extendiendo así su propio poder, que no discriminaba responsabilidades y que vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción. Ninguno de estos elementos se configuran en las leyes hoy impugnadas. Es por ello que considerar que el Poder Legislativo que las sancionó o el Poder

Judicial que las convalidó incurren en la pena de infames traidores a la pátria significaría equiparar de un modo absolutamente arbitrario dos situaciones totalmente dissimiles. (CSJN. Fallo 17.768)

En el segundo caso, sobre el aborto, la Corte Suprema ratificó una decisión judicial, que entendió que era posible autorizar a una menor embarazada a abortar, porque el embarazo se produjo por violación. Sin embargo, parte de la doctrina argentina consideró la decisión como activista, ponderando lo siguiente:

Por el contrario, entendemos nosotros que si el legislador realmente hubiera querido incluir todo supuesto de violación como no punible, entonces no hay razón alguna para agregar la referência a los actos contra el pudor de las mujeres “idiotas o dementes. Es decir, si el legislador – como se pretende hacer creer con el análisis de la sentencia– realmente hubiera deseado no hacer distinción alguna entre todos los supuestos de violación que justificarían el aborto y el embarazo producto de actos contra el pudor ejercido sobre mujeres “idiotas o dementes”, sencillamente no hubiera hecho esa distinción, ya que habría bastado con solo decir que cualquier aborto que tenga como causa un embarazo por violación era permitido. Sin embargo, dado que el legislador hizo esta distinción, quiere decir que sólo entendió que es justificable el acceso al aborto en caso de que el embarazo sea producto de una violación o de actos contra el pudor ejercidos únicamente sobre una mujer “idiota o demente” y no en todos los casos en que ocurra una violación. (Tozzi, Marcilese & Gonzáles, 2015, p. 15)

A través de este enfoque, ya se denota que la Argentina está transitando por aguas procedimentales de llevar a su Poder Judicial temas que deberían estar bajo el escrutinio del Poder Legislativo, así como injerencias inapropiadas en las políticas públicas. Es necesario respetar la redemocratización lograda, de manera que los debates sobre temas de carácter político, principalmente aquellos que requieren la injerencia de representantes,

legítimamente elegidos por la ciudadanía, se construyan a través del proceso democrático. Del mismo modo, las actividades del Poder Ejecutivo no pueden ser sustituidas por la voluntad del Poder Judicial, no sólo porque esta función no le corresponde, sino principalmente porque se corromperían los principios democráticos.

Consideraciones finales

La tendencia que consideramos desenfrenada es que los poderes judiciales de Argentina y Brasil, principalmente, a través de sus Cortes Supremas, se están apoderando de la exégesis constitucional, incondicionalmente, o incluso, en el caso de Brasil, aprovechándose de la conducta omisiva del Poder Legislativo, para investirse de atribuciones ejecutivas y competencias legislativas institucionales, de los demás poderes constituidos, que no les pertenecen, violatorio del principio de separación de poderes, degradando el Estado Democrático de Derecho.

Es necesario, en el ámbito de la propia inspiración constitucional, hacer una distinción necesaria entre la proactividad judicial y el activismo judicial. Mientras que el primero es un instituto jurídico dinámico, en el avance del itinerario procesal, con la misión de contribuir al logro de preceptos fundamentales –acceso a la justicia, celeridad y efectividad del derecho–, el segundo, denominado activismo judicial, constituye un hecho jurídico, practicado por intervención judicial que ejerce un poder no autorizado por la ley, de expansión y/o restricción, sobre la semántica de una determinada normativa, dándole ropa, según el gusto del juez.

La existencia del control de constitucionalidad se vincula umbilicalmente con los principios de supremacía de la Constitución y de solidez constitucional, en el sentido de proteger los derechos fundamentales, funcionando única y exclusivamente como instrumento represivo y no declarativo-constitutivo, al intentar suprimirlos, por cualquier acto normativo o ejecutivo, que pueda frustrar la aplicabilidad de los derechos protegidos por ella.

El comportamiento jurisdiccional que ha sido practicado por las Cortes Supremas de Brasil y Argentina -esta última en menor potencial- en el sentido de interferir en las funciones propias de las demás entidades constituidas, siempre que sean llamadas a pronunciarse, sobre posibles irrespetuosos de los dictados constitucionales, atípicamente, tomando las competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, para producir configuración normativa al gusto judicial, es muy preocupante.

Por otra parte, la constancia de este ejemplo puede tomar proporciones inimaginables, considerando la posibilidad instrumental de que instancias judiciales ordinarias, argentinas y brasileñas, practiquen una misma conducta de control de constitucionalidad, cuando se denomina incidentalmente, en un caso concreto –control difuso– juzgando y determinando, supuestamente, la mejor manera que los Estados y Municipios gestionen los intereses de la colectividad, o incluso, Legislaturas estatales y municipales, adecuando las normas, a la libre voluntad del juez de la ciudad.

Referencias bibliográficas

Barroso, L. R. (2012). *Judicialización, activismo judicial y legitimidad democrática*.

(SYN)TESIS, 5(1), 23-32. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>

Belaunde, D. G. (2003). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Editora Jurídica Grijley.

Bianchi, A. (1998). *Control de Constitucionalidad*. Ábaco de Rodolfo Depalma.

Cappelletti, M. (1999). *El control judicial de las leyes en el derecho comparado*. Sergio Antônio Fabris editor.

Capelletti, M. (1993). *¿Jueces legislativos?* Sergio Antônio Fabris Editor.

Castro, G. de (2017). Control de constitucionalidad en Brasil y Argentina: orígenes e influencias del control de constitucionalidad bajo una perspectiva comparada. *Revista Jurídica*, 04(49), 418-439. <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/revjur/article/view/2300>

Cunha Junior, D. da (2016). *Control de constitucionalidad. Teoría y Práctica*. Juspodivm.

Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430. Ordenar la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).

<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. CSJN. S. 1767. XXXVIII. Simón,

Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768

<https://www.asser.nl/upload/documents/20121101T042835->

[Cavallero%20Argentina%20Corte%20Suprema%20Fallo%20anulando%20las%20](https://www.asser.nl/upload/documents/20121101T042835-Cavallero%20Argentina%20Corte%20Suprema%20Fallo%20anulando%20las%20leyes%20de%20amnistia.pdf)

[0leyes%20de%20amnistia.pdf](https://www.asser.nl/upload/documents/20121101T042835-Cavallero%20Argentina%20Corte%20Suprema%20Fallo%20anulando%20las%20leyes%20de%20amnistia.pdf)

Dantas, I. (2012). *Constitución y Proceso*. Juruá.

Ditão, Y. (2020). *Integración en América Latina: una construcción de la estructura de la separación de poderes de Brasil y Argentina*. Liberars.

Ditão, Y. (2022). Activismo judicial en Brasil y Argentina: las ilusiones del poder judicial y su reflexión sobre la integración regional. *INTER, Revista de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la UFRJ*, 5(1), 94-121.
<https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/49204>

Dworkin, R. (1999). *El imperio del derecho*. Martins Fontes.

Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J. (2003). *El federalista*. Librería Líder y Editora Ltda.

Haro, R. (2003). *El control de constitucionalidad* [El control de constitucionalidad]. Zavalía Imprenta.

Hesse, K. (1991). *La fuerza normativa de la Constitución*. Sérgio Antônio Fabris.

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Horta, R. (2003). *Derecho Constitucional*. Del Rey.

Isfer, R. (2015). *El Reglamento y sus Aspectos en el Ámbito del Derecho Tributario*.

Reserva rápida.

Isfer, R. (2021). El principio de legalidad y su relevancia en la era del activismo judicial.

Revista da AGU, Brasilia-DF, 20(02), 223-242.

<https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2671>

Kelsen, H. (1998). *Teoría general del derecho y del Estado*. Martins Fontes.

Lifante-Vidal, I. (2019). *Activismo Judicial y Judicialización de la política*. *Revista i-*

Latina, 1(2019), 1-27. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/activismo-judicial-y-judicializacion-de-la-politica-985507/>

Maraniello, P. A. (2009). *El activismo judicial una herramienta de protección constitucional*. *El activismo judicial una herramienta de protección constitucional*.

Trabajo expuesto en la conferencia brindada en el Colegio de Abogados de Entre Ríos el 27 de junio de 2008, 121-165.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

Mello, R. N. (2021). El activismo judicial de la Corte Suprema frente al Legislativo:

Identificación de límites de la jurisdicción constitucional y análisis crítico de las decisiones sobre reforma política. *Revista Populus, Salvador, 11, 167-256*.

https://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/17912/mod_label/intro/7o-ativismo-judicial-do-stf.pdf

Molas, I. (2007). *Derecho constitucional*. Tecnos.

Novelino, M. (2021). *Curso de Derecho Constitucional*. Editora juspodivm, 16°.

Organización Mundial de la Salud. (30 de enero de 2020). La OMS declara emergencia de salud pública de importancia internacional debido a un brote de nuevo coronavirus. El director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus. <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>

Pogrebinschi, T. (2012). *¿Judicialización o representación? Política, derecho y democracia en Brasil*. Elsevier Editora Ltda.

Proyecto N° 23 de 2020. Iniciativa: Presidencia de la República. Autoría: Cámara de Diputados. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140490>

Ramos, E. da (2015). *Activismo judicial: parámetros dogmáticos*. Saraiva.

Silva, J. A. da (2005). *Curso de direito constitucional positivo* (25a ed.). Malheiros.

Streck, L. (2013). *¿Qué es esto, el activismo judicial, en cifras?* Conjur. Consejo Editorial del Observatorio de la Jurisdicción Constitucional (OJC) y del Instituto

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Brasiliense de Derecho Público (IDP). <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros/>

Tribunal Superior de Justicia. Brasil. Apelación Especial N° 279.273/SP. Tercer panel.

Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. Ministra de Juicio Nancy Andrichi. DJ 29/03/2004, 230.

Tribunal Superior de Justicia. Brasil. Agrg en la apelación interlocutoria en resp N°

429.451 – RJ. Cuarto panel. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Dje: 18/09/2014.

Tribunal Supremo Federal. Brasil. Adinmcqo 1.063/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso

de Mello, DJU 27/4/2001, 57.

Tesheiner, J. M. R., y Thamay, R. (2019). *Teoría General del Proceso. Nuevos caminos*

del proceso contemporáneo. Saraiva Jur.

Tozzi, P. A., Marcilese, S., e Gonzáles, R. (2015). El activismo judicial en la latino

américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. *Revista*

Jurídica unicuritiba, 3(40), 35.

<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/revjur/article/view/1358>

Trindade, A. K. (2011). El Supremo Tribunal Federal y el péndulo de Foucault. En A.

Trindade, y A. Espindola Araujo da Silveira (Orgs.). *Derechos fundamentales y espacio público II* (v. 2, pp. 127-142). Concepto Editorial e IMED.

Ratio Iuris

Revista de Derecho

UCES

Vol. 13 Núm. 1, enero-junio 2025, pp. 80-109

ISSN: 2347-0151 (en línea)

Vargas, N. O. (2020). Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿Activismo judicial contra la autonomía? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 26°, 43-66.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2021/30/49758-2020.pdf?App=cidh&class=2&id=37004&field=168>