

Latinoamérica en la región: “sociedad líquida”, decisión judicial y política. Un conflicto agudo, apenas disimulado

POR LUIS MELIANTE GARCÉ (*)

Sumario: I. Introducción.- II. La modernidad líquida en la propuesta de Zygmunt Bauman.- III. La “licuación” y el derecho en Latinoamérica.- IV. Un centro crucial de la praxis del derecho. Precisamente: *la decisión judicial*.- V. Discurso decisonal judicial y política.- VI. Jueces, ideología y decisión.- VII. Decisión judicial y “licuación”.- VIII. Conclusiones.- IX. Bibliografía.

Resumen: aquello que Zygmunt Bauman denominara “modernidad líquida”, en términos generales, se acomoda a la lógica de mercado impulsada por la globalización y esta se asocia a la fase actual de la llamada “posmodernidad”, pese a lo anacrónico que puede resultar hoy esta denominación. Resulta ser este un escenario de profundos cambios económicos, sociales, políticos y culturales en general, que nos arroja a un futuro incierto. El derecho, como práctica social discursiva constitutiva, se ve sacudido por la avasallante movilización que estos cambios provocan. Dentro de los elementos constitutivos de esa praxis, se encuentra la “decisión judicial”, especie discursiva privilegiada de la misma por estar a cargo de funcionarios públicos —los jueces— que cumplen un rol particularmente connotado. La misma, por cierto, tampoco resulta indemne. Es más, su relación con lo político, siempre conflictiva y disimulada, toma hoy una preeminencia notoria. De ello y otras cuestiones aledañas, con una mirada hacia Latinoamérica en la región, trata este trabajo.

Palabras claves: sociedad líquida - posmodernidad - decisión judicial - política - conflicto

Latin America in the region: “liquid society”, judicial decision and politics. An acute conflict, just dissimulated

(*) Prof. Adjunto Efectivo Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Prof. Titular Filosofía y Teoría General del Derecho y de Escritura Académica III, Facultad de Derecho, Universidad del Centro Latinoamericano de Economía Humana. Prof. Teoría General del Derecho, Maestría de Derecho de Daños, Núcleo de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

Abstract: *what Zygmunt Bauman called “liquid modernity”, in general terms, fits the market logic driven by globalization and this is associated with the current phase of the so-called “postmodernity”, despite how anachronistic this denomination can be today. It turns out to be this a scenario of profound economic, social, political and cultural changes in general, which throws us into an uncertain future. Law, as a constitutive discursive social practice, is shaken by the overwhelming mobilization that these changes provoke. Within the constitutive elements of this praxis is the “judicial decision”, privileged discursive species of the same for being in charge of public officials —judges— who play a particularly connoted role. The same, by the way, is not undamaged either. Moreover, its relationship with the political, always conflicting and disguised, today takes a notorious pre-eminence. Of this and other surrounding issues, with a view towards Latin America in the Region, is this work about.*

Keywords: *liquid society - postmodernity - judicial decision - politics - conflict*

I. Introducción

La visión de la sociedad emergente de la idea de modernidad que despliega Zigmunt Bauman con la metáfora de la “liquidez” en triste se opone a aquella propia de la modernidad “sólida”, que era la modernidad del orden comunitario y estatal preñado de capitalismo.

En este tipo societario que surge de la modernidad líquida en el lenguaje de Bauman, o posmodernidad, o segunda revolución capitalista, como se guste, la otrora solidez se ha licuado en todos los aspectos imaginables.

Es el momento en el que, desde algunos centros de poder —a veces ocultos, a veces no—, se puja por la desregulación, por la flexibilización y liberalización de los mercados, por la hegemonía del mercado global, por la privatización, por la excesiva ponderación de la responsabilidad individual, por la mitigación de lo público. Es también el momento en donde, sin estar desligado de lo anterior, en muchos aspectos de lo social campean la inestabilidad y la incertidumbre, inclusive jurídica. En suma, un escenario donde prima lo efímero y cambiante.

Las patologías típicas de esta era, tales como la injusticia social, la desigualdad material, problemas de tipo laboral, delincuencia más violenta y sofisticada, problemas medioambientales, déficits o deterioros en la legitimación y autocomposición democrática de los Estados nacionales, repercuten riesgadamente en el centro mismo del concepto de derecho, así como asaz en el propio concepto de Estado de derecho, no solamente en su sentido más tradicional, sino también en su forma nueva, —por lo menos para Latinoamérica— la del llamado Estado Constitucional de derecho. Todo esto, claro está, sin contar otro tipo de problemas

que afectan directa y particularmente a algunos países de Europa y a Norteamérica y no a Latinoamérica —por lo menos directamente— y que de alguna manera se conectan con nuevas tipologías de fundamentalismos de sentidos inversos que se retroalimentan permanentemente.

II. La modernidad líquida en la propuesta de Zygmunt Bauman

Ciertamente, lo líquido se opone a lo sólido. Dice Bauman:

(...) Los fluidos se desplazan con facilidad. ‘Fluyen’, se derraman’, ‘se desbordan’, ‘salpican’, ‘se vierten’, ‘se filtran’, ‘gotean’, ‘inundan’, ‘rocían’, ‘chorrean’ ‘manan, (...) ‘exudan’; a diferencia de los sólidos no es posible detenerlos fácilmente -sortean algunos obstáculos, disuelven otros o se filtran a través de ellos, empapándolos-. Emergen incólumes de esos encuentros con los sólidos, en tanto estos últimos si es que siguen siendo sólidos tras el encuentro sufren un cambio: se humedecen o empapan. La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia con la ‘levedad’ (...). Asociamos ‘levedad’ a ‘liviandad’, con movilidad e inconstancia. La práctica nos demuestra que cuanto menos cargados nos desplazamos, tanto más rápido será nuestro avance (...). Estas razones justifican que la ‘fluidez’ o la ‘liquidez’ son metáforas adecuadas para aprehender la fase actual en muchos sentidos nueva - de la historia de la modernidad (...) (Bauman, 2004, p. 9).

Más adelante también dirá que, en contrario a lo que pudiera pensarse y a diferencia de la mayoría de los casos distópicos, esta situación de aquello que el autor entiende por nueva modernidad y que deriva en una sociedad líquida no es consecuencia de un gobierno dictatorial, ni de la subordinación, ni de la opresión o la esclavitud, ni tampoco, aludiendo con ello a Habermas, puede ser entendida como “*un efecto de la colonización de la vida privada*” por parte del sistema, sino:

(...) Más bien todo lo contrario: la situación actual emergió de la disolución radical de aquellas amarras acusadas - justa o injustamente- de limitar la libertad individual de elegir o de actuar. La rigidez del orden es el artefacto y el sedimento de la libertad de los agentes humanos. Esa rigidez es el producto general de perder los frenos de la desregulación, la liberalización, la flexibilización, la creciente fluidez, la liberación de los mercados financieros, laboral e inmobiliario, de la disminución de las cargas impositivas, (...) de las técnicas de velocidad, huida y pasividad (...) en otras palabras técnicas que permiten que los agentes libres no se comprometan entre sí, que se eludan en vez de reunirse (...) (Bauman, 2004, p. 11).

Bauman entiende así que lo que se está produciendo es una suerte de “redistribución” y una “reasignación” de los poderes de la modernidad (Bauman, 2004). Javier Mateo Girón sintetiza de una manera absolutamente compartible la especie que Bauman nos proyecta, comparando –como una lógica oposición– dos fases evolutivas de la sociedad moderna, totalmente contrapuestas: “la modernidad sólida”, como precedente a la actual, que en la tesis baumaniana se ha decididamente “licuado”:

(...) la modernidad ‘sólida’ era la modernidad preocupada por el orden y la modernidad del capitalismo pesado, duro, de producción, industrial y desarrollista (también esclavista vía contrato y ya no por las cadenas); la modernidad kantiana, racional, weberiana, del Estado-nación comunitarista o contractualista, de los derechos liberales y los avances sociales, los grandes e inamovibles valores, la ética del imperativo categórico, la fe en el progreso, el marxismo y la confianza en la emancipación; pero también de la fábrica fordista, la producción en masa, la división y la ética del trabajo, la cultura de masas, el darwinismo social, el genocidio racionalizado, el Gran Hermano, el Konzlager, la emergencia de las clases trabajadoras alienadas, de los ordenamientos jurídicos impermeables, de las fronteras infranqueables y del Estado totalitario y sus consecuencias y la invasión de la esfera de lo privado por lo público (...) (Mateo Girón, 2009, pp. 3-4).

La era de la modernidad “sólida” entonces, de esta manera, ha llegado a su fin.

En la fase actual: *modernidad líquida* en el lenguaje de Bauman, o posmodernidad, o segunda revolución capitalista —en otra semántica que a nuestro juicio resulta compatible— “la solidez se ha licuado”. Simplemente, fluye.

Como se dijo, es el momento de lo efímero y cambiante. Es el momento de la “globalización”, concepto viajero si los hay.

Ulrich Beck, a quien cita correctamente Yamandú Acosta, (Beck, 1998, cit. por Acosta, 2007, pp. 28 y 127), distingue los conceptos de *globalidad*, *globalización* y *globalismo*. *Globalidad*, según Beck, implica la cabal certeza del hombre contemporáneo, y por ende de las distintas comunidades, de que hace tiempo que vivimos en una sociedad mundial y que la tesis de los espacios cerrados es ficticia. No hay entonces ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Queda claro, pues, que las formas económicas, culturales —entre las que la ciencia jurídica obviamente se encuentra— y políticas no dejan de entremezclarse y que las evidencias del modelo occidental deben justificarse de vuelta.

Globalización, según el mismo autor, es la forma de la *globalidad de la segunda modernidad*. En tal contexto, los estados nacionales soberanos se entremezclan

e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas posibilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios.

Un diferenciador esencial entre la *primera y segunda modernidad* es, en opinión de los autores que se vienen citando, *la irreversibilidad de la globalidad resultante*, lo que de hecho significa que existe una afinidad entre las distintas lógicas de la globalización ecológica, cultural, económica, política y social que no son reducibles ni explicables las unas a las otras, sino que deben resolverse y entenderse en sí mismas y en mutua interdependencia.

A su vez, Beck distingue —como ya se dijo— lo que denomina *ideología del globalismo*, entendiendo por globalismo “(...) aquella concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye el quehacer político (...)”; es decir (es) “(...) la ideología del dominio del mercado mundial o ideología del liberalismo (...) que (...) procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica (...)” (Beck, 1998). Se destaca así el presunto predominio del mercado mundial. Esta cuestión revela así el núcleo ideológico del *globalismo*, que se da de traste —dice Beck— con una distinción fundamental de la primera modernidad, a saber, la existente entre *política y economía*. Es decir, “(...) aquella tarea esencial de la política que era delimitar bien los marcos jurídicos, sociales y ecológicos dentro de los cuales el quehacer económico es posible y legítimo socialmente, se sustrae así a la vista o se enajena (Acosta, 2005, p. 29).

La significativa alteración de la relación Sociedad Internacional-Estado Nacional repercute en lo más profundo de la dinámica intraestatal, dificultando en forma grosera los procesos naturales de integración social, provocando la desestabilización de sectores socioeconómicos y culturales propios de las identidades nacionales; conlleva también un debilitamiento progresivo de la actividad mediadora y política del Estado y repercute sustancialmente en el debilitamiento de la inversión productiva en pos de la inversión financiera, cuyos designios y enclaves suelen muchas veces ser desconocidos.

Los conceptos de *globalidad, globalización y globalismo*, en su proyección pragmática, constituyen el centro de una semiología que, de la mano de satélites invisibles, ha logrado penetrar y sujetar de alguna manera a todos los lugares del mundo. A esto se le ha denominado, pretendiendo su legitimación semántica, *sociedad de la información*. Otro término culturizado globalmente y traído desde las entrañas más profundas del movimiento *posmo*.

Por su parte, la llamada *posmodernidad*, en la lógica de mercado que hemos venido describiendo, se conoce como *sociedad pos industrial y como sociedad de la información*, en donde:

(...) la información es mercadería valiosa, y como tal corre la suerte del intercambio. En esta nueva Era, las tecnologías facilitan la creación, distribución y manipulación de la información que -como moneda virtual- es un elemento clave en el desarrollo personal, social, cultural y económico (...) (Fernández Oliva, 2014, p. 185).

El tríptico que hemos mencionado: *globalidad, globalización y globalismo* y la generación de una filosofía subyacente como es la sustentada por el movimiento posmoderno conllevan, tras su aparente e irreversible racionalidad, una deshumanización creciente y con ella un elevado número de problemas pragmáticos en el ámbito del escenario social de los países latinoamericanos, periféricos a los centros constitutivos del eje global dominante ya mencionado más arriba.

De todos modos, como veremos más adelante, si bien podría llegar a entenderse que el posmodernismo como estadio sociocultural y político está hoy en una fase decreciente, lo que es seguro que no está menguando son algunas de sus características más destacables y perniciosas a las que se ha hecho referencia líneas arriba.

Veamos nuevamente lo que nos expresa Mateo Girón:

(...) asistimos a la demolición de los muros que impiden el flujo de los nuevos poderes globales, a la desaparición de las trabas estatales, a la desregulación y a la privatización de todo tipo de vínculo o fenómeno social, a la erosión de las densas redes de nexos sociales de antaño, de las estructuras sociales con base primordialmente territorial. Una modernidad en la que las clases sociales permanecen, pero bajo criterios distintos y con una plasticidad sin precedentes. Una modernidad líquida cuyo núcleo de poder es económico, invisible, multinacional, donde la soberanía de los Estados fuertes se reduce a funciones de gendarmería local y en donde la soberanía de los Estados más débiles es absolutamente impotente ad intra y ad extra frente a los arbitrios del nuevo poder (económica y militarmente, en una época en la que también desde un punto de vista estratégico el territorio ha perdido sentido). Es más, afirma Bauman que los Estados, ya voluntariamente o ya forzosamente, han de abrir su territorio a las presiones globales, sufriendo las contradicciones humanas, sociales y económicas que ello implica, pero con el estrecho margen de maniobra que supone la toma de medidas locales (...) (Mateo Girón, 2009, p. 4).

Así las cosas, como puede inferirse, la condición humana, en términos de sujeto, tiempo y espacio, trabajo, comunidad, familia, afectos, acompaña este proceso de licuación, en donde se puede asomar —por qué no— su desaparición.

Umberto Eco, siempre recordado y recordable, con su lenguaje tan peculiar, mezcla de sapiencia profunda e ironía, poco antes de su muerte opinó:

(...) La sociedad líquida empieza a perfilarse con la corriente llamada posmodernismo (término comodín, que puede aplicarse a multitud de fenómenos distintos, desde la arquitectura a la filosofía y a la literatura, y no siempre con acierto). El posmodernismo marcó la crisis de las “grandes narraciones” que creían poder aplicar al mundo un modelo de orden; tenía como objetivo una reinterpretación lúdica e irónica del pasado, y en cierto modo se entrecruzó con las pulsiones nihilistas. No obstante, para Bordoni también está en fase decreciente. Tenía un carácter temporal, hemos pasado a través de él sin darnos cuenta siquiera y algún día será estudiado como el prerromanticismo. Se utilizaba para señalar un fenómeno en estado de desarrollo y ha representado una especie de trayecto de la modernidad a un presente todavía sin nombre (...) (Eco, 2016, pp. 9 y 10).

Para Bauman, continua Eco:

(...) entre las características de este presente en estado naciente, se puede incluir la crisis del Estado (¿qué libertad de decisión conservan los Estados, frente al poder de las entidades supranacionales?). Desaparece una entidad que garantizaba a los individuos la posibilidad de resolver de una forma homogénea los distintos problemas de nuestro tiempo, y con su crisis se ha perfilado la crisis de las ideologías, y por tanto de los partidos, y en general de toda apelación a una comunidad de valores que permitía al individuo sentirse parte de algo que interpretaba sus necesidades (...) (Eco, 2016, p. 10).

Ahora bien, el sentido que Eco recoge a partir de la idea de “licuación” que propone Bauman, y como producto social de esta, resulta ser, como se ve, como todas aquellas características de tal estado que se han venido exponiendo, profundamente alarmante.

Véase: crisis del concepto de comunidad, individualismo desenfrenado, marcado antagonismo, subjetivismo exacerbado, fragilidad, pérdida de los puntos de referencia, lo que disuelve todo en una especie de “liquidez”, tal como lo percibía Bauman.

Pero lamentablemente, las cosas no terminan allí.

También se pierde:

(...) la certeza del Derecho (la magistratura se percibe como enemiga), y las únicas soluciones para el individuo sin puntos de referencia,

son aparecer como sea, aparecer como valor y el consumismo (...), el consumismo no tiende a la posesión de objetos de deseo con los que contentarse, sino que inmediatamente se los devuelve obsoletos, y el individuo pasa de un consumo a otro en una especie de bulimia sin objetivo (...). No solo los individuos sino la sociedad misma vive en un proceso de precarización (...) (Eco, 2016, pp. 10 y 11).

Eco vaticinaba, hace apenas poco más de dos años, que este estado de “licuación” duraría bastante tiempo, y no se sabía hasta ahora cómo salir del mismo. “(...) El problema es que la política y en gran parte la intelligentsia todavía no han comprendido el alcance del fenómeno (...)” (Eco, 2016, p. 11).

III. La “licuación” y el derecho en Latinoamérica

En un marco intencionalmente acotado que emerge de una mirada hacia un contexto de referencia regional —Latinoamérica en la región— y hacia el funcionamiento de una de las praxis sociolingüísticas más instituyente, constitutiva, pragmática e imprescindible para el desarrollo social —el derecho—, surge sin mucho esfuerzo la necesidad del análisis, por lo menos inicial, de una cuestión relevante.

Aquel fenómeno de “licuación” al que aludíamos también toca lógicamente a Latinoamérica con tipicidades propias y resulta particularmente gravoso por ser nuestro continente periférico y dependiente.

El impacto de la “licuación” se traduce, *grosso modo* y en parte, en mucha dispersión (de actitudes, de costumbres, de prácticas, de cultura) y también en la existencia de sectores sociales que exponen una ligera humanidad, que se cuele mayoritariamente en aquellos grupos generalmente económicamente poderosos, olvidadizos prontamente y a ultranza de casi todo lo que no les afecte directamente y grandes cultivadores por ello de una pasmosa ajenidad respecto de la sociedad real. Generalmente, suelen facilitar el despegue desde una otrora preservada solidez territorial, transformándose en cómplices de un desprendimiento logístico que es propiciado y alentado por el globalismo —como ideología de la globalización— y que es cruelmente utilizado como estrategia de expansión que se despliega precisamente para estos fines, al ser la globalización una de las tantas multiformas que asume el capital transnacional.

Desde otro lado, se pueden percibir sujetos que integran sectores poblados de una humanidad lacerada por la pobreza, por la escasez de recursos, por la falta de acceso a la solidez cultural, por la carencia de un horizonte tangible de posibilidades, que algunos —no todos— asumen con una dignidad increíble, y respecto a los cuales, pese a los reconocidos esfuerzos que han realizado muchos de los últimos

gobiernos instalados formalmente en forma democrática en la región en los últimos quince o veinte años y que cuestionaron al neoliberalismo que campeaba olímpico desde tiempo atrás, esta situación, lamentablemente, no se ha podido revertir aún en forma suficiente.

En el medio queda muy poco y lo que queda oscila y vacila entre la imitación de los primeros y la toma de conciencia real, con las consecuencias pragmáticas de solidaridad o no, hacia lo que ocurre a los segundos y la búsqueda de eventuales soluciones pacíficas, dentro de un marco democrático, para mitigar esos problemas estructurales.

Las sociedades latinoamericanas se encuentran, así, social y políticamente cada vez más polarizadas.

No se aprecia, tampoco, una reversión inmediata de esta situación, sino todo lo contrario. Toda esta compleja trama es aceptada finalmente, consciente o inconscientemente, como algo propio y muchas veces por quienes la padecen con dejos de resignación, pues además en el imaginario social este fenómeno, debidamente camuflado, suele percibirse como un producto inherente al exclusivo devenir del funcionamiento interno de las economías nacionales, lo que además resulta explotado políticamente de distintas maneras. Todo esto en consecuencia, como es lógico, impacta sobre el derecho como praxis social, el que debe necesariamente acomodarse rápidamente a estas nuevas instancias sociales, políticas, económicas y culturales, en el mayor de los sentidos posibles.

En este contexto de complejidad surge también, notoriamente, un particular fenómeno: el derecho latinoamericano y la mayor parte de la actividad que le es inherente parecen haber perdido certeza y credibilidad ante el imaginario social.

No resulta desacertado pensar, así, que no solo los individuos sino la sociedad misma vive, en palabras de Eco, un proceso de *precarización* (Eco, 2016, p. 11).

De esta idea de *precarización* acuñada por el maestro italiano, que se asocia claramente a lo “*inseguro*”, puede derivarse una conexión con el anglicismo *soft law*, equivalente a *derecho blando, suave, lábil*, que se acomoda muy bien a la *posmo-liquidez* porque entre otras cosas el producto social general de este tipo es también una sociedad *soft*, (blanda, suave, efímera), una cultura *soft*, en definitiva, un individuo *soft*, que entabla también relaciones *soft*, y que aprende a vivir de una manera *soft*, (*ibídem*) porque así se le enseña en todas las fases de su aprendizaje.

Debe comprenderse también que el derecho, como resulta obvio, más allá de todas sus posibles intermitencias, transita entre voluntad política, lenguaje y co-

municación y en definitiva este aspecto, en mayor o menor grado y con encuadres de intensidad y aspecto variados, resulta una cuestión a la que las distintas corrientes que conviven y disputan en la reflexión acerca del mismo en Latinoamérica no han podido ni podrán sustraerse en absoluto.

Así las cosas, parece quedar claro que la visión de derecho gestada en la *modernidad sólida*, en lenguaje *baumaniano*, está en profunda crisis por la incidencia de muchos factores.

En tal contexto, partiendo de lo se ha venido exponiendo, estos factores pueden sintetizarse de alguna manera en los cambios y alteraciones profundos que ha sufrido la subjetividad, en el impacto que el mercado transnacional ha tenido en los Estados Nacionales, en la influencia y las consecuencias de la implosión comunicacional, en las disfunciones que suelen alterar el sistema político, que aunque muchas veces no afectan —otras sí— el tránsito democrático formal, igualmente su dinámica proyecta fundamentalmente un nuevo tipo de relacionamiento entre los poderes políticos tradicionales.

Incluso más. Durante los más de treinta años que separan las instancias democráticas actuales de muchos países latinoamericanos de las nefastas dictaduras militares padecidas en los setenta y parte de los años ochenta del siglo pasado, es claro que la sombra de la violencia cobarde que se apoyó en la fuerza de la espada no se ha aventado del todo. De tanto en tanto, según los vaivenes políticos de las sufridas democracias regionales, alguna nostálgica voz de esa pobreza de espíritu se hace sentir en el interior de ellas, de distinta manera y con mayor o menor intensidad. Esto sucede realmente, aunque se suele minimizar al máximo por los gobiernos democráticos instalados.

Todo ello parece requerir, en este escenario, una revisión de la praxis jurídica en dos direcciones: una descriptiva, seguramente muy sociológica, dirigida al análisis del funcionamiento de las distintas formas jurídicas que aquella ha ido adoptando dentro de la notoria complejidad descripta; y otra sustancial, que se inserte en un enclave muy semiológico-lingüístico, dirigida a la búsqueda de las nuevas significaciones que se han ido incorporando en algunos conceptos básicos y en las instancias constitutivas de aquella praxis y, en consecuencia, cómo estas pueden haber repercutido en el imaginario social. Esas indagaciones y pronunciamientos que deberán ser necesariamente interdisciplinarios permitirán que se sepa, más o menos claramente, ante qué forma o formas jurídicas reales se encuentran las sociedades contemporáneas latinoamericanas. También explorarán cuál es su nuevo lenguaje y cómo impacta este en la comunicación social, propia de una etapa evolutiva que se percibe por ahora como irreversible y de alta complejidad, como se ha visto.

En este proceso pleno de movilizaciones, que como se aprecia son de alguna manera estructurales, resulta provechoso acudir a una mirada *crítica* de la realidad socio-jurídica, desde donde, como es sabido, se habilita que el derecho sea considerado como una *práctica social específica*, que se materializa como un proceso social de producción de sentido, porque es a través del sentido en donde precisamente adquiere especificidad y produce efectos (Cárcova, 2007, p. 162).

Debe quedar claro que, cuando en este trabajo se hace referencia a una mirada sobre el Derecho con base “*crítica*”, esta debe entenderse básicamente dentro del marco de la llamada Teoría o Teorías Críticas del Derecho, es decir, aquella o aquellas que, en términos generales, guardan correspondencia principal, discursiva y conceptual con la tradición filosófica que se concreta en el siglo XX en la Escuela de Frankfurt. También, por ende, su inspiración teórica se remonta aún más lejamente a la dialéctica hegeliana, al pensamiento de Nietzsche, al subjetivismo psicoanalítico freudiano, a la sociología weberiana, culminando con un fuerte intento de reformulación del materialismo marxista y luego continúa hasta nuestros días con los aportes de sus epígonos intelectuales, Habermas y también Honneth, así como otras contribuciones filosóficas que conforman un núcleo teórico, aunque sea parcialmente afín. Se evidencia, así, un perfil teórico más o menos común *de la o las teorías críticas*. Pese al particular eclecticismo de las mismas, en general todas responden a una matriz teórica común, por lo que esa condición permite su identificación como tales (Meliante, 2014, p. 157).

Ahora bien, si se observa el aspecto interno —diríase la composición— de esta *praxis discursiva*, aparece como parte ostensible, siempre referente y referida, la llamada *decisión judicial*, acto arquetípico de la actividad de los jueces cuyo análisis, pensamos, resulta esencial.

Lo es por su contenido, por su forma y por su finalidad. Y, además, probablemente aún más, en tanto se tenga en cuenta lo que se ha venido exponiendo, porque parece existir un debilitamiento en la credibilidad del discurso general proveniente de la actividad de los jueces.

Dentro de esta tónica, la “*decisión judicial*” puede ser vista, en principio, como un acto volitivo dictado por quien o quienes se encuentran legitimados para ello, esto es los jueces en las diferentes integraciones orgánicas que se les adjudica y que cada Estado crea. Sin perjuicio de ello, en cuanto a su contenido, es también un hecho histórico que compromete su historicidad a través de la irrupción que hace en la realidad y en donde su acaecimiento modifica la realidad personal, la realidad patrimonial, en suma, la circunstancia del hombre, muchas veces aún en contra de su voluntad. Se profundizará esto en el siguiente apartado.

IV. Un centro crucial de la praxis del derecho. Precisamente: *la decisión judicial*

Como se viene diciendo, en la praxis del derecho la actividad de los jueces, en tanto tradicionalmente se encamina a definir un conflicto de intereses, se consuma en la *decisión judicial*, que conlleva por lo menos el análisis de dos aspectos: a) el del punto de partida (*factum*) de la decisión y b) el de la interpretación de las normas. Ambos problemas se vinculan a la *racionalidad o a la argumentación racional*, que debe informar la decisión (Douglas Price, 2012, p. 26).

A ello debe incorporarse también *in media* (1) un riguroso estudio de la *prueba de los hechos*. Aunque el tema, como se verá, no es tan sencillo ni termina allí.

Líneas arriba se expresó que la *decisión judicial* resulta ser inicialmente un acto volitivo dictado por quien se encuentra legitimado para ello y, también, que es un hecho histórico por las razones que se apuntaran, pero interesa destacar además que, sin perjuicio de ello, es también una manifestación del poder jurídico del Estado, que se expone finalmente como un acto racional, hermenéutico, caracterizado por su lingüisticidad y contextualidad y que si bien se menta normalmente para un particularidad intersubjetiva, deviene luego general al ingresar al sub-sistema lingüístico y comunicacional de la praxis socio-jurídica.

Luego de un largo *itinere*, se revela como un proceso con las notas típicas de ser cognoscitivo e interpretativo, transformándose luego en directivo (volitivo-decisorio) (Melianete, 2004).

En el ámbito de la *crítica*, como bien explica Cárcova, se entiende que, cada vez que se discute sobre el rol de los jueces y el papel de la interpretación en el derecho, se discute también sobre cuál es la forma de concebir a este (Cárcova, 2007, p. 162).

Desde esta perspectiva, el derecho como se ha expresado es considerado como una *práctica social específica*. *Práctica*, diría el profesor argentino, porque se trata de una acción repetida y sostenida en el tiempo y además estilizada; *social* porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos y *específica* porque es distinguible de otras prácticas sociales, como las políticas, económicas, morales, etc.

Esta práctica, en tanto *discursiva*, se materializa ostensiblemente como un proceso social de producción de sentido, y es a través del sentido en donde el derecho,

(1) "*Fons in media urbe est*".

precisamente, adquiere especificidad y produce efectos (Cárcova, 2007; Meliante, 2017). Pero, además, esta práctica es *interviniente*, en el sentido que, al ser productora de sentido, este se instala más allá del privilegiado discurso normativo del legislador.

La construcción de sentido del derecho resulta ser multívoca (Meliante, 2017) con distintos protagonistas: legisladores, jueces, prácticos, administradores, ciudadanos y también grupos.

Esto es tan así que, en el mundo contemporáneo y cada vez más sobre todo en Latinoamérica, es notoria la coparticipación de tales protagonistas en la construcción discursiva de la juridicidad, en el sentido de búsqueda de soluciones jurídicas a los conflictos políticos y sociales, se haga esto en forma explícita o implícita.

La *decisión judicial* como parte trascendente de la *praxis discursiva* que configura el derecho es ella misma —como se ve— una variedad de sus discursos constitutivos.

De tal manera, la actividad de los jueces, cuyo epicentro se consuma en el “acto de decidir” que es aquel que provoca la emergencia de la “*decisión judicial*” y que procesalmente puede asumir diversas formas de manifestarse, se encuentra relacionada con el de la independencia de los mismos en el desempeño de su magisterio.

Esta independencia puede ser técnica, institucional, funcional o personal, interna o externa, negativa o positiva, etc., derivada del principio de separación de poderes, que regularmente en las Constituciones liberales que organizan Estados Democráticos de derecho se encuentra expresamente garantizado. De allí podemos inferir que un régimen democrático de gobierno será tal en la medida que exista garantizada la existencia de una cabal separación de poderes y la vigencia plena de un Estado de derecho en cualquiera de los sentidos en que puede asumirse, aún más en aquella que deriva de la actual y potenciada forma que asume el denominado Estado constitucional de derecho (2).

Hace algún tiempo, Garzón Valdés, por ejemplo, argumentó (Garzón Valdés, 2003, p. 27) que los jueces de los tribunales superiores dentro de un sistema democrático “(...) son controladores de la calidad de las decisiones políticas, de sus

(2) En la República Oriental del Uruguay, se ha debatido en algún momento, en los ámbitos políticos, académicos y gremiales-funcionales, acerca de si el Poder Judicial, reconocido constitucionalmente y orgánicamente como tal, sea un verdadero Poder en sentido propio, al no tener autonomía económica y presupuestal dentro del Estado. Ocasionalmente se vuelve, en los mismos ámbitos referidos, sobre este tema.

instituciones y poderes, y su función principal, es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político”, entendiendo por “*estabilidad*” —según comentara María José Añón— “(...) una propiedad disposicional de un sistema político, a reaccionar de tal forma que éste mantenga su identidad, nutriéndose de la actitud de quienes detentan el poder de orientar su comportamiento de acuerdo con la normas básica del sistema (...)” (Añón, 2007, p. 54).

Añón, también advierte que Garzón Valdés distinguió los conceptos de *estabilidad y legitimidad* del sistema político. El primero es un juicio de *naturaleza normativa*, descriptivo, que se vincula a una correcta identificación de la *regla de reconocimiento hartiana*, cuya identificación está ligada, como se sabe, a condiciones normales de armonía oficial y especialmente de armonía judicial. El segundo es un juicio de *naturaleza moral*, puesto que atiende a la calidad ética de un sistema político (Añón, 2007, pp. 54-55).

Por su parte, en relación con los conceptos de independencia y autonomía de los jueces, la autora que se viene citando entiende que deben distinguirse ambos términos. La independencia es “(...) una garantía jurídico-institucional que se impone al Juez, en calidad de principio regulativo”, mientras la autonomía hace referencia a la “institución o poder del Estado (...)” (Añón, 2007, p. 57).

Afirma luego, en línea con la tesis sostenida por Aguiló, que los jueces no son independientes porque están sometidos al derecho, sino que tienen además el deber de ser independientes, en un marco institucional idóneo para que ello sea posible. La independencia judicial se conecta, a su vez, con el correlato del derecho de los ciudadanos a ser juzgados “desde” el derecho (Añón, 2017).

Destaca también la autora la existencia de cierta ductilidad de los jueces ante los cambios y transformaciones de los sistemas jurídicos, en donde pueden percibirse actitudes y reacciones diferentes, como, por ejemplo, enmarcarse en general en la categoría de lo que denomina un “poder judicial afecto”, como ocurrió históricamente en forma radical con la eclosión de la fascismos europeos de la primera mitad del siglo XX y también con muchos de los poderes judiciales coetáneos de las dictaduras que asolaron Latinoamérica desde los años setenta del mismo siglo en adelante, en cuyos contextos los jueces fueron más factores de control social que autoridades garantes de los derechos ciudadanos.

Debe decirse también que, en un polo y actitud política diferentes, frente al desarrollo de un contexto socio-jurídico desigualitario, conflictivo y con residuos de autoritarismo, hubo jueces que experimentaron con la búsqueda del desarrollo crítico y alternativo de la normatividad constitucional vigente, con fines emancipatorios y opuestos al sistema político existente (Añón, 2007).

En definitiva, queda evidenciada la alta complejidad del tema, que se traduce no solo a través del estudio de la composición estructural del acto decisorio, sino, además, en las múltiples posibilidades de abordaje de las que es posible.

Para la “crítica jurídica” constituye, en definitiva, una de las categorías prioritarias de análisis. Volver sobre ella, todas las veces que sea necesario, no implica ningún sobre costo.

V. Discurso decisonal judicial y política

La idea de la “apoliticidad absoluta” de los jueces puede vincularse a una muestra de la inmaculada organización del Estado liberal.

Es decir, se consideró y proclamó —en general— por gran parte de la teoría jurídica que la jurisdicción operaba y debía operar al margen de *lo político*, cuando en realidad es claro que normalmente en todos los casos, y aún más marcadamente en casos *trascendentes*, esto es, aquellos que inciden socialmente y trascienden de alguna manera fuera del ámbito de los conflictos individuales e intersubjetivos de intereses, resulta que las decisiones de los jueces tienen inherentemente una relevancia jurídico-política. Obviamente, este es el sentido que trataremos de abordar con la mayor claridad posible en este apartado.

De todos modos, una afirmación como la precedente, dicha sin más, seguramente puede alterar muchos ánimos, pues ataca frontalmente una larga tradición que transcurrió como meramente explicativa y formalmente descriptiva del acto judicial de decidir.

Por ende, adentrémonos despacio en este tema tan complejo.

Por ejemplo, Ronald Dworkin, analizando la cuestión en relación a cómo deciden los jueces *los mentados casos importantes*, tanto en Inglaterra como en EE.UU., se pregunta si estos toman decisiones políticas y si en realidad deben ser políticas sus decisiones. En tales casos, estima Dworkin que el debate en torno a la “política judicial”, tanto desde la perspectiva británica como del “progresismo” en EE.UU., es “rudimentaria”. Según entiende el autor, el tema debe centrarse entonces en los argumentos en base a los cuales los jueces pueden fundar sus decisiones (Dworkin, 2012).

En ese sentido, afirma el autor que las posibilidades son dos, a saber: “o se fundan en argumentos basados en principios políticos que apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales (...)” o se toman en “(...) función de argumentos fundados en políticas públicas que sostienen que una decisión dada,

debe promover concepciones sobre bienestar general o interés público”, optando el autor por la primera posición (Dworkin, 2012, pp. 27-28).

Como veremos seguidamente, se tomará en este trabajo una respetuosa distancia de lo sostenido por Dworkin, en tanto se participa por el autor del mismo de la opinión de que en el marco de la complejidad que existe en determinar correctamente el sentido y alcance de lo *político o mejor aún, de visualizar la forma de política que se hace expresa en los discursos judiciales, se sostiene que existe un campo, en que ésta se hace claramente visible, y que se desarrolla en el marco de las argumentaciones fundantes de las decisiones judiciales que se producen en un Estado Democrático de Derecho.*

De esta forma, en el mismo se sostiene la idea de que existe un marco de *lo político* que resulta válido y admisible en el campo decisorio judicial, y que este *está constituido por aquel conjunto de argumentaciones que se consuman en cuestiones de política jurídica, y que, a su vez, traducen manifestaciones de políticas públicas que en definitiva no son otra cosa que parte de la política o lo político, en sentido propio o estricto.*

Se analizará brevemente, entonces, cómo puede entenderse *lo político en este contexto*, dadas las distintas posibilidades con que el término es comúnmente utilizado.

Lo *político* puede ser entendido así, de diversas formas.

Se entiende que *lo político* como *manifestación de la política en sentido propio o estricto* está constituido por aquel conjunto de decisiones de *políticas públicas*, que emanan de los órganos que ejercen el *poder* en un Estado determinado con arreglo a determinados fines y valores socialmente aceptados mayoritariamente, que de alguna manera se hacen necesarios para posibilitar la convivencia social.

Por su parte, como expresa correctamente Rodríguez Díaz, *las políticas públicas* implican una redefinición de los órdenes político y jurídico del Estado, de tal manera que, al insertarse en el marco estatal, permiten:

(...) una percepción procedimental y finalística, para la corrección de un modelo burocrático y su juridicidad, permitiendo a su vez, su discusión en un código binario simple, como por ejemplo en términos de jurídico-antijurídico; o que amplíen su cobertura para posibilitar la intervención de un conjunto de actores sociales más amplio, así como un debate, control, fiscalización y reivindicación de determinados derechos (...) (Puede consultarse este concepto que se transcribe en sus líneas básicas (...)) (Rodríguez Díaz, 2011, p. 7).

Pero, además, la política en *sentido propio o estricto* está siempre presente en las cuestiones de *política jurídica*. Ambas son *inherentes*. No hay contraste, como diría Ross, es una cuestión de grados (Ross, 1997).

Como es sabido, el realismo de Ross adjudica contenido específico al campo de la política-jurídica. A saber, esta se ocuparía, según el autor escandinavo, de:

(...) 1) problemas específicamente técnicos-jurídicos de naturaleza sociológico-jurídica (política-jurídica en sentido propio); 2) problemas políticos estrechamente vinculados con estos y que pertenecen al campo profesional de otros expertos, en donde el jurista sería un inexperto de segunda mano; 3) problemas que requieren pesar consideraciones y decidir como árbitros entre otros expertos; 4) formulación lingüística de la decisión, en un lenguaje jurídico aceptable y que armonice con el cuerpo de normas existente (...) (Ross, 1997, p. 403).

Se dijo más arriba que la política, en sentido *propio o estricto*, está siempre presente en las cuestiones de *política jurídica* y que ambas eran *inherentes*. ¿Por qué ocurre esto?

Pues sencillamente esto ocurre ya que, a través de un acervo de insumos que se integran a la *política jurídica* como propia de la actividad judicial, en el fondo no se hace otra cosa sino recoger aquellos pertenecientes a *políticas públicas (económicas, financieras, culturales, previsionales etc.) que se nutren de decisiones estatales que contemplan necesidades y valores* generalmente asumidos y puestos de manifiesto por grupos sociales representativos y hegemónicos que, en conflicto con otros grupos, demandaron de formas aceptables dentro de un marco democrático y lograron, así, ser tenidos en cuenta como parte humana influyente (en sentido amplio), integrante de la estructura social que conforma una sociedad organizada.

Pero profundicemos un poco más.

La *política en sentido propio o estricto* —a la que hemos aludido— debe distinguirse de otra variedad de *política* que está conformada, es decir, que adquiere su forma, nutriéndose de estrategias específicas a través de conductas desplegadas por una fuerza política, generalmente en puja con otras y con un designio electoral —por lo menos en un Estado democrático de derecho— con claras miras de obtener el poder de gobierno y el control del Estado. A esta forma de *política* se le puede denominar *política partidaria*.

Lo cierto es que a veces resulta difícil distinguir una de otra, porque los propios actores del acontecer político suelen invocar muchas veces *la política en sentido estricto*, cuando en realidad se refieren a la *política partidaria*, en un campo dis-

cursivo muy complejo mediante el cual, en general, se busca captar adherentes o incluso descalificar en forma concreta a otras fuerzas políticas.

Pueden aparecer problemas serios y a veces muy difíciles de desentrañar, si de alguna manera los órganos decisorios judiciales, o Tribunales en sentido estricto (3), trasvasan de alguna manera sus *decisiones* desde la *política jurídica*, en la que está siempre presente *la política en sentido estricto a través de la implementación de políticas públicas*, a la *política como estrategia partidaria*.

Lo primero es lícito. Lo segundo ingresa en el umbral de la corruptela (4).

Para decirlo con otras y pocas palabras: si un Juez en el marco de su actividad jurisdiccional se inserta de alguna manera, directa o indirecta, en cualquier tipo de acción o actividad que propenda también, directa o indirectamente, a favorecer, colaborar o facilitar del modo que fuere una estrategia partidaria de cualquier fuerza política que aspire a ejercer o ejerza el control del gobierno en un Estado democrático de derecho, ya lo haga con relación a la respectiva colectividad política en su conjunto o a alguno de sus miembros particularmente considerado, traspasa el umbral de la corruptela y se sumerge decididamente en ella.

De ser detectada una situación de este tipo, debe ser rápidamente conjurada, en el sentido de evitar o impedir que se consume o buscar, si se consumó, su reparación absoluta.

Por su parte, Michele Taruffo ha expresado que, en este contexto, la “política” no ha de ser entendida como concepto abstracto o actividad, sino en forma concreta como “poder político”, cualquiera sea el modo institucional o extra-institucional en el que se ejerza, y sostiene que las relaciones entre jueces y política pueden analizarse desde diversos puntos de vista (Taruffo, 2005).

El Juez, expresa Taruffo, es intérprete de los valores constitucionales o fundamentales en el moderno Estado Democrático. Al realizar esta función

(...) el Juez ejerce un papel fundamentalmente político: lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de la riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desa-

(3) Se hace la precisión porque no debe olvidarse que, para Ross, el concepto de Tribunal es entendido en sentido amplio, designando a la totalidad de las autoridades que tienen a su cargo la prevención y castigo de los delitos o incluso otras transgresiones, en el ámbito penal y civil (Ross, 1997, p. 62).

(4) “Ser Juez, es una tarea noble y ardua. El Juez es también un investigador: busca descubrir la verdad en la vida y en la Ley” (Francisco Gamarra, *La vocación judicial*).

rrollo de las relaciones políticas, individuales y colectivas (...). El Juez, asume así un papel político (en sentido amplio), por lo que, según el autor, (...) es natural que se verifiquen diferencias, y también fuertes conflictos entre las directrices de la Magistratura y las elecciones adoptadas por el Poder Político (...) (Taruffo, 2005, p. 14).

El autor convocado entiende que este análisis, si bien es campo fértil para una multiplicidad de miradas posibles, lo especifica en dos que considera de especial relevancia:

(...) a) la subordinación, esto es, esa tendencia del poder político de someter la magistratura a su voluntad, y b) el de la dialéctica, que se resume en la fisiología inevitable de las relaciones entre jueces y política, o sea una relación que también puede ser de conflicto pero que no puede implicar el sometimiento de los jueces a la política ni el sometimiento de la política a las decisiones del poder judicial (...) (Taruffo, 2005, pp. 15 y 16).

Para Taruffo, finalmente, la definición del problema que se analiza en los sistemas democráticos consiste en

(...) crear, garantizando su funcionamiento, mecanismos de checks and balances capaces de detener la tendencia del poder político a someter a la magistratura y de contener el conflicto fisiológico entre los jueces y el poder dentro de los márgenes de la dialéctica institucional correcta (...) (Taruffo, 2005, p. 17).

Puede recordarse también que Ross expresaba que un Magistrado bien entrenado llega a una decisión en base a un decurso encaminado a obtener ese objetivo —que es también una necesidad para eliminar un conflicto social— y lo logra activando dos elementos formados por la “conciencia jurídica material” (estándares, valores, actitudes que posee el Magistrado como miembro de una colectividad social) y la “conciencia jurídica formal” (convicción de respeto y acatamiento a la ley, que siempre debe estar presente en el mismo) (MelianTE, 2004).

Sin perjuicio de las prestigiosas opiniones colacionadas, debe quedar ineludiblemente claro que los jueces, por obligación y vocación, al momento de emitir su *decisión*, deben autocensurar su opinión *político-partidaria*, de tal manera que esta evite contaminar gravemente el acto decisorio que se dicte, que es, según lo que hemos venido viendo, una cuota de poder que el Estado les ha conferido.

Pese a que se argumenta, generalmente desde el campo jurisdiccional, que efectivamente esto se cumple a rajatabla, no ha de ser seguramente tarea fácil y menos cuando se va ascendiendo en las jerarquías orgánicas judiciales, en las que

los jueces suelen tener contactos más fluidos con las estructuras políticas orgánicas o no. De todos modos, sin duda que se puede.

Los problemas que puede ocasionar esta suerte de patología, si se desarrolla, son diferentes y todos ellos, como resulta fácil imaginar, de una importancia crucial.

Pero, además, como se verá en el apartado que sigue, el tema se encuentra vinculado con otro aspecto que se solapa en el primero y dificulta por ello, aún más, su apreciación y de ser necesario su prevención y represión.

Dentro de este complejo escenario, el rol de los jueces y la manera en que el derecho debe ser entendido está cambiando.

La investigadora de la FLACSO, Karina Ansolabehere, opinó que, en América Latina, en muchas de las formaciones sociales democráticas, la relación entre política y derecho ha cambiado. Si inicialmente —expresó— estuvo centrada en la dependencia del poder judicial al poder político, en la actualidad, en tanto la actividad jurisdiccional interviene y procesa problemas políticos, la situación cambió de signo y constituye una preocupación actual la dependencia del poder político de las decisiones judiciales. “La tematización de la tan mentada judicialización de la política y politización de la justicia, forma parte de este nuevo impulso (...)” (Ansolabehere, 2005, p. 39).

Si bien la cuestión no constituye una novedad, adquirió, según la autora, mayor relevancia en la medida que se ampliaron las atribuciones de los poderes judiciales para actuar como árbitros de los poderes políticos o entre el poder político y ciudadanía, así como para controlar que las decisiones políticas sean compatibles con la Constitución. Ello tiene su expresión en tres aspectos, vinculados a su vez al cambio en tres tipos de funciones que cumple el poder judicial, a saber: a) la de ser custodio o guardián de la Constitución, en donde se revela una tendencia al aumento de control de constitucionalidad, en tanto capacidad del poder judicial para dejar sin efecto decisiones de los órganos legislativos y ejecutivos; b) la de ser árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político, en donde se percibe un aumento de las cuestiones políticas y sociales, sobre las que el poder judicial toma intervención y c) en la fiscalización de la tarea de los políticos, en tanto se percibe una tendencia al aumento de decisiones que juzgan el comportamiento de funcionarios públicos (Ansolabehere, 2005).

Si en el siglo XIX y gran parte del siglo XX el poder judicial se caracterizó por la tutela casi en exclusiva del derecho de propiedad, el último cuarto de ese siglo y lo que va del presente se han caracterizado por la tutela de los derechos sociales (laborales y de seguridad social), políticos, de género, ambientales, etc.,

(...) siendo también actor fundamental en el arbitraje de conflictos políticos, requiriéndose su intervención para el control de los actos de gobierno, no solo a través de la eventual responsabilidad de los funcionarios públicos, así como también en la intensificación del control de constitucionalidad de las leyes (...) (Ansolabehere, 2005, pp. 41 y 42).

Según la autora, existen indicadores precisos de esta tendencia del avance de los jueces hacia el espacio de la política, a saber: a) aumentan los casos en que la política no puede decidir (derechos de libertad negativa que implican una obligación de no hacer por parte del Estado o su contracara, derechos que marcan obligaciones de hacer por parte de este, en donde se indica al Estado qué es lo que debe hacer); b) se legitima el aumento de la capacidad de fiscalización del poder Judicial sobre los funcionarios públicos; c) aumenta la capacidad de revisión del Poder Judicial respecto de normas sancionadas por el Poder Político, a través del control de constitucionalidad y d) aumenta la capacidad para resolver conflictos políticos, constituyéndose instancias en que se recurre a la intervención judicial para la resolución de conflictos entre Poderes del Estado. El Poder Judicial controla y revisa las acciones del Poder Político, de manera que se constituye en un actor clave del juego político (Ansolabehere, 2005).

Sigue diciendo Ansolabehere que, en las democracias latinoamericanas, las nuevas y las que no lo son tanto, se “*ampliaron las fronteras del Derecho sobre la política*”.

De alguna manera, ingresan a la escena política funcionarios no políticos, en el sentido tradicional, que toman cada vez más decisiones inherentemente políticas, con las características estructurales de toda *decisión judicial*, rompiendo, por otro lado, el equilibrio tradicional de poderes que garantizaba el derecho liberal moderno, cuyo punto culminante fue el Estado Legal de derecho, o por lo menos creando en su seno una funcionalidad diferente entre los poderes de diseño tradicional.

Esta situación puede ir hacia dos lugares diferentes en la búsqueda del balance entre derecho y política:

(...) un poder judicial máximo en donde, se considera que la judicatura, es garantía de los excesos de la política, y un poder judicial mínimo, en donde si bien se reconoce la importancia y necesidad de la intervención judicial en distintos campos como forma de garantizar una correcta administración de justicia, no es deseable, se dice, que la decisión final pueda estar en una democracia, en manos de funcionarios no electos popularmente, como lo son los jueces (...) (Ansolabehere, 2005, p. 44).

A ello debemos agregar un fenómeno que se ha redimensionado profundamente en muchos de los países de la región y es el análisis y juzgamiento de posibles actos de corrupción de distintos funcionarios, generalmente más intenso cuando estos ocupan cargos de relevancia o cuentan con alta proyección política en las distintas fuerzas que operan en esa praxis.

Este no es un tema menor. Basta echar una mirada hoy en la Región, aún de soslayo.

La solución del tema, de singular importancia para el devenir democrático de cualquier país que se precie de tal, no responde aún a políticas públicas regularmente y claramente definidas y aceptadas, por más que en muchos países se hayan instalado de a poco órganos administrativos y jurisdiccionales con competencia específica en la temática y se ha ido organizado, también lentamente, una producción legislativa que tiende a su prevención y sanción.

En realidad, sucede en la actualidad –porque la actitud es añosa pero la puesta en escena particularmente nueva— que cuando una situación de estas ocurre, se proyecta socialmente rápidamente como una herramienta de denuncia y reproche político-partidario con fines mayormente electorales que suele contar con el beneplácito o no de los ciudadanos según el lugar en donde caiga la reprensión cuando esta acaece, más que como una cuestión de Estado como en realidad debiera ser.

Se instala así el tema políticamente desde el punto de vista casi radicalmente partidario, en un eje binario que funciona sobre los parámetros subjetivos de *corrupto-no corrupto*. La intervención judicial, cuando ocurre, es obviamente —pues en esta situación no puede ser de otra manera— *ex post facto*.

VI. Jueces, ideología y decisión

Se percibe a través de lo dicho, en donde es notorio que se cruzan perspectivas teóricas de distinto cuño, que incide también en esta cuestión otro aspecto: un Juez *nunca puede*, aunque lo intente, ocultar su *ideología*.

En este sentido, cuando se alude a una *ideología*, esta puede ser considerada *una conjunto de creencias y conceptos que refieren a una acumulación de información y experiencia sobre la realidad, y que, además, esas creencias y conceptos son factuales y normativos, esto es, implican también comportamientos de los individuos y los grupos*. En principio es una explicación de la realidad social, más o menos simplificada en base a creencias, que tiene un valor subjetivo y en donde suele haber, también, elementos irracionales. En general pretende ser secular, aunque hay algunas que pueden tener elementos religiosos. Todos los seres humanos, en

mayor o menor grado, y según su circunstancia de vida, responden de alguna manera a ella.

Este concepto se refiere a aquello que puede entenderse por *ideología* mirada desde el sujeto, entendida básicamente como una simplificación más o menos grosera de la realidad y se conecta con otro tema mucho más vasto y sin duda también mucho más complejo, que es la relación del derecho como práctica social discursiva con la *ideología*.

En este escenario pensamos que el derecho no es neutral, en varios sentidos.

Primero porque, al ser esencialmente una práctica discursiva, excede en mucho el mero contenido normativo. Esta práctica comprende en sí misma distintos discursos, *una suerte de constelación discursiva* (Meliante, 2003), que atribuye sentido a palabras y cosas y, además, por eso mismo, es interviniente. La expresión de esa práctica discursiva se nutre *de politicidad, de valoraciones, de intereses en conflicto, y termina direccionada, según las formas en que el poder se encuentre efectivamente distribuido en la sociedad* (Cárcova, 2007, p. 137).

La incidencia de la ideología sobre la práctica social discursiva que es el derecho, entre otras cosas, reproduce una representación imaginaria y simplificada de los sujetos sobre sí mismos, sobre las relaciones con los otros sujetos y, fundamentalmente, *oculta el sentido de las relaciones estructurales (reales) establecidas entre ellos, con la finalidad de reproducir (y perpetuar) los mecanismos de hegemonía social* de unos grupos sobre otros. Pero, paradójicamente, genera consenso, no solo porque capitaliza una fuerza legítima —en sentido amplio— que es utilizada para ahorrar al sujeto, sino porque también convence (Cárcova, 2007) por lo menos a determinados sujetos o grupos con las relatividades que ello implica.

Debe destacarse que la *metalectura* del contenido ideológico integrada al estudio del derecho como praxis, a través de la Teoría del Lenguaje y la Semiótica, entre otras posibilidades interdisciplinarias, ha sido altamente fructífera. Permitió romper la ingenuidad, consecuente con una mirada exclusivamente normativizada de aquel, que opacaba y obstaculizaba su real dimensionamiento.

Por ello, también desde una perspectiva “crítica”, en el marco de una terapéutica necesaria, resulta provechoso trabajar intensamente en una nueva reformulación, así como en una búsqueda de mejores significados del concepto de *sujeto*, con una explícita perspectiva de reapropiación del sentido de lo “humano” (Meliante, 2014).

VII. Decisión judicial y “licuación”

Ya en las postrimerías de este trabajo, una reflexión más que culmine de insertar el tema esquemáticamente analizado en ese escenario de la “licuación”, que se ha descrito, posiblemente alarmante y asfixiante. Porque es claro que un ambiente líquido puede asfixiar.

La significativa alteración de la relación Sociedad Internacional-Estado Nacional, que se promueve desde la globalización y desde su ideología —el globalismo— desde donde la “liquidez” de Bauman resulta ser una suerte de metáfora comodín y descriptiva, repercute en lo más profundo de la dinámica intraestatal, dificultando en forma grosera los procesos naturales de integración social, provocando la desestabilización de sectores socioeconómicos y culturales propios de las identidades nacionales; conlleva también un debilitamiento progresivo de la actividad mediadora y política del Estado y repercute sustancialmente en el debilitamiento de la inversión productiva en pos de la inversión financiera, cuyos designios y enclaves suelen muchas veces ser desconocidos.

María Paz García advirtió, como también se ha hecho de alguna manera en este trabajo, que el Derecho en esta época:

(...) es cada vez menos técnico, menos científico, menos autónomo, menos garantista, menos identificable, menos seguro; en nuestro tiempo el Derecho se convierte en algo fluido, líquido, amorfo, que se adapta a las circunstancias y que ya no es freno y garantía de nada, sino vehículo de intereses contingentes que fluyen de forma constante y mutan y se adaptan de manera imprevisible (...) (García Rubio, 2016, p. 746).

Como hemos visto, de alguna manera lo líquido todo lo inunda y el acto decisonal jurisdiccional de innegable trascendencia no escapa a esa invasión que afecta su solidez.

En la *posmo-liquidez o posmo-licuación*, entonces, en denominación que en una suerte de simbiosis aclaratoria de sentido se nos ha ocurrido aportar, la producción del derecho ha dejado de ser un monopolio del Estado por “(...) la pérdida de protagonismo de éste como eje vertebrador de la sociedad y de todas sus derivaciones (...)” (García Rubio, 2016, p. 747).

Y esto ocurre, en forma explícita o implícita.

Por ejemplo, en la Unión Europea, por razones geopolíticas, esta situación de pérdida de la *monopolización productiva del derecho* por parte de los Estados Nacionales es, si se quiere, *explícita* y también deseada.

En Latinoamérica, por razones geopolíticas también, pero de signo contrario, la situación de pérdida se torna *implícita*, por así decirlo. De tal manera, si los Estados Nacionales se negaran a aceptar las directivas transnacionales, caro lo pagarían.

Cosas del capitalismo dependiente y periférico.

Como puede apreciarse, metáforas mediante, el tema repercute fuertemente en el sistema de fuentes de producción del derecho, en donde la oferta que surge en forma espontánea va desde la posibilidad de sustituir la ley en sentido tradicional, por un derecho de carácter jurisprudencial, por ejemplo, por su versatilidad, rapidez y flexibilidad y acomodamiento social, frente a la rigidez legal y máxime dentro de un marco codificado, a la emergencia de lo que García Rubio denomina “fuentes concurrentes” “(...) cuyo controvertido carácter normativo y hasta las dudas sobre su legitimidad democrática, no impiden que se vayan imponiendo con pausada pero incansable insistencia (los llamados “códigos de conducta” son un buen ejemplo (...)).” (García Rubio, 2016, p. 747).

La idea de la prescindencia de soluciones definitivas, inmutables, no adaptables ni transformables ciertamente no acompaña a un mundo provisional, incierto, pasajero y cambiante. Por ende, el espacio normativo, en tal escenario, debe acompañar ese sentido con respuestas contextuales, adaptativas.

El *soft law*, prototipo de la *licuación* sustituye, como vimos, al *hard law* imperante en la fase precedente.

En lo que tiene que ver con esa fase precedente, sólida, exaltadora de la ley, *un hard law*, con economías todavía reguladas en gran medida por los Estados Nacionales, respondía a una fase de la evolución del capitalismo monopolista asociado a aquellos e irá luego evolucionando hacia la ultra fase de la globalización transnacional, en donde en gran medida se desplaza el rol decisivo y decisorio del Estado, como vimos.

Ese primer tramo sólido que, con intermitencias, de alguna manera perdura hasta los años noventa del siglo pasado y no desaparece totalmente, puesto que el proceso de licuación es gradual y progresivo, se aviene y va en línea con una ideología preeminente y derivada del paradigma positivista, claramente todavía hoy dominante en el campo del derecho, o si se quiere, desde una mirada más condescendiente, con la necesaria positividad y estatalidad del derecho (5).

(5) Puede consultarse el trabajo de García Rubio, ya citado, p. 747, y particularmente, nota 11 apa.

En lo que tiene que ver estrictamente con Latinoamérica, sobre todo en el ámbito de las economías dependientes y periféricas —que son muchas, sino todas en mayor o menor grado— las cosas han ido en sintonía con este proceso, con el agravante de que poco pueden hacer para incidir y provocar algún cambio en forma gravitante.

Pese a ello, la “decisión judicial”, especie discursiva arquetípica y fundamental de un género mayor multívoco (el derecho), es, a la par que la producción normativa y los otros elementos constitutivos del mismo, una suerte de bastión de defensa de una necesaria institucionalidad democrática que debe preservarse a toda costa, con liquidez o sin ella.

De todos modos, se requiere un acto de profundo sinceramiento de quienes ejercen el poder decisonal jurisdiccional, que no es otra cosa que parte del poder político del Estado en el sentido que ha sido considerado en este trabajo.

Y ese sinceramiento pasa —entre otras cosas— por asumir y admitir que ese acto tan trascendente no es el mero resultado de un trabajo de ingeniera desde el material dado por un entramado normativo aplicado al caso. Es mucho más que eso.

Es este también un campo en que la Dogmática, entendida de la forma más propia y benévola que se pueda, como conjunto de principios, fundamentos, incluso exposición de metodologías que son regularmente expuestas doctrinariamente en el ámbito del derecho —entiéndase que éste sea una ciencia o no— debe jugar un rol esencial.

VIII. Conclusiones

Se intentará a continuación sistematizar algunas conclusiones acerca de todo lo expuesto, en el entendido que puede llegar a afirmarse que, en Latinoamérica, sobre todo en nuestra región, la reflexión en torno a la relación entre *decisión judicial* y *política* ha tomado un nuevo cauce. Por ende, es de suma importancia que tanto la Filosofía como la Teoría General del Derecho se encuentren atentas al mismo. Por supuesto que el tema repercute también en el campo de la Dogmática Jurídica, por lo que este no puede —de ninguna manera— asumir una actitud prescindente.

Por todo ello, podría sostenerse:

1. La actividad de los jueces, fundamentalmente en su faz decisonal, se transforma en *actividad política* por distintos derroteros, a saber: ya en función del impulso de *políticas jurídicas* que se plantean y buscan la ejecución de *políticas*

públicas en las que está presente la *política en el sentido político propio o estricto*, ya en función del ejercicio de la *tutela constitucional efectiva*, que de una manera u otra reclaman, en los Estados latinoamericanos contemporáneos, los ciudadanos en primer término y la estabilidad institucional de los propios Estados, por otro.

2. El acto fundamental de la actividad judicial, *la decisión judicial*, se muestra también inherentemente *ideologizado* según hemos visto, pero además *político* en los sentidos que acabamos de ver. No obstante, se pretende generalmente establecer por parte de los emisores del discurso decisorio judicial, salvo excepciones, que solo se responde a las directivas de un *entramado legislativo*.

Ello requiere una sutil y prudente observación de sus contenidos para que, entre otras cosas, tal acto no derive hacia la disfuncionalidad que apareja el corrimiento del mismo hacia ese otro tipo de política, a la que se ha denominado *política partidaria*.

3. Desde otra mirada, puede verse que, en los países latinoamericanos de la región, muchas veces con mayor o menor suerte, el Poder Judicial controla y revisa las acciones del Poder Político, de manera que se constituye en un actor clave del juego político y, en sentido inverso, el Poder Político ha puesto su mirada atenta en el Poder Judicial, fundamentalmente a través de las claves del dominio presupuestario.

4. En este escenario, en el plano teórico es posible afirmar que, como consecuencia del proceso cuyos pormenores más relevantes se han expuesto, ha surgido para la Teoría y la Filosofía del Derecho Latinoamericana en particular un problema acuciante que se estima que no ha sido abordado con la dedicación y atención que merece. Puede entenderse que no es así, pero la cuestión lo será también —sin duda— para la Dogmática jurídica.

Si en el campo dogmático se persiste en transitar por lecturas muchas veces autorreferentes, interpretaciones y aporte de contenidos tendientes al sostenimiento del paradigma positivista explícita o implícitamente dominante, tal como se hacía en la fase-sólida, sin tener en cuenta la muy compleja realidad que el presente arroja particularmente en el marco de las formas jurídicas (Foucault) y su estabilidad; y sin comprender que *la decisión judicial*, que puede considerarse en sentido amplio parte de ellas, circule teóricamente en forma olímpica, simulando no tener en su interior un conflicto que en realidad socava su propia integridad, se va ciertamente por mal camino.

5. Lo expuesto se potencia claramente a partir de la falta de rumbos nítidos y la sensación de clara inestabilidad a los que la *posmo-liquidez* lleva al mundo a escala planetaria, más aun teniendo en cuenta que todos los vaticinios y planes

que puedan hacerse para frenar el proceso caen en lugares hueros, porque ese es claramente un proceso incontrolable.

6. Puede decirse, entonces, que no es posible concebir al derecho en tanto práctica discursiva, desvinculado de la política o de su consecuente, lo político. Su relación constituye un *maridaje* matizado por momentos de sano relacionamiento y otras veces de alta conflictividad. De tal manera, la *decisión judicial*, epicentro discursivo de la praxis jurídica, no escapa obviamente a este relacionamiento, lo que echa por tierra la mentada apoliticidad absoluta de los jueces sostenida, incluso simbólicamente, por la tradición jurídica liberal.

Por ende, deben distinguirse cabalmente el tipo de política y lo consecuente político que pueden ser asumidos como válidos en el marco argumentativo de la decisión judicial, separando la política en sentido estricto —de la que la política jurídica y las políticas públicas forman parte— de aquel otro tipo de política, como lo es la política partidaria, que si se genera directa o indirectamente en este contexto de la actividad de los jueces provoca una peligrosa disfuncionalidad y, por ende, debe ser rápidamente conjurada.

La decisión judicial, como centro discursivo final y procesal de la actividad jurídica, es entonces una forma de ejercicio del poder político del Estado por parte de los Jueces, en su calidad de sujetos políticos no tradicionales.

7. También resulta procedente argumentar que, cuando se razona *jurídicamente*, se razona a la par *ideológicamente*, lo que contribuye a sostener que el derecho no es, no fue nunca, ni tampoco lo será —como tampoco lo es el aire— puro.

Dentro de este contexto, la *metalectura* del contenido ideológico integrada al estudio del derecho a través de la Teoría del Lenguaje y la Semiótica, entre otras posibilidades interdisciplinarias, ha sido altamente fructífera. Permitió romper la ingenuidad que opacaba su real dimensionamiento.

8. Como quedara expuesto, entonces, la *decisión judicial*, que repercute fuertemente en el nivel *pragmático* o de aplicación del derecho, es uno de los centros de difusión ideológica y política más fuertes y controversiales de la praxis jurídica.

9. Asumir la *politicidad* del derecho por parte de los juristas no constituye por cierto un acto de valentía. Es asumir una obviedad y, por ende, es posible sostener que los órganos decisorios públicos jurisdiccionales —tribunales en sentido estricto—, mentores de las *decisiones judiciales*, coparticipan espontáneamente de este proceso, aunque se pretenda generalmente establecer por parte de sus titulares, salvo excepciones, que se responde tan solo a las directivas de una trama

legislativa. Ello sucede también cuando se pretende excluir una posible relación entre decisión judicial e ideología.

10. Debe quedar claro también que se debe erradicar de plano la posibilidad de que el razonamiento y el discurso judicial que constituyen herramientas de *política jurídica* con contenidos de *políticas públicas* —cuestión esta correcta— se transformen explícita o implícitamente en tramas proclives a cualquier forma de *política partidaria*, lo que constituye, por el contrario, la evidencia de una de las peores formas de corruptela.

Si esto acaeciera, fallará la confianza en la institucionalidad judicial, se perderá la fe en el razonamiento judicial, la fe en la Magistratura, la fe en la legislación y, por ende, sucumbiría el Estado de Derecho en cualquiera de sus formas.

11. Se hace necesario, así, recomendar una avocación inmediata y principal del análisis profundo de este tema por parte de la Filosofía jurídica, sin perjuicio de los necesarios aportes de la mirada interdisciplinar.

De este modo, se podrá contribuir —por lo menos en parte— a la profundización de la democracia en el *horizonte cultural latinoamericano*.

Finalmente, se entiende que es hora de que este tema, que da cuenta de un conflicto aún no resuelto y continuamente disimulado —y que sin duda no es fácil de abordar sobre todo por los miembros de la judicatura—, se analice con absoluta claridad, sin resquemores, sin tapujos, sin caminos elusivos, sin simulaciones. Hacerlo así será bueno para un balance sustancial y crecimiento correcto, como se ha expresado recién, de las democracias regionales.

IX. Bibliografía

Acosta, Y. (2005). *Sujeto y democratización en el contexto de la globalización. Perspectivas críticas desde América Latina*. Montevideo: Editorial Nordan.

Ansolabehere, K. (2005). Jueces, Política y Derecho. Particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 22 (pp. 39-64).

Añón, M. J. (2007). Jueces y control de calidad de los sistemas políticos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30 (pp. 53-59).

Bauman, Z. (2004). *Modernidad líquida*. 3ª ed. Argentina: FCE.

Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós.

- Cárcova, C. M. (2007). *Las Teorías Post Positivistas*. Buenos Aires: Lexis- Nexis.
- Douglas Price, J. E. (2012). *La Decisión Judicial*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo XXI.
- Eco, U. (2016). *De la estupidez a la locura. Crónicas para el futuro que nos espera*. Barcelona: Lumen.
- Fernández Oliva, M. (2014). Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del Common Law. *Investigación y Docencia*. N° 48, Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario.
- García Rubio, M. P. (2016). Sociedad líquida y codificación. *Anuario de Derecho Civil*, V. 69, N° 3. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, España.
- Garzón Valdéz, E. (2003). El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 18 (pp. 27-46).
- Mateo Girón, J. (2009). Zygmunt Bauman: una lectura líquida de la posmodernidad. *Relaciones internacionales (SI)*, N° 9. Recuperado de [http://www/info/ojs/.index.php?jorunal=Relaciones Internacionales=page= article=op= view.path%5B%5D=128](http://www/info/ojs/.index.php?jorunal=Relaciones+Internacionales=page=+article=op=+view.path%5B%5D=128) [Fecha de consulta: 23/04/18].
- Meliante, L. (2003). *Semiótica y Derecho Penal. Aproximación interdisciplinaria y vinculación con la práctica*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- Meliante, L. (2004). La decisión judicial en el proceso laboral: Génesis, particularidades y mitos. *Revista de la Facultad de Derecho*, 23 (pp. 65-77). Montevideo: FCU.
- Meliante, L. (2009). Derecho y Política: una relación conflictiva. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 6 (pp. 68-95). Montevideo: La Ley Uruguay.
- Meliante, L. (2014). La crítica jurídica latinoamericana en sentido estricto. De la indivisibilidad a su consideración en la doctrina nacional. *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 36 (pp. 153-184). Universidad de la República, Facultad de Derecho, FCU.
- Meliante, L. (2017). Derecho, comunidades interpretativas y movimientos sociales: una fisura en la ortodoxia. *Revista Anales*, año 14, N° 47. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata (pp. 833-863). Buenos Aires: La Ley.

Rodríguez Díaz, V. (2011). Fundamentos de um direito para as políticas públicas. Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, *Programa de pos graduacao em direito. Belo Horizonte*. Ficha elaborada por la biblioteca de la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, CDU, 342(81).

Ross, A. (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Taruffo, M. (2005). Jueces y Política. De la subordinación a la dialéctica. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 22 (pp. 9-19).

Fecha de recepción: 14-04-2018 Fecha de aceptación: 18-06-2018