



EL EFECTO RETROCESO DEL PODER LEGISLATIVO COMO RESPUESTA AL ACTIVISMO JUDICIAL: SITUACIONES DE PARADIGMA EN EL DERECHO BRASILEÑO

Alexandre de Freitas Carpenedo¹

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar la reacción del sistema político a las posiciones del Poder Judicial, en especial las de carácter garante, en materia de derechos y garantías fundamentales (efecto contragolpe). A partir de la conceptualización del efecto contragolpe, cabe preguntarse, principalmente, si este tipo de reacción legislativa ocurre en Brasil. A partir de esto, a través de la contextualización del instituto y el examen de situaciones concretas, se investiga la legalidad y legitimidad de tales comportamientos reactivos. El trabajo se construye mediante la metodología narrativo-descriptiva, desarrollada a través de trabajos doctrinales, artículos, legislación y, principalmente, los casos jurisprudenciales mencionados.

Palabras clave: Efecto *backlash*; Controles y contrapesos; Vaquejada; Enmienda constitucional núm. 96/2017; Cláusulas pétreas.

1 Introducción

El surgimiento del pospositivismo y el neoconstitucionalismo trajo consecuencias inherentes a ellos en el sistema jurídico brasileño contemporáneo. Luego de la relectura de los principios jurídicos y la búsqueda de la justicia más allá de la estricta legalidad, pasa a existir, a partir de entonces, una mayor incidencia de entendimientos como el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución y la fuerza contundente de los principios, así como fenómenos tales como la expansión de la jurisdicción constitucional y del activismo judicial. En este paso, el llamado efecto *backlash*, específicamente en lo que atañe a la reacción del Poder Legislativo a las decisiones del Poder Judicial, no es un fenómeno reciente, habiéndose verificado una incidencia relevante en los Estados Unidos de Norteamérica.

Se sabe que, a través del sistema de frenos y contrapesos, es natural e incluso saludable que los poderes (o funciones), en lo que sea necesario y compatible, actúen con el objetivo de hacer cesar eventuales excesos de los demás, evitándose abusos y garantizándose la armonía entre estas esferas. El objetivo es verificar, sin embargo, si este tipo de reacción se limita al uso legítimo de este sistema de limitación recíproca entre poderes o si existe un ingreso indebido a atribuciones ajenas, con posible inconstitucionalidad de esta consecuente acción. Así, este artículo tiene como objetivo dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿el efecto *backlash*, en su cuño político (reacción del Poder Legislativo) existe en Brasil? Si es así, ¿se ha mostrado

¹ Abogado Federal, actualmente actuando en el Equipo Estatal de Tribunales Federales Especiales en Rio Grande do Sul. Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. Especialista en Derecho Público, con énfasis en Derecho Constitucional.. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9295-0593> E-mail: alexandre.carpenedo@agu.gov.br

legítimo?

El estudio se divide en tres partes: la primera está dedicada al concepto del instituto, con su análisis y evolución temporal; el segundo analizará la (i) legitimidad de esta forma de acción, a la luz de la separación de poderes, en diferentes situaciones y también por formas igualmente diferentes del proceso legislativo. Por tanto, se analizan los juicios paradigmáticos (con la correspondiente reacción legislativa) en el derecho brasileño: Reclamación de Incumplimiento de un Precepto Fundamental N° 54 (no penalización de la anticipación terapéutica del parto, en caso de anencefalia del feto), Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 4277 y ADPF N° 132 (reconocimiento de la constitucionalidad de las uniones del mismo sexo) y, en particular, la ADI N° 4.983 (caso de *vaqueada*); finalmente, la tercera parte analiza situaciones paradigma del efecto *backlash* en el derecho brasileño, con énfasis en el llamado “caso *vaqueada*”, así como en la constitucionalidad de esa reacción.

2 Hitos del derecho constitucional contemporáneo: el auge del activismo judicial

Para Barroso (2005, pág. 02), el derecho constitucional contemporáneo, en su trayectoria seguida en Europa y Brasil, ha tenido en cuenta tres hitos fundamentales (histórico, teórico y filosófico). Estos hitos implicaron cambios de paradigma y crearon “una nueva percepción de la Constitución y su papel en la interpretación jurídica en general”.

El hito histórico, en lo relevante para el presente estudio, toma en cuenta su origen en el mundo - posguerra - y en Brasil - la Constitución de la República de 1988 y el proceso de redemocratización. La falta de aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales trajo consecuencias particularmente graves en el período que antecedió a la Segunda Guerra Mundial, y los textos constitucionales actuales no pudieron evitar el surgimiento de regímenes dictatoriales, como el fascista y el nazi.

A modo de ejemplo: aunque encomiable², la Constitución de Weimar era leída como una norma poco eficaz. Sus artículos no eran considerados de aplicación inmediata, “y la falta de tutela judicial directa de estos derechos favoreció la erosión del sustrato democrático de la Constitución de Weimar, dando paso a la instauración del régimen totalitario a partir de 1933”. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 reaccionó contra estas fallas, buscando hacer efectiva su vigencia inmediata y fuerza normativa (MENDES; BRANCO, 2018, pág. 225).³

En el magisterio de Barroso (2005, pág. 04-05), como hito filosófico del nuevo derecho constitucional, el pospositivismo se sitúa en la convergencia entre el iusnaturalismo y el

² Fue considerada uno de los más avanzadas del mundo, siendo una de las primeras en prever expresamente derechos sobre el **orden económico y social** y sobre la **familia, la educación y la cultura** (SILVA, 2014, pág.84).

³Sobre el tema, Vieira también enseña (2018, pág. 95): “Sin embargo, hay un conjunto de cláusulas en nuestra Constitución que, aunque aceptan ser cambiadas por este curso razonablemente flexible, no pueden tener su contenido abolido. [...] Esta idea de atrincherar ciertas disposiciones constitucionales, aunque antigua, ganó una nueva dimensión después de la constatación de que Hitler estaba erosionando la Constitución de Weimar, de 1919, utilizando sus propios procedimientos de enmienda, que no establecían límites para la alteración ni siquiera de sus cláusulas fundamentales.

positivismo jurídico. Busca reemplazar los modelos puros por un “conjunto difuso y amplio de ideas”.

Este hito busca superar el derecho positivo pura y simplemente, sin, sin embargo, desconocer el principio de legalidad. También defiende que la aplicación de la ley debe basarse en una teoría de la justicia, sin dar fundamento a la casuística, principalmente por parte del Poder Judicial.

El pospositivismo involucra no solo el derecho, sino también la sociología y la política, reconsiderando la importancia de la moralidad para el sistema jurídico; es un movimiento multidisciplinario de reencuentro del derecho con la moral⁴, sin recurrir a categorías metafísicas (BARROSO, 2005, pág. 05). También según el autor, promueve un acercamiento entre el derecho y la filosofía.

Surgido en la posguerra, en suelo europeo, el neoconstitucionalismo busca llevar la Constitución - y su fuerza normativa - al centro de la sociedad, pasando a primar por su supremacía efectiva.⁵ El autor también sugiere que, como marco teórico, se sustenta en tres pilares: el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la ampliación de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de su interpretación.

Mendes y Branco (2018, pág. 80) conceptualizan así este movimiento teórico:

Hoy se puede hablar de un momento de constitucionalismo que se caracteriza por la superación de la supremacía del Parlamento. El momento actual lo soporta la superioridad de la Constitución, a la que están subordinados todos los poderes constituidos por ella, garantizada por mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad. La Constitución, además, se caracteriza por la absorción de valores morales y políticos (fenómeno que a veces se denomina materialización de la Constitución). sobre todo, en un sistema de derechos fundamentales autoaplicables. Todo ello sin perjuicio de seguir afirmando la idea de que el poder deriva del pueblo, que ordinariamente se manifiesta por sus representantes. Varios autores, especialmente en España y Latinoamérica, denominan a este conjunto de factores neoconstitucionalismo.⁶

La expansión de la jurisdicción constitucional, mencionada anteriormente, también implicó el auge del activismo judicial, un fenómeno iniciado en la Corte Suprema de Estados Unidos (BARROSO, 2005, pág. 39) y que es cada vez más visto en las decisiones judiciales de

⁴“El pospositivismo pretende ser una teoría general del derecho aplicable a todos los ordenamientos jurídicos, cuyo aspecto distintivo consiste en defender una conexión necesaria entre derecho y moral” (FERNANDES, 2017, pág. 59).

⁵Las constituciones, como se teorizó en sus albores (especialmente en los Estados Unidos y Francia), eran, de hecho, vistas como una expresión de la voluntad del pueblo. Sin embargo, este pensamiento fue reemplazado por el concepto de constitución como un pacto entre un monarca soberano y las demás clases, aunque con algunas limitaciones al primero. Así, a través de este documento, los poderes comenzaron a ser distribuidos entre las clases sociales, pero bajo el control del rey. Con el avance del capitalismo y el conflicto de clases, a principios del siglo XX, ideales como la constitución y la justicia perdieron su significado original, sirviendo solo como un instrumento de formalización de lo que era establecido por el soberano. Es decir, la constitución pasó a ser vista -y efectivamente lo era- como un documento formal, sin gran capacidad para interferir en la realidad (VIEIRA, 2018, pág. 85-86).

⁶Fernandes (pág. 54), sin embargo, observa que las perspectivas neoconstitucionalistas no serían unísonas y que habría “neoconstitucionalismos” y no solo “un neoconstitucionalismo”.

los tribunales brasileños.

Se sabe que el asunto es objeto de diversas controversias. ¿Cómo conciliar el activismo judicial con el sistema de *pesos y contrapesos*? ¿El exceso en el ejercicio de la jurisdicción no sería, de hecho, una violación de la lógica de la separación de “poderes” (funciones) del Estado?

Eso es lo que, junto al activismo judicial sobre el que flota el efecto *backlash*, será analizado a partir de ahora.

3 Efecto *backlash*: Concepto y evolución

El diccionario de Cambridge define *backlash* de la siguiente manera: a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics (BACKLASH, 2020).⁷ El efecto *backlash*, como explica Marmelstein (2016, pág. 07), bajo análisis desde una perspectiva jurídica, se relaciona con la reacción social o política a una determinada línea ideológica del activismo judicial.

Por tanto, como reacción a las decisiones judiciales, el efecto *backlash* es así expresado por el autor (2015):

(1) En un asunto que divide a la opinión pública, el Poder Judicial dicta una decisión liberal, asumiendo una posición de vanguardia en la defensa de los derechos fundamentales. (2) Como la conciencia social aún no está bien consolidada, la decisión judicial es bombardeada con discursos conservadores enardecidos, llenos de falacias con un fuerte apelo emocional. (3) La crítica masiva y políticamente orquestada a la decisión judicial acarrea un cambio en la opinión pública, capaz de influir en las elecciones electorales de una gran parte de la población. (4) Con esto, los candidatos que adhieren al discurso conservador tienden a ganar un mayor espacio político, siendo a menudo campeones de votos. (5) Al ganar las elecciones y asumir el control del poder político, el grupo conservador puede aprobar leyes y otras medidas que corresponden a su cosmovisión. (6) Dado que el poder político también influye en la composición del Poder Judicial, dado que los miembros de los órganos superiores son designados políticamente, se abre un espacio para un cambio de entendimiento dentro del propio Poder Judicial. (7) Al fin y al cabo, puede haber un retroceso legal capaz de crear una situación normativa incluso peor que la que existía antes de la decisión judicial, perjudicando a los grupos que supuestamente se beneficiarían de esa decisión.

Históricamente, la palabra se usó para designar una reacción de la opinión pública ante situaciones políticas controvertidas. Fue entendida también como una respuesta - contraria - a la lucha por los derechos civiles. Normalmente, por lo tanto, cualquier reclamación que pudiera ir en contra el *status quo* sería susceptible a una reacción conservadora; en este aspecto, el efecto *backlash*. En este sentido, Fonteles (2019, pág. 25) explica:

Con el tiempo, hacia mediados del siglo XX, la palabra se acercó a su significado utilizado en los dominios del Derecho Constitucional, entendiéndose como una reacción de la opinión pública a las controversias

⁷ Un sentimiento fuerte entre un grupo de personas en reacción a un cambio o eventos recientes en la sociedad o políticos”, en traducción libre.

políticas. En este contexto más cercano al actual, históricamente, el término *backlash* fue percibido como una reacción a las luchas por los derechos civiles, como los derechos fundamentales de los estadounidenses afrodescendientes (*white backlash*) y de las mujeres (*backlash* como reacción al feminismo).

El propio autor destaca (pág. 27), sin embargo, que esta expresión ha sido objeto de evolución, y que, en la actualidad, no se limita a reacciones conservadoras a las decisiones judiciales:

De hecho, el *backlash* no se limita a reacciones conservadoras porque, contrariamente a la definición dada anteriormente por Post y Siegel, no siempre surgirá contra una decisión que amenace el *status quo*. En teoría, aunque esto es relativamente poco común, es posible la formación de un *backlash* no conservador, opinión compartida por *status* autores como Kleilein y Petkova¹³, para quienes el *backlash* 'progresista' sería una esperanza para aquellos que resisten a la Administración Donald Trump (EUA) o contra los partidos políticos de extrema derecha en Europa.

De hecho, es posible que la reacción sea de carácter progresista, en respuesta a la llamada decisión “conservadora”. La historia del constitucionalismo estadounidense ha demostrado esto⁸. Sin embargo, lo que se ha visto en la legislación brasileña es que, en la práctica, el efecto *backlash* ha surgido como respuesta de una parte conservadora de la sociedad y del Poder Legislativo a las llamadas decisiones “progresistas” de los Tribunales.

Se sabe que el neoconstitucionalismo ha sido protagonista del llamado *proceso de constitucionalización del derecho*.⁹ Como ya se ha destacado, el auge de este fenómeno de la posguerra ha implicado un aumento del activismo judicial y, en este contexto, también se sabe que el Poder Judicial ha desempeñado cada vez más un rol contra mayoritario, notablemente en el control de la constitucionalidad (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, págs.21-22). Por lo tanto, las decisiones de cuño controvertido, pasibles de críticas por parte de la opinión pública, también están sujetas a reacciones del parlamento en el sentido contrario, sirviendo a menudo, de hecho, como una plataforma electoral para los candidatos conservadores que adoptan una

⁸ “La historia del constitucionalismo estadounidense también ofrece una gran ilustración de *backlash* 'progresista', como las reacciones al caso *Bowers v. Hardwick* (1986), cuando la Corte Suprema de Estados Unidos no pronunció la inconstitucionalidad de una ley que criminalizaba la sodomía, provocando una avalancha de protestas. [...] Invocando el derecho constitucional a la intimidad, en cuanto sorprendido en la intimidad de su hogar, el imputado postuló la invalidación de la ley estatal que criminalizaba las prácticas homosexuales. Sin embargo, la Corte Suprema se negó a hacerlo, postura que fue entendida simbólicamente como un *apartheid* entre heterosexuales y homosexuales. La fracción LGBT norteamericana reaccionó a la sentencia con ira, demostrando que el *backlash* no siempre es un intento de conservar el *status quo*, que ataca una decisión transformadora o subversiva. El caso narrado muestra que el *backlash* también puede representar exactamente un intento de cambiar el *status quo*, reaccionando contra una decisión encaminada a mantenerlo” (FONTELES, 2019, pág. 28).

⁹ En definitiva: el neoconstitucionalismo o nuevo derecho constitucional, en el sentido aquí desarrollado, identifica un amplio conjunto de transformaciones ocurridas en el Estado y en el derecho constitucional, en las que se puede señalar, (i) como marco histórico, la formación del Estado constitucional de 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 la reaproximación 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 resultó en un extenso y profundo proceso de constitucionalización del Derecho” (BARROSO, 2005, pág. 11-12).

posición contraria en estos asuntos que son objeto de juicio en los tribunales nacionales.

4 ¿Desempeño legítimo como sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*)?

También se podría considerar que la acción legislativa en discusión no sería más que una forma legítima de limitación de las funciones estatales (en este caso, el Poder Judicial) por parte del propio Estado (a ser realizada por el Poder Legislativo), a través del llamado sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*).

Teorizado por el barón de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat (1996, pág. 167), el sistema de pesos y contrapesos tiene una relación intrínseca con la actual separación de funciones (“poderes”) del Estado. Al tratar de la libertad política del ciudadano, en su relación con la Constitución, el pensador sobre el tema afirma (1996, pág. 168):

La libertad política, en un ciudadano, es esa tranquilidad de ánimo que proviene de la opinión que cada uno tiene sobre su propia seguridad; y para tener esta libertad, el gobierno debe ser tal que un ciudadano no pueda temer a otro ciudadano.

Cuando, en la misma persona o en el mismo órgano de la magistratura, el poder legislativo se une al poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o incluso el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas de manera tiránica.

Tampoco existe libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si fuera con el poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el juez sería el legislador. Si estuviera adscrito al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si un mismo hombre, o el mismo cuerpo de mandatarios, o nobles, o el pueblo, ejercitara los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar resoluciones públicas y el de juzgar delitos o demandas de los particulares.

Como ya se planteó en el tema 2 de este ensayo, es necesario conciliar este sistema de pesos y contrapesos y separación de funciones del Estado con el activismo judicial, evitando excesos de acción y entrada indebida en la esfera de competencia de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Para Moraes (2016, pág. 1.196-1.197), es necesario utilizar el sentido común y el equilibrio entre los temas, para que el Poder Judicial no se omita, sino que evite el subjetivismo excesivo y desarrolle “técnicas de autocontrol”:

El sentido común entre la 'pasividad judicial' y el 'pragmatismo jurídico', entre 'el respeto a la formulación tradicional de las reglas de pesos y contrapesos de la separación de poderes' y 'la necesidad de garantizar la máxima eficacia a las normas constitucionales' debe orientar al Poder Judicial y, en particular, la Corte Suprema Federal en la aplicación del activismo judicial, con la presentación de una metodología interpretativa clara y fundamentada, a fin de marcar el subjetivismo excesivo, permitiendo el análisis crítico de la opción tomada, con el desarrollo de técnicas de autocontrol judicial, principalmente. alejando su Morais aplicación en cuestiones estrictamente políticas y, básicamente, con el uso minimalista de este método de toma de decisiones, es decir, interviniendo solo

excepcionalmente de manera activista, a través de la gravedad de casos concretos planteados y en defensa de la supremacía de los Derechos Fundamentales.

Entonces, siendo el *pesos y contrapesos* una forma de inspección y limitación recíproca entre funciones estatales, se reitera: ¿no sería este efecto secundario de las decisiones judiciales meramente el resultado (legítimo) del referido sistema? ¿No sería solo un medio constitucionalmente adecuado para evitar estos excesos en el activismo judicial?

Para responder a la pregunta, se entiende que el razonamiento se puede dividir en cuatro situaciones diferentes:

a) decisión por la que se declara la inconstitucionalidad del acto normativo, con la consiguiente edición de una regla idéntica a la anterior;

b) decisión que declara la inconstitucionalidad de un acto normativo y posterior edición de una enmienda constitucional en materia no amparada por cláusulas pétreas;

c) decisión que declara la inconstitucionalidad de un acto normativo seguida de la edición de enmienda constitucional en materia amparada por cláusulas pétreas;

d) decisión sobre materia sensible, pasible de objeto del efecto *backlash*, tomada por el fundamento de ausencia de disposición legal, con posterior edición de norma sobre el asunto.

En primer lugar, es necesario analizar la constitucionalidad de la nueva normativa. De esta forma, si la decisión objeto del efecto *backlash* ha entendido la inconstitucionalidad de una determinada ley o interpretación, no hay manera de entender que la reacción contraria del Poder Legislativo, en la emisión de una norma equivalente a la anterior, no carecerá de legitimidad.

De hecho, se sabe que incluso las decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia en un control concentrado de constitucionalidad no vinculan al Poder Legislativo en sus funciones típicas (legislativa). Así, técnicamente, es posible redactar una ley en el mismo sentido que la ya considerada por el Praetorium Excelso como violatoria de la Constitución. Por otro lado, desde el punto de vista de la legitimidad, este procedimiento es bastante cuestionable, ya que, al final, se está desconociendo la manifestación del Poder Judicial desempeñada, igualmente, en su función típica.

Sin embargo, una situación diferente se da en el caso de la llamada enmienda constitucional que va más allá de la interpretación. Ante esta situación, en respuesta a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el Poder Legislativo modifica la Carta Magna.

Sobre el tema, como señala Barroso (2012, pág. 25):

Salvo en lo que se refiere a materias amparadas por cláusulas pétreas, la última palabra sobre lo que debe ser el derecho constitucional positivo en un momento determinado corresponde al Congreso Nacional, en el ejercicio de su poder constituyente derivado. De hecho, si el Poder Legislativo no está de acuerdo con la inteligencia dada por la Corte Suprema Federal a una norma constitucional, siempre podrá modificarla, siempre que sea capaz de llenar el

quórum de las tres quintas partes de los miembros de cada cámara, observando los demás requisitos del propio proceso legislativo (CF, Art. 60 y párrafos). Existen precedentes, tanto en el derecho comparado como en la experiencia brasileña, en los que se aprobaron enmiendas para cambiar las interpretaciones establecidas por la Corte Suprema.

De hecho, no hay impedimento para que una norma que vulnere la Constitución pase a ser, por sí misma, autorizada, en una enmienda posterior.¹⁰ Incluso en estos casos, sin embargo, como observa el autor, es necesario observar las materias protegidas por cláusula pétrea¹¹. En este sentido, enseñan Mendes y Branco (2018, pág. 595):

[...] Es evidente, por tanto, que la intervención legislativa no solo parece inevitable, sino también necesaria. Sin embargo, se prohíbe cualquier intervención legislativa que pueda afectar la tutela judicial efectiva. Es el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial que debe ser respetado por la producción legislativa superviniente, bajo pena de inconstitucionalidad de la regla posterior.

Si no hay violación de estas materias, la reforma del texto constitucional forma parte del juego democrático, y no hay necesidad de hablar, al menos en teoría, de ilegitimidad de la acción legislativa.

De hecho, es actualmente pacífico el entendimiento de que el Poder Judicial no tiene el monopolio de la interpretación constitucional. Sus decisiones, aunque gozan del carácter de definitividad para el caso concreto, no implican la inmovilización de la interpretación normativa -ni siquiera para el propio Poder Judicial- ni para el Legislativo, por supuesto. Sobre el tema, destacan bien Carvalho y Murad (2017, pág. 32):

La idea de los diálogos institucionales enfatiza que el poder judicial no tendrá el monopolio de la interpretación constitucional. Se trata, por tanto, de decisiones constitucionales que deben ser producidas por un proceso de elaboración compartido entre el Poder Judicial y otros actores constitucionales. Las teorías del diálogo ofrecen una forma alternativa de llenar el vacío en la legitimidad democrática, superando la dificultad de contra mayoría del poder judicial. Por ello, esta teoría ha ido ganando terreno, especialmente en lo que respecta a la discusión de la legitimidad democrática asociada a la revisión judicial.

Así, la democracia constitucionalista propone la superación de las atribuciones extremas entre lo que sería el rol del Poder Judicial y el rol del Poder Legislativo, considerado insularmente, pues, finalmente, y considerando la expresión popular de las interpretaciones sobre la constitución, trae beneficios para diálogos más ricos y más eficaces.

El tema de la dificultad de la contra mayoría, así como de la última palabra del Poder Judicial, produce una miopía institucional, desdibujando el verdadero punto de interés. No sería la tensión entre los poderes, ni la respuesta a lo que sería una reserva de justicia o disputa de poder, sino que cualquier 'última palabra' es siempre provisional (MENDES, 2011).

¹⁰Observada, por supuesto, la inexistencia de constitucionalidad superviniente. Así, sólo una ley sancionada con posterioridad a la creación de dicha enmienda podría ser considerada constitucional.

¹¹Se sabe que el sistema constitucional brasileño acepta el control de constitucionalidad de enmiendas constitucionales. En este sentido, el STF, en la ADI n. 2.362, decidió que, en cuanto a las "normas producidas por el poder reformador, estas tienen su validez y eficacia condicionadas a la legitimidad que reciben del orden constitucional. Por ello la necesaria obediencia de las reformas constitucionales a las llamadas cláusulas pétreas".

Las teorías del diálogo presentan una nueva forma de ver la revisión judicial y el proceso legislativo, produciendo un impacto importante al argumentar que la decisión de la Corte no es, ni puede ser, el final de la línea.

Finalmente, en los casos en que una determinada decisión controvertida, objeto del efecto *backlash*, es tomada en base a la ausencia de previsión legal, el razonamiento es similar al anterior: la edición de una norma regulatoria, al menos en un análisis inicial, sería parte del juego democrático; sin embargo, habría que analizarlo a la luz de la Constitución, considerando que se trata de una norma infraconstitucional, contraria a la situación de la enmienda constitucional superadora de la interpretación. Sin embargo, hay que verlo con reservas con el referido procedimiento, que normalmente es una limitación de derechos -porque responde a una decisión progresiva del Poder Judicial- de una manera raras veces razonable, como se analizará en el siguiente tema.

5 Casos paradigmáticos en el derecho brasileño

Fruto de controversias, las decisiones relativas a la no penalización de la anticipación terapéutica del parto, en caso de anencefalia del feto (Reclamación de Incumplimiento del Precepto Fundamental - ADPF - N° 54), así como el reconocimiento de constitucionalidad de las uniones del mismo sexo (Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADI - N° 4277 y ADPF N° 132) han sido objeto del efecto *backlash*. Sobre el tema, bien aclarado Marmelstein (2016, pág. 11):

En Brasil, también es notoria la presencia del efecto *backlash*, resultado de la reacción política al aumento del protagonismo judicial en las últimas décadas. Es perceptible el ascenso político de grupos conservadores y, de hecho, existe el riesgo de retroceso en determinados temas. En cada caso controvertido que enfrenta la Corte Suprema Federal, se intenta, en la vía política, aprobar medidas legislativas contrarias a la posición judicial.

Así, por ejemplo, el reconocimiento de la validez jurídica de las uniones del mismo sexo por parte de la Suprema Corte Federal ha generado, en la vía política, el crecimiento de voces a favor del llamado Estatuto de la Familia, que busca excluir a las relaciones homoafectivas de la protección estatal.

Asimismo, la decisión de la Corte Suprema de no criminalizar la anticipación terapéutica del parto, en caso de anencefalia del feto, así como la decisión a favor de realizar investigación científica con células madre embrionarias, provocó el fortalecimiento político de grupos más conservadores, favorables al llamado Estatuto del No Nacido, cuyo principal objetivo es prohibir absolutamente el aborto y la investigación con células madre.

Como puede verse, las decisiones de cuño progresista de la Suprema Corte Federal han tenido constantemente reacciones del ala conservadora del Poder Legislativo. A través del llamado Estatuto de la Familia y Estatuto del Niño por Nacer, los parlamentarios plantean propuestas diametralmente opuestas a los fundamentos planteados en las decisiones anteriores. En relación con la última propuesta legislativa, debido a la presión del grupo parlamentario religioso, también se opone a la decisión sobre la constitucionalidad del uso, con fines de

investigación científica, de células madre embrionarias; otro ejemplo del efecto *backlash* en la legislación brasileña, por tanto.

Posiblemente el caso más claro de reacción legislativa directa a una decisión judicial (ciertamente el más comentado en los últimos años) ocurrió en el llamado caso vaqueada.

Una práctica común en los estados del noreste de Brasil, la “vaqueada” fue constantemente criticada por las asociaciones protectoras de animales. Esto se debe a que implicaría un sufrimiento desmedido para los animales, que a menudo tendría secuelas derivadas de la actividad.

Sin embargo, a pesar de las críticas mencionadas, el Estado de Ceará sancionó la Ley N° 15.299/2013, que regula la *vaqueada* en su esfera federativa *como actividad deportiva y cultural*:

Art. 1° Queda reglamentada la vaqueada como actividad como actividad deportiva y cultural en el Estado de Ceará.

Art. 2° Para los efectos de esta Ley, se considera vaqueada todo evento de carácter competitivo, en el que una pareja de vaqueros a caballo persiga a un bovino, con el fin de dominarlo.

§ 1° Los competidores son juzgados en la competencia por su destreza y pericia, denominados vaqueros o peones de vaqueada, en el dominio de los animales.

§ 2 La competencia debe ser realizada en un espacio físico adecuado, con dimensiones y formato que brinden seguridad a los vaqueros, animales y al público en general.

§ 3 La pista donde se desarrolla la competición deberá, obligatoriamente, permanecer aislada por un alambrado, no de púas, que contenga carteles de advertencia y señalización que indiquen los lugares adecuados para el alojamiento del público.

Art. 3°. La vaqueada podrá ser organizada en las modalidades amateur y profesional, previa inscripción de los vaqueros en un torneo patrocinado por entidad pública o privada.

Art. 4°. Los organizadores de la vaqueada están obligados a adoptar medidas para proteger la salud e integridad física del público, vaqueros y animales.

§ 1° El transporte, tratamiento, manejo y monta del animal utilizado en la vaqueada deben ser realizados de forma adecuada para no perjudicar la salud del mismo.

§ 2° En la vaqueada profesional, es obligatoria la presencia de un equipo de paramédicos de guardia en el lugar durante las pruebas.

§ 3° El vaquero que, por causas injustificadas, se exceda en el trato al animal, lastimándolo o maltratándolo intencionalmente, deberá ser excluido de la competencia.

Art. 5°. Esta Ley entra en vigor en la fecha de su publicación.

Art. 6°. Se revocan las disposiciones en contrario.

En este contexto, fue juzgada la ADI N° 4.983, por la Procuraduría General de la Nación, con el objetivo de declarar la inconstitucionalidad de dicha norma. Según el exordio de la acción de control abstracto, la norma impugnada no encuentra respaldo en la Constitución de la República, violando lo dispuesto en su artículo 225, § 1º, inciso VII. En este contexto, argumenta que, si bien el derecho a la cultura también está sustentado en la Carta Magna, no puede prevalecer en los casos en que implique un trato inadecuado a los animales.

El Supremo Tribunal Federal, a raíz de lo ya decidido (*ej.*, en situaciones que involucren leyes que regulen prácticas como las peleas de gallos y las corridas de toros¹²), entendió la inconstitucionalidad de la Ley N° 15.299/2013. La sentencia quedó así, resumida:

VAQUEADA - MANIFESTACIÓN CULTURAL - ANIMALES - CRUELDAD MANIFIESTA - PRESERVACIÓN DE LA FAUNA Y FLORA - INCONSTITUCIONALIDAD. La obligación del Estado de garantizar a todas las personas el pleno ejercicio de los derechos culturales, fomentando la apreciación y difusión de las manifestaciones, no prescinde de la observancia de lo dispuesto en el inciso VII del artículo 225 de la Carta Federal, que prohíbe prácticas que terminen sometiendo animales a la crueldad. No está de acuerdo con la norma constitucional la denominada vaqueada.

Según el STF, existe, en especie, “conflicto de normas constitucionales sobre derechos fundamentales - por un lado, el artículo 225, § 1º, inciso VII, y, por el otro, el artículo 215”. En estos casos, es necesario ponderar principios, a través de la “dimensión de peso o importancia” (DWORKIN, 2007, pág. 42-43), para verificar cuáles deben prevalecer en la hipótesis específica.

Así lo decidió aquel Tribunal, que decidió darle mayor peso al principio del medio ambiente ecológicamente equilibrado:

[...] se debe interpretar, en el ámbito de la ponderación de derechos, normas y hechos, de forma más favorables a la protección del medio ambiente, mostrándose mayor preocupación por mantener, en beneficio de los ciudadanos de hoy y de mañana, las condiciones de equilibrio ecológico para una vida más saludable y segura.

Sin embargo, poco más de un mes después del juicio, fue aprobada la Ley N° 13.364/2016, que pasó a "elevar" el "Rodeo, la Vaqueada, así como las respectivas expresiones artísticas y culturales, a la condición de manifestaciones de la cultura nacional y del patrimonio cultural inmaterial". Por si esto fuera poco, el Congreso Nacional aprobó la Enmienda Constitucional N° 96/2017, que, en el § 7º incluido de su Art. 225, establece que "las prácticas deportivas que utilizan animales no se consideran crueles, siempre que sean manifestaciones culturales":

¹²Acciones directas de inconstitucionalidad n. 1.856/RJ y 2.514/SC y Recurso Extraordinario n. 153.531/SC, respectivamente.

§ 7º A los efectos de la parte final del inciso VII del § 1º de este artículo, las prácticas deportivas que utilizan animales no se consideran crueles, siempre que sean manifestaciones culturales, de conformidad con el § 1º del Art. 215 de esta Constitución Federal, registradas como bien de naturaleza inmaterial que forman parte del patrimonio cultural brasileño, debiendo ser reglamentadas por una ley específica que garantice el bienestar de los animales involucrados.

Sobre la citada reacción del Poder Legislativo a la decisión del STF, caben dos observaciones.

En primer lugar, la Ley Nº 13.364/2016 es flagrantemente inconstitucional. Ahora bien, se sabe que nuestro ordenamiento jurídico patrio adoptó, en revisión constitucional, la teoría de la nulidad (BARROSO, 2012, pág. 16). Así, habiendo la legislación sido aprobada sin respaldo constitucional en ese entonces, una enmienda posterior a la Constitución no implica la recepción de una norma nula *ab initio*. Como ya se mencionó, a pesar de que la decisión de ADI no vincula al legislador en su actividad legislativa, una norma de naturaleza similar, con razón, ya fue considerada incompatible con la Carta Magna; lo mismo, por supuesto, debe hacerse con la última.¹³

En segundo lugar, si bien la enmienda constitucional puede, en teoría, superar la falla de inconstitucionalidad declarada, es necesario analizar si no viola las cláusulas pétreas del Magno Texto. Y, en este caso, no hay forma de sostener que no hay violación de tales reglas.

Las cláusulas pétreas antes llamadas *explícitas* encuentran previsión en el Art. 60 § 4º de la Constitución de la República:

Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:

(...)

§ 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

I - la forma federativa de Estado;

II - el voto directo, secreto, universal y periódico;

III - la separación de los poderes;

IV - los derechos y garantías individuales.

En este sentido, es cierto que la violación del medio ambiente ecológicamente equilibrado viola, en el mismo aspecto, el inciso IV antes mencionado (“IV - Derechos y garantías individuales”). De hecho, según lo decidido por el STF en la Medida Provisional de ADI Nº 3.540-1, el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado configura un derecho de tercera dimensión, consagrado por el postulado de la solidaridad, considerado difuso y de titularidad indeterminada. Esta “propiedad indeterminada”, sin embargo, no implica

¹³ En este sentido, Fernandes (2017, pág. 127) lo resalta (aunque refiriéndose a la transición de textos constitucionales en el tiempo, la misma lógica es plenamente aplicable cuando se utiliza la misma Constitución como parámetro, ante la necesidad de compatibilidad de la ley, desde su nacimiento, con el texto de aquella): “[...] Ahí tenemos la llamada tesis del ‘principio de contemporaneidad’, y, a partir de esta tesis, ‘se sostiene que la ley que nació manchada, es decir, que tiene un vicio congénito, insanable, es imposible de ser corregida por el fenómeno de la recepción ‘O sea’, ‘el vicio *ab origine* anula la ley, haciéndola ineficaz’. En estos términos, ‘una ley anterior que nació inconstitucional no podría ser fijada por la nueva Constitución’, en los términos de la imposibilidad de una ‘constitucionalidad superviniente’ (tesis de ‘imposibilidad de constitucionalidad superviniente’)”.

concluir que no es propiedad de nadie: al contrario, significa que es un derecho de todos los individuos; por tanto, una norma que tiende a afectar su núcleo esencial, aunque sea aprobada por el poder constituyente derivado reformador, será nula, por vulneración de la cláusula pétrea antes mencionada (teoría de los "límites de límites"¹⁴).

No se ignora que el entendimiento del medio ambiente ecológicamente equilibrado, como cláusula pétrea, no es pacífico (SARLET, 2017). Sin embargo, como se vio anteriormente, debe prevalecer el entendimiento de que este derecho porque es esencial a la calidad de vida mínimamente saludable del individuo, no es pasible de exclusión por parte del legislador constituyente derivado.

Aún más, se puede ver la intención de crear un "concepto normativo" sobre lo que es, o no, crueldad contra los animales. Ahora bien, si una determinada práctica es, fácticamente, cruel, obviamente no será una previsión normativa en sentido contrario que transformará la realidad. Sobre el tema, Sarlet (2017) bien observa:

Con esto, por lo que parece, el poder de la reforma constitucional crea un concepto eminentemente normativo de crueldad, diciendo, si bien con otras palabras, que lo que realmente representa crueldad de hecho (por la naturaleza de la práctica concreta y sus consecuencias en términos de sufrimiento innecesario) deja de serlo por decreto normativo. Además, al referirse a la regulación legal, otorga al legislador infraconstitucional una libertad de conformación relativamente amplia para incluso ampliar este espectro, aunque la legislación deba, en los términos de la nueva disposición constitucional, asegurar el bienestar de los animales.

En este contexto, y bajo este mismo fundamento, fue juzgada la ADI N° 5.728¹⁵, que tiene como objetivo la declaración de inconstitucionalidad de la Enmienda Constitucional N° 96/2017, en un posible "efecto *backlash del efecto backlash*". Dicha acción aún se encuentra pendiente de juzgamiento; sin embargo, ya cuenta con el dictamen de la Procuraduría General de la República por la inconstitucionalidad de la disposición impugnada:

No cabe duda de que prácticas crueles como vaqueadas, peleas de gallos, corridas de toros y actividades similares chocan con la Constitución de la República, en particular con el Art. 225, § 1º, VII. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal es pacífica en el sentido de que la preservación del medio ambiente debe prevalecer sobre las prácticas y deportes que subyugan a los animales en situaciones indignas, violentas y crueles. Estas manifestaciones, a pesar de su importancia en el pasado, deben ceder a la nueva realidad social que la Constitución de 1988 busca modelar.

Entonces, queda por creer que el Supremo Tribunal Federal, por una cuestión de coherencia - e incluso en cumplimiento del principio de certeza jurídica -

¹⁴ "[...] habría un espacio que sería susceptible de limitación por parte del legislador y otro no sería susceptible de limitación. En este caso, además de la exigencia de justificación, imprescindible en todo caso, existiría un "límite del límite" para la propia acción legislativa, consistente en la identificación de un espacio no susceptible de regulación". (MENDES, 2018, pág. 315).

¹⁵ Además de la violación de *derechos y garantías individuales*, se argumentó, como razones de inconstitucionalidad de la enmienda, la violación del principio de prohibición de retroceso y la prohibición de subsunción de animales a la crueldad como núcleo esencial de la protección del medio ambiente.

mantendrá su jurisprudencia consolidada, enfatizando, en la especie, la protección del medio ambiente.

6 Conclusión

A través de este artículo, se buscó analizar el fenómeno de las reacciones de la opinión pública y, especialmente, del Poder Legislativo, frente al activismo judicial en el actual sistema jurídico brasileño. Se conceptualizó el efecto *backlash* y, posteriormente, se verificó su ocurrencia en el ordenamiento jurídico brasileño. Posteriormente, se reflexionó sobre la cuestión de la legitimidad jurídica, o no, de las reacciones del parlamento a las decisiones denominadas “progresistas” dictadas por los Tribunales.

El efecto *backlash* de las decisiones judiciales, en Brasil, como se verificó, es relativamente reciente y, como también es posible verificar, a pesar de la ausencia de ilegalidad, suele ser de juridicidad muy cuestionable. La actividad jurisdiccional, es cierto, no está exenta de desaprobación pública ni de sindicación legislativa (CARVALHO; MURAD, 2017, pág. 19). Sin embargo, luego de analizar este fenómeno de reacción legislativa, tal y como se ejerce en el país, se pudo concluir que las normas desarrolladas en respuesta a las decisiones del Poder Judicial tienden a ser limitantes de los derechos de las personas, lo que va en contra incluso de la representatividad de los responsables de la redacción de dichos reglamentos.

De hecho, como se pudo verificar en el primer caso analizado (ADPF N° 54), la decisión del STF, tendiente a ir en contra del *status quo* (posibilidad de anticipación terapéutica del parto, en caso de anencefalia del feto), fue objeto de una reacción del Poder Legislativo en sentido contrario, conservador. Asimismo, en el caso de la "vaqueada", tras una supuesta decisión progresista del Praetorium Excelso (defensa de la integridad de los animales), la reacción que siguió fue aún mayor: la edición de una enmienda constitucional en sentido absolutamente opuesto al de la conclusión de aquella Corte. Una vez más, una decisión de vanguardia tuvo como respuesta un acto reaccionario. De esto se concluye que, al menos por regla general, si bien no hay, desde el punto de vista formal, vicios de ilegalidad en los actos reactivos, la legitimidad jurídica antes mencionada no existe. Si bien el sistema de pesos y contrapesos y la fiscalización mutua entre los tres poderes (funciones) del Estado es intrínseco - y esencial - al Estado Democrático de Derecho, las reacciones del Poder Legislativo a las decisiones judiciales progresistas no han sido para el combate de eventuales excesos, sino puramente para mantener el *status quo*.

Referencias

BACKLASH. Dicionário de Cambridge. Disponível em:

<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/backlash>. Acesso em: 10 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro – RJ, v. 240, n. 1, abr./jun. 2005, p. 01-42.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.983**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **ADI 2.362**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1887803>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **MC na ADI 3.540**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540-MC.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.728**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 19 set. 2020.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Rquel Dourado. O caso da vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra? **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2017, p. 18-37.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CEARÁ. **Lei n. 15.299, de 08 de janeiro de 2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará. Ceará: Assembleia Legislativa, 2013. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2017.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil** — o caso da EC 96/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017>. Acesso em: 22 set. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.