

ISSN 1889-8068



redhes

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Año X No. 19 Enero-Junio 2018



Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla
Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes



JUDICIALIZACIÓN Y DESJUDICIALIZACIÓN

Entre la deficiencia del poder legislativo y la insuficiencia del poder judicial¹

JUDICIALIZATION AND DEJUDICIALIZATION

Between the deficiencies of the legislative branch and the insufficiencies of the judiciary

Diógenes V. Hassan Ribeiro²

Resumen: El fenómeno de la judicialización resulta de la deficiencia del Estado en su función de legislador, que tiene como causa las dificultades en legislar, figurando entre las mismas la elevada demanda de legislación por parte de la sociedad y la pauta impuesta por la opinión pública y por los intereses económicos, que impiden la deliberación de otros proyectos de interés de la sociedad, sumado a los intereses confrontantes de los legisladores y del desconocimiento amplio de la materia. El fenómeno de la desjudicialización se impone por la insuficiencia de las soluciones judiciales. Ambos fenómenos resultan de la velocidad de las transformaciones sociales. La sociedad es el motor de la evolución.

Palabras clave: Estado, legislación, jurisdicción, sociedad, transformaciones sociales.

Abstract: The phenomenon of judicialization stems from the State's deficiency in its role as legislator, which causes difficulties in legislating, ranking among them is the high demand of laws required by society and the agenda set by public opinion and the economic interests that hinder the deliberation of other projects of interest to society, alongside the conflicting interests of parliamentarians and the wider ignorance of the matter. The phenomenon of dejudicialization is imposed by the inadequacy of judicial remedies. Both phenomena are due to the speed of social transformations. Society is the engine of evolution.

1 Artículo recibido: 26 de noviembre de 2017; artículo aprobado: 13 de febrero de 2018.

2 Doctor en Derecho Público (2006-UNISINOS), Camarista en el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. Profesor en la Maestría en Derecho y Sociedad de la UNILASALLE – Canoas/RS. Correo-e: diogenesribeiro@tj.rs.gov.br



Keywords: State, legislation, jurisdiction, society, social transformations.

1. Introducción

El presente artículo es el resultado de las investigaciones actualmente realizadas, que también posibilitaron varias exposiciones. Fue objeto de estudio el problema de las anomías³ y la imposición de que el Poder Judicial presente una solución a los conflictos. Es lógico que en el estado actual de la investigación la respuesta que se presenta sea meramente inicial. En sus comienzos la indagación se volcó sobre las razones de las anomías. Y, ante la variedad de posibilidades, se presentaron (a) el elevado volumen de proyectos en trámite en las cámaras del Congreso y la falta de tiempo para deliberación, (b) los intereses confrontantes de los legisladores que demoran la tramitación de proyectos poco interesantes, (c) el interés del gobierno y la presión de la opinión pública y de otros sectores por la deliberación de determinados proyectos en detrimento de muchos otros, (d) carencia de amplio conocimiento y de análisis técnico de los proyectos presentados y (e) la velocidad de las transformaciones sociales que impone una demanda creciente de alteración legislativa.

Es evidente que confluyen otras posibilidades, pero se optó por limitar el número de alternativas.

Seguidamente, se estudió el fenómeno igualmente contemporáneo de la desjudicialización y, naturalmente, sus motivos. Se destacaron, enseguida, las suposiciones (a) de la velocidad de las transformaciones sociales y (b) de la insuficiencia jurisdiccional en el contexto de una fragmentación social y del derecho.

Por deficiencia del Poder Legislativo se debe comprender la falta de condiciones de editar legislación. Por insuficiencia de la jurisdicción se debe comprender exactamente lo que es insuficiente para atender a todas las demandas presentadas por la sociedad, así como otros cambios sociales y sistémicos.

2. La expresión **judicialización** viene siendo utilizada hace algunas décadas y quiere significar un espacio mayor en el espectro de decisiones, inclusive de naturaleza política, que pasó a ser ocupado por el Poder Judicial. En el ámbito de la Teoría de los Sistemas Sociales desarrollada por Niklas Luhmann, el Poder Judicial centraliza el sistema jurídico⁴. E, inclusive, es clasificado como integrante del sistema de organizaciones, en el

³ El artículo restringe la expresión “anomia” a la ausencia de ley.

⁴ Luhmann, Niklas, “A posição dos tribunais no sistema jurídico”, en *Revista da Ajuris*, núm. 49, Porto Alegre, julho de 1990, pp. 149-168. “Quizás podamos tomar como punto de partida el hecho no cuestionado de que solo el sistema jurídico coacciona los Tribunales a la decisión, por



género sistemas, juntamente con los sistemas sociales y con los sistemas de interacción. Las organizaciones cumplen la función decisional en la Teoría de los Sistemas Sociales⁵. La Administración del Estado (el Poder Ejecutivo) también es comprendida como un sistema de organización, que sufre una sobrecarga organizativa⁶.

No siendo suficiente eso, el Poder Judicial está prohibido de no decidir, o sea, está obligado a decidir.

Existen incontables explicaciones para el fenómeno denominado judicialización y, seguramente, no sería posible analizar todas en este espacio, inclusive porque con el tiempo habría se agregarían otras. Una de las alusiones científicas es la del aumento de complejidad de la sociedad, que demanda soluciones, también del sistema jurídico, correspondiendo entonces al Poder Judicial, las que le fueren demandadas en situaciones concretas, y hasta en algunas situaciones abstractas, genéricas, como cuando la solución proviene de las Cortes Superiores, en especial de la Corte Constitucional.

Otra alusión científica proviene de Jürgen Habermas cuando trató sobre la **colonización sistémica del mundo de la vida**⁷. Efectivamente, Habermas expone que el mundo de la vida, la sociedad en su esencia, viene siendo colonizada sistémicamente. Es decir, que en el ámbito del sistema jurídico hay una demanda por soluciones cada vez más intensas en la familia, en la salud, en la economía, en la política y en la educación. La transformación de la sociedad exige soluciones del sistema jurídico. Ejemplificativamente pueden ser citados los conflictos familiares. El casamiento, que era para siempre, dejó de así ser considerado por parte los cónyuges. Del mismo modo los jóvenes dejaron de casarse, sea por la resistencia a la burocracia, sea por el descreimiento en la institución, por comodidad u otras razones. Ese cuadro impuso nuevas soluciones al sistema jurídico. La diversidad de orientación sexual, en la actualidad, crea crisis de comprensión y polémicas de múltiples órdenes: derechos patrimoniales y de la seguridad social de los convivientes y derecho a la adopción son algunos de ellos.

Es evidente que la judicialización también resulta de lo que se denominó neoconstitucionalismo o post-positivismo. Esta conclusión es válida especialmente en Brasil que posee una Constitución reciente, de octubre de 1988. La repercusión de una Constitución analítica reciente en la sociedad es intensa. Sin embargo, actualmente se observa en el mundo entero esa presencia de los derechos humanos y fundamentales,

consiguiente ni el legislador ni las partes privadas contratantes lo hacen. Con base en esta regla, los Tribunales constituyen el centro del sistema jurídico. Todo lo demás, inclusive la legislación, representa la periferia.” (*Ibidem*, p. 160)

5 Luhmann, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2005.

6 Luhmann, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 114.

7 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, II, Madrid, Taurus, 2001, pp. 451-468.



derechos de los ciudadanos que, adquiriendo conciencia de ese contexto, en esa sociedad de masa y de consumo y de exceso de información, efectivamente pasan a ostentar y a defender sus derechos, sobre todo de forma principiológica, como es propio de los textos constitucionales. Esto seguramente alivia la carga del legislador ordinario de su papel de editor de la legislación abstracta y genérica que, en la acepción de Luhmann, constituye una expectativa de normativa⁸. Así, no habiendo expectativa normativa generalizada y congruente, no habría seguridad.

No se puede dejar de lado el fenómeno denominado “**activismo judicial**”. En su comprensión restrictiva el deriva de la anomia, pero también puede haber ampliado su concepto, caracterizando, entonces, una actuación defectuosa del Poder Judicial, que se desprende de sus funciones de aplicador de la legislación, pasando a ser creador de la misma. El activismo que se entiende posible y necesario es el resultante de la ausencia de ley.

Es evidente que todos estos fenómenos tienen su definición conceptual propia y acabada.

El constitucionalista Luís Roberto Barroso⁹ también trató esta temática, tomando como eje las nociones de neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho. En su obra, desde la idea amplia de neoconstitucionalismo, resultante de las transformaciones del derecho constitucional en las últimas décadas, expone el autor la existencia de tres marcos fundamentales de los cuales derivó el estado actual. El histórico consiste en los cambios en el mundo que ocurrieron en la posguerra, juntamente con a reconstitucionalización de Europa, desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, e incluyendo la Constitución Federal de la República Federativa de Brasil, de 1988. En el plano filosófico, enuncia la superación del jusnaturalismo, entonces racionalista, y del positivismo, llegando al post-positivismo, que se revela en una presentación más allá de la estricta legalidad. Y en el plano teórico, rescata el concepto de fuerza normativa de la Constitución¹⁰, anuncia la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional.

Por lo tanto, más allá de una idea estrecha de activismo judicial, existen otros eventos y fenómenos que condujeron a la actual situación. Es decisivo, sin embargo, comprender que, por ejemplo, la constitucionalización del derecho (civil, penal, de la seguridad social, tributario, etc.), al lado de la idea de fuerza normativa de la Constitu-

8 Luhmann, Niklas, *Sociologia do direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 57. (“Normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”).

9 Barroso, Luís Roberto, *O novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012, pp. 187-235.

10 Hesse, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.



ción, multiplicó las posibilidades de acción y de intervención del Poder Judicial en la sociedad.

En Brasil, por ejemplo, el servicio Judicial, entendido como número de acciones impetradas y en tramitación desde octubre de 1988, en que promulgó la Constitución Federal, creció geométricamente de forma asustadora –y no para de aumentar– agotando los recursos humanos, materiales y tecnológicos a la disposición.

En tales términos, existe una imposición de aplicar los preceptos principiológicos revelados en la Constitución Federal, directamente, independientemente de legislación, como se verá en el tópico siguiente.

2.1. La edición de la legislación en Brasil encuentra incontables obstáculos, algo que debe ser semejante en los demás países democráticos.

Estudios y datos estadísticos¹¹ publicados y actualizados anualmente sobre el trabajo del Poder Legislativo enuncian los resultados. Algunos analistas y consultores son rigurosos en las críticas, atribuyendo el concepto de “trabajo desatinado”¹². En verdad es necesario intentar comprender las dificultades y los obstáculos enfrentados por los legisladores. Ese es uno de los objetivos del estudio. Contribuiría para el análisis global el examen de las elecciones, de la formación educacional de los legisladores, del nivel cultural de los electores, de la contribución de los medios de comunicación en las elecciones. Sin embargo no es posible de ser presentado en el ámbito de una investigación incipiente.

Tales estudios y datos estadísticos indican que, cuando se examina la calidad de la legislación en un determinado año, se observa que la producción de calidad no superó el 20% de los proyectos aprobados. O sea, los proyectos aprobados relevantes y que representan efectivamente contribución para la sociedad no superaron una quinta parte del total. En los mismos términos, en lo que respecta a la cantidad, el trabajo se revela igualmente poco expresivo.

Hay otros estudios¹³ basados en otros ámbitos de investigación que indican, por ejemplo, los intereses de los legisladores. Y la conclusión apuntó, por ejemplo, que los intereses son nacionales y no, como podría pensarse, “marcadamente localistas”.

11 Augusto de Queiroz, Antonio, “Produção legislativa deixou a desejar neste ano”, en Consultor Jurídico. Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-26/retrospectiva-2010-producao-legislativa-deixou-desejar-neste-ano> [Consultado el 26 de março de 2013].

12 Augusto de Queiroz, Antonio, “Conjuntura e produção legislativa no primeiro semestre de 2012” en DIAP. Disponible en: http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20684:conjuntura-e-producao-legislativa-no-primeiro-semester-de-2012-&catid=46:artigos&Itemid=207 [Consultado el 26 de março de 2013].

13 Vianna, Luiz Werneck, *Organizador. A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Editora UFMG, Rio de Janeiro, IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 89-139.



Así, en el Estado Brasileño, que tiene una Constitución reciente, o sea, que no tiene tradición o historia antigua en términos de sistema jurídico, esa cantidad y calidad de los proyectos es, realmente, bajísima. La ciudadanía demanda una producción legislativa cualitativa y cuantitativamente mayor.

¿Pero, al final, cuál es el motivo de esa baja producción y baja calidad?

Existen, es cierto, grandes obstáculos para una producción cualitativa y cuantitativa superior. Posiblemente el mayor obstáculo sea, exactamente, el número de proyectos en tramitación y la excesiva demanda de legislación de la sociedad. Eso impone que sean seleccionados determinados proyectos. Esa elección es realizada con base en diversos criterios. El criterio económico y la opinión pública fijan, en la mayor parte de los casos, las prioridades. Entre los proyectos que acompañan el criterio económico se observan los intereses del Poder Ejecutivo. Los proyectos que están en la pauta de los medios de comunicación son, por su parte, impuestos por la opinión pública.

Por ende, no hay tiempo suficiente para el examen de los demás proyectos, pues en muchos casos son excesivamente complejos, exigen la realización de audiencias públicas, o deben tramitar por diversas comisiones y relatorías. El debate y la formación de acuerdos son indispensables en el proceso legislativo.

No obstante, entre los proyectos relevantes y que pueden proporcionar una gran contribución a la sociedad, están aquellos en los que hay intensa polémica e intereses confrontantes de variados segmentos de la sociedad. Pueden ser citados los proyectos sobre el aborto, sobre el Código Forestal, sobre la unión civil homo-afectiva, sobre las células madre, además de otros históricos y que solamente fueron aprobados luego de décadas, como es el caso del divorcio y de los derechos del concubinato/unión estable.

En estos dos últimos casos, puede recordarse el trabajo del Senador Nelson Carneiro, que por más de una década intentó la aprobación del divorcio en Brasil, que recién ocurriría en 1977 con la Ley n° 6.515. Posteriormente, la unión estable solamente fue prevista en legislación en los años de 1994 y 1996 (Leyes 8.971 y 9.278). La razón de la resistencia al divorcio provenía de los segmentos religiosos y conservadores, a los cuales no interesaba la realidad social¹⁴.

No obstante, existe un problema que es acentuado en la actualidad: el de la velocidad de las transformaciones sociales. En la línea de Zygmunt Bauman, que acuñó la expresión “sociedad líquida”, se puede establecer que esa sociedad se transforma y de modo incesante, se amolda. La sociedad no es más sólida, como era en la modernidad, sino líquida, que adopta la forma del recipiente, e incluso sin recipiente. La sociedad

14 Con relación a los derechos de la concubina, solamente regulados por Ley desde 1994, hubo soluciones en decisiones jurisprudenciales de indemnizaciones por meses de convivencia, como si la mujer estuviese prestando servicios al compañero.



busca protegerse del caos, pero solamente consigue formar una fina capa de orden, que es siempre perforada por el primero –el caos siempre invade la inmanencia supuesta, aquello que fue domesticado¹⁵.

La sociedad no espera la solución desde sistema político –ni del sistema jurídico– ni del Poder Judicial. La sociedad avanza, y después demanda y aguarda por la solución de los problemas. Las transformaciones de la sociedad son –verdaderamente– el motor de la evolución de los sistemas sociales. Pero las transformaciones sociales avanzan, no esperan.

La ilusión –o mito– de la modernidad, del positivismo, es que la sociedad podría ser encajada en un modelo jurídico legal previo. Es el caso del casamiento – que era para siempre y que solamente por él se permitía la unión. Sobrevino la separación, el término del casamiento, y con ello las uniones libres, al margen de la legislación. La sociedad no se encajó en el modelo y eso sirve para demostrar cómo se deshizo el mito de la sociedad como un proyecto jurídico¹⁶.

En suma: el Poder Legislativo, **en Brasil y en el mundo**, no puede atender la demanda por legislación –y nunca podrá.

2.2. En tales términos, **las causas de la judicialización** están ahí expuestas y no deben ser comprendidas reduciéndose a conceptos no científicos como, por ejemplo, ausencia de esfuerzo y de trabajo de los legisladores, o mero desinterés con el mandato recibido. Por el contrario, el trabajo de los legisladores es intenso y extenso, no pretendiéndose con esta observación prestar algún reconocimiento¹⁷. Basta transitar por el Congreso y constatar que, efectivamente, hay esfuerzo y trabajo, que se extiende en incontables casos a altas horas adelantadas de la noche, para recomenzar temprano a la mañana del día siguiente. No se puede desconocer el trabajo en las numerosas comisiones de análisis de los proyectos y, posteriormente, el trabajo realizado en el plenario. No se debe olvidar de la etimología de la palabra PARLAMENTO. El diálogo, el debate, la polémica, la discusión acalorada, en fin, todo eso es intrínseco al trabajo legislativo. No se puede afirmar que no trabaja aquel que obstaculiza la tramitación de determinado proyecto que no interesa a un segmento de la sociedad –esa tarea también forma parte del proceso legislativo. Todos los legisladores representan el amplio espectro de la sociedad y cada uno los segmentos que lo eligieron.

15 Bauman, Zygmunt, *Vida em fragmentos*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 26.

16 En ese sentido se sostiene en un artículo enviado para publicación en la Revista de la Maestría de UNILASALLE-Canoas/RS.

17 Puntualmente existen casos de negligencia y desidia con el mandato recibido, lo que no permite la conclusión generalizada.



Por lo tanto, lo que se denomina judicialización es en su mayor extensión resultado de ese déficit –de esa deficiencia– **NATURAL** del Poder Legislativo en la elaboración de la legislación.

Una vez más, resátese. La velocidad de las transformaciones de la sociedad vence el conservadurismo y la cautela del legislador ordinario, lo que resulta en su deficiencia –déficit– en editar legislación. Por otro lado, acaba imponiendo al Poder Judicial la pauta de juicio, conforme los principios que constan en la Constitución Federal.

3. Por desjudicialización se comprendió, inicialmente, la edición de legislación que posibilita la solución de un problema social sin la necesidad de jurisdicción¹⁸. Sin embargo, es más que eso, como se verá.

De forma general, el fenómeno de la desjudicialización significa la posibilidad de solución de conflictos de interés sin la prestación jurisdiccional, entendiendo que jurisdicción es solamente aquella respuesta estatal. Sin embargo, existen situaciones caracterizadas como ejemplos de desjudicialización en las que no habría, propiamente, conflicto de intereses. En realidad el Estado –y aquí se restringe al Brasil– prevé la necesidad de actividad jurisdiccional en razón de la naturaleza de la decisión. Puede ser citada como ejemplo de este último caso –de ausencia de conflicto de intereses– la Ley n° 11.441/2007 que estableció a desjudicialización de los divorcios e sucesiones. Como se observa en ese estatuto legal, puede ser realizado el divorcio, como ocurre con el casamiento, independientemente de jurisdicción, cuando no haya intereses indisponibles de incapaces y exista acuerdo entre los conjugues. En los mismos términos, puede ocurrir la división de los bienes heredados, siempre y cuando no haya herederos incapaces. Además, el procedimiento no jurisdiccional es de libre opción de las partes.

También existe desjudicialización con la posibilidad del arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley n° 9.307, de 23 de septiembre de 1996, en que es posible la solución extrajudicial de un conflicto de intereses.

En el derecho portugués, como apunta Jayme Weingartner Neto, existe el denominado principio de la diversión, que representa “toda tentativa de solucionar un conflicto jurídico penal fuera del curso normal de la Justicia Penal¹⁹.” En este caso, se ex-

¹⁸ En la edición de la Ley n° 11.441, de 4 de enero de 2007, envié un artículo para publicación en el sitio web del IBFAM y fue publicado el 21 de enero de 2007 (<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/257>). El mismo artículo también fue publicado en el sitio del Centro de Estudios del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. Disponible en: http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/index.html [Consultado el 26 de março de 2013], con el título *Notas sobre a Lei de desjudicialização dos divórcios, separações e inventários* (Lei n. 11.441/2007).

¹⁹ Weingartner Neto, Jayme, “O princípio da diversão e o Ministério Público: um viés lusitano” en *Revista Direito e Democracia / Universidade Luterana do Brasil*, Ciências Jurídicas, Canoas/RS: Ed. ULBRA, 2000, p. 17.



pone la idea de solución del conflicto en un momento pre-judicial, o de suspensión del proceso, en las mismas condiciones, y de la posibilidad de mediación, incluso en casos de delitos de acción privada o semipúblico.

Sin embargo, como fue afirmado, la desjudicialización opera todavía más en otros espacios y con nuevos instrumentos jurídicos.

El instituto de la mediación es uno de ellos. Surgió para evitar la reincidencia del mismo conflicto en el Poder Judicial y, especialmente, para propiciar mayor satisfacción a las partes involucradas. Pues bien, en el ámbito de la familia el valor afecto es lo que debe ser priorizado. Las soluciones judiciales, que en la mayor parte de los casos prestan una respuesta jurídica y distante al litigio instalado, se revelaron insatisfactorias, sea ante la reincidencia del conflicto, sea cuando considerada, en especial, la calidad de la solución. La mediación, promoviendo encuentros separados y conjuntos de los litigantes, permite que ellos mismos construyan la solución de su conflicto, de que ellos mismos construyan el futuro de sus relaciones, cada uno mirando hacia el otro y escuchando sus problemas.

La mediación intenta evitar lo que se denomina “diálogo de sordos”, cuando los litigantes no escuchan al otro, apenas escuchan sus propios argumentos, sus propias alegaciones, sus propios resentimientos, sus propias amarguras y dolores.

No quedan dudas de que la mediación, especialmente en el ámbito de los conflictos familiares, da lugar a la revelación de una solución más adecuada y concreta. Pero es posible mediación en conflictos de intereses de otras características, incluso eminentemente patrimoniales y de vecindad, entre otros.

Puede ser referido, igualmente, el instituto de la justicia restaurativa, que fue pensado originalmente para posibilitar un tratamiento diverso del tradicional en los ilícitos penales. Efectivamente, la tradición impone la concepción de la retribución y de la reeducación, pero la víctima queda, normalmente, apartada de cualquier otro proceso distinto del de la reconstrucción del hecho con vistas la demostración de la responsabilidad penal. La justicia restaurativa posibilita otra mirada hacia el ilícito, aproximando la víctima, o víctimas, del ofensor. En esos términos, la víctima puede recibir otra especie de reparación a su dolor, e incluso comprender las razones del ofensor, mientras que este puede encontrar mejor espacio con vistas a su reintegración social.

La justicia restaurativa viene encontrando amplio espacio de utilización especialmente en el área de la infancia y de la juventud.

Además de la mediación y de la justicia restaurativa, que posibilitan horizontes diversos de la jurisdicción y de la solución del conflicto por un tercero imparcial, están los antiguos institutos de la conciliación y de la transacción, estos frecuentemente estimulados por las instituciones públicas.



3.1. Corresponde, entonces, reflexionar sobre **las causas de la desjudicialización**. Ese fenómeno, en especial, resulta de la insuficiencia del Estado-juez en el mundo contemporáneo, dado que la sociedad exige otras posibilidades de soluciones, más eficaces. Esas alternativas presentan otras miradas sobre los conflictos, diversas de las tradicionales que, mediante la coacción, por un acto externo, estatal, impone la solución. No obstante, como se vio, esa solución estatal en gran parte de los casos no se revela adecuada, correcta y, por lo tanto, justa en el sentido más amplio de la palabra.

Efectivamente, en el ámbito de la familia, una solución sin acuerdo que verse sobre visitas de los hijos por parte el cónyuge que no tiene la guardia, o sobre la propia guardia, ha sido plenamente insatisfactoria, considerando la recalcitrancia de las partes y la reincidencia del conflicto. En tales términos, la mediación es mucho más satisfactoria, retirando las partes de un conflicto reincente y propiciando que ellas comprendan la dificultad del otro en beneficio de los hijos. Ese proceso, esa nueva mirada, si no remueve el resentimiento por la ruptura de la unión, por lo menos posibilita un apaciguamiento de ese dolor.

En lo que concierne a la justicia restaurativa, en un seminario oí un relato que muestra exactamente esa insuficiencia del Estado y de su función jurisdiccional. Se trataba de un caso en el que la progenitora de una niña de 6 años se encontraba presa, cumpliendo condena que la mantenía alejada de la hija por varios años, situación que motivó el ejercicio de la guardia por parte la abuela materna. Esta abuela, sin embargo, pasó a maltratar a la nieta. La madre, cumpliendo una condena, nada podía hacer para evitarlo. Es una situación clara de imposibilidad del Estado, de insuficiencia del Estado. Punir a la abuela materna, o quitarle la guardia de la nieta solamente causaría mayor dolor y sufrimiento a la niña. Es una situación que revela la necesidad de tratamiento diverso del tradicional, por la justicia restaurativa, en su forma, como pretenden algunos, de la propia mediación, incluso con tratamiento psicológico como recurso público que puede ser buscado.

Por fin, la causa especial de la desjudicialización es la insuficiencia del Poder Judicial. Pero tal insuficiencia no resulta de ausencia de prestación jurisdiccional, que es posible que efectivamente ocurra en la casi totalidad de los casos. Es, realmente, una situación de insuficiencia porque la jurisdicción tradicional, como solución de conflicto de intereses impuesta, no es para nada eficaz. Aquí surge igualmente la velocidad de las transformaciones sociales imponiendo la insuficiencia del Poder Judicial y, entonces, la desjudicialización.

Evidentemente que hay otras causas, menos importantes y relevantes en el actual contexto histórico, para la desjudicialización.



4. Para **concluir** es posible enunciar, tal como afirmado *supra*, que la judicialización resulta, **especialmente**, de la deficiencia del Poder Legislativo, deficiencia en el sentido de déficit, que no ocurre apenas en Brasil, sino en el mundo. Tiene como causas, entre otras, el excesivo número de proyectos en tramitación en el Parlamento y la velocidad de las transformaciones sociales, que hace con que no se den condiciones materiales para editar todo la gama de legislación demandada por la sociedad. Del mismo modo ocurre con los cambios operados en el derecho, en especial en el derecho constitucional en las últimas décadas, que trajeron nuevas nociones de aplicación de la Constitución, especialmente resultante de la fuerza normativa de la Constitución.

Por otro lado, en cuanto a la desjudicialización, tiene como causa, especialmente, la insuficiencia del Poder Judicial al compás con la velocidad de las transformaciones sociales. Estas últimas, al mismo tiempo que contribuyen para la judicialización, también sirven para la desjudicialización, aunque eso se observe en tiempos diferenciados. En el primero, se pone en evidencia la deficiencia del Parlamento por lo que se busca que la demanda sea solucionada jurisdiccionalmente. En otro momento, se promueve la desjudicialización, puesto que el Estado-juez no consigue presentar una solución eficaz.

Como se vio, la sociedad no espera la solución legislativa del Estado-legislador, ni la solución jurídica por la vía del Estado-juez. La sociedad avanza. La sociedad es el motor de la evolución de los sistemas sociales. En estos términos, tanto la judicialización como la desjudicialización resultan de causas naturales y hasta accidentales, imprevisas e incontenidas.

De cualquier modo, tanto la judicialización como la desjudicialización, son cambios sistémicos –evoluciones– del sistema jurídico, tal como concebido en la Teoría de los Sistemas, en el desarrollo formulado por Niklas Luhmann. La legislación forma parte del sistema jurídico y los Tribunales están en el centro del sistema, con la función de decidir, como integrante de los sistemas de organización.

La judicialización acentúa la realización de un desplazamiento de la ley abstracta –del legislador– hacia la ley concreta –del juez. Pero todo se encuentra dentro del sistema jurídico. La desjudicialización se establece desde el límite del Poder Judicial, que no consigue satisfacer –traer una solución–, permitiendo surgir otras posibilidades –más satisfactorias– de solución de los conflictos de intereses.

Bibliografía

Amorin Neto, Octavio e Santos, Fabiano, *A produção legislativa no Congresso – Entre a paróquia e a nação*, pp. 89-139.



- Augusto de Queiroz, Antonio, “Conjuntura e produção legislativa no primeiro semestre de 2012” en DIAP. Disponible en: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20684:conjuntura-e-producao-legislativa-no-primeiro-semester-de-2012&catid=46:artigos&Itemid=207> [Consultado el 26 de março de 2013].
- Augusto de Queiroz, Antonio, “Produção legislativa deixou a desejar neste ano”, en Consultor Jurídico. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-26/retrospectiva-2010-producao-legislativa-deixou-desejar-neste-ano>> [Consultado el 26 de março de 2013].
- Barroso, Luís Roberto, *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012.
- Bauman, Zygmunt, *Vida em fragmentos. Sobre a ética pós-moderna*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, II, Madrid, Taurus, 2001.
- Hesse, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.
- Luhmann, Niklas, “A posição dos tribunais no sistema jurídico”, en *Revista da Ajuris*, núm. 49, Porto Alegre, julho de 1990.
- Luhmann, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2005.
- Luhmann, Niklas, *Sociologia do direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
- Luhmann, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponible en: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/index.html> [Consultado el 26 de março de 2013].
- Vianna, Luiz Werneck (Org), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Editora UFMG, Rio de Janeiro, IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- Weingartner Neto, Jayme, “O princípio da diversão e o Ministério Público: um viés lusitano” en *Revista Direito e Democracia / Universidade Luterana do Brasil*, Ciências Jurídicas, Canoas/RS: Ed. ULBRA, 2000.