V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ANDRÉS MARQUISIO AGUIRRE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ricardo Andrés Marquisio Aguirre – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-274-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias da justiça. 3. Teorias da decisão. 4. Argumentação jurídica. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Este GT del V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el día 9 de setiembre de 2016, entre las 9 y las 12 hs. La temática y las ponencias anunciadas hacían presagiar una importante diversidad de intereses y concepciones teóricas (referidas a la argumentación, el Derecho, la teoría del Derecho y la teoría de la Justicia), así como la producción de interesantes discusiones a partir de las exposiciones, previsiones que se cumplieron ampliamente.

El primer artículo presentado entre los correspondientes al GT fue APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA aborda el álgido tema del modo en que, bajo el discurso justificativo de realizar una "interpretación conforme a la Constitución", los tribunales legislan en materia constitucional y practican activismo judicial, lo que da mérito a que su accionar sea cuestionado por violación del principio de separación de poderes.

El artículo LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA discute los límites que la teoría dela justicia rawlsiana se impone con el objetivo de recibir una aceptación lo más amplia posible y el modo en que dichos límites tienen consecuencias a la interna de dicha teoría.

Por su parte, el artículo O BEM COMO RACIONALIDADE EM JOHN RAWLS, continúa con el análisis de la influyente teoría de la justicia de dicho autor, tomando como tema el papel de la teoría del bien y sus implicancias, así como el contraste entre el bien y lo justo, que aparece como uno de los aspectos centrales de la concepción de justicia como equidad.

El último artículo en ser expuesto entre los brasileños es O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL. En el artículo se discute si y en qué medida

debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

En lo que refiere a los artículo expuestos por investigadores uruguayos, el primero fue ARGUMENTACIÓN Y DEBERES IMPERFECTOS. En él se defiende la necesidad de aceptar la existencia de deberes imperfectos en la argumentación y se plantean los rudimentos de tal incorporación en una Teoría de la argumentación de orientación Pragma Dialéctica.

EL siguiente artículo es LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISIÒN DESDE EL MARCO DE LA TEORIA CRÍTICA. El tema elegido, trata dos aspectos esenciales del Derecho en las sociedades complejas latinoamericanas, avanzado ya el S XXI: la judicialización creciente de la política y su reverso la politización de la justicia.

El artículo OBJECIÓN DE CONCIENCIA analiza, a partir de un reciente y comentado fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la problemática que plantea “deducir” un derecho general a la objeción conciencia de las disposiciones constitucionales y legislativas que se invocan para fundarlo.

Finalmente, se expuso el articulo RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO) CONSTITUCIONAL. Allí se plantean algunos problemas vinculados al papel de la Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos (jueces, legisladores, dogmáticos).

Prof. Adj. Ricardo Marquisio Aguirre - Facultad de Derecho - UDELAR

LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISION DESDE EL MARCO DE UNA PERSPECTIVA CRITICA DEL DERECHO.

DECISÕES JUDICIAIS NO DOMÍNINIO DAS SOCIEDADES COMPLEXAS LATINOAMERICANAS. A VISTA DO MARCO DE UMA PERSPECTIVA CRITICA DE DIREITO

Luis Meliante Garcé

Resumo

En el presente texto se buscará entre otros aspectos, dar respuesta a diferentes cuestiones como por ejemplo: si los jueces actúan o no al margen de lo político; si en las sociedades complejas latinoamericanas es posible percibir un corrimiento o ampliación de las fronteras del Derecho sobre la política o viceversa, si los jueces al decidir y consumar políticas jurídicas no hacen otra cosa, sino recoger insumos de políticas públicas con contenidos que se nutren de decisiones estatales que contemplan necesidades y valores generalmente asumidos y requeridos por grupos sociales representativos y hegemónicos generalmente en conflicto con otros grupos

Palavras-chave: Justicia, Politización, Política, Judicialización, Política judicial, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

Neste texto vamos procurar entre outras coisas, para responder a várias questões, tais como: se os juízes ou não agir fora da política; se em sociedades complexas da América Latina, é possível perceber uma mudança ou expansão das fronteiras o Direito sobre a política ou vice-versa, se os juízes para decidir e consumar políticas legais fazer nada além de recolher inputs de políticas públicas com conteúdos que alimentam as decisões do estado que incluem necessidades e valores geralmente assumidos e exigidos por grupos sociais representativas e hegemônicos muitas vezes em conflito com outros grupos

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justiça, Politização, Política, Judicialização, Política judiciais, Políticas públicas

I. Introducción.

El texto que se pone a consideración, encuentra su relación más profunda en otros tantos, propios y ajenos, cuya lectura, harán aparecer a quien lo presenta no como un *iniciador de la discursividad*, en tanto muchas veces ha de renunciarse a la creación absoluta, *ex nihilo.*[1] No obstante, nada acerca de lo que se discurre, carece de la convicción y el énfasis necesario para que se note un fuerte intento de descubrir nuevos sentidos a lo ya dicho, o por lo menos la búsqueda de amplitud de aquellos que ya se produjeron.

Se tratan en el mismo algunos aspectos inherentes a la praxis del Derecho y particularmente dos de ellos, abordados desde una perspectiva *jurídica crítica*.[2] Ambos se consideran esenciales a la hora de explicitar aquella praxis, en el marco de las *sociedades complejas latinoamericanas*[3].

De tal forma, avanzado el camino hacia el primer cuarto del S XXI, es notorio que Latinoamérica ha experimentado en la manera como se desarrolla el Derecho en gran parte de su "*horizonte cultural,"*[4] un fenómeno peculiar, que se traduce en un proceso

---

[1] Maurel-Indart, H. "Sobre el plagio", FCE, Buenos Aires, 2014.-

[2] En este contexto, podrá entenderse por Teoría o Teorías Críticas del Derecho, a aquella o aquellas que en general, guarden correspondencia principal, discursiva y conceptual, con la tradición filosófica que se concreta en el S. XX en la Escuela de Frankfurt. También por ende su inspiración teórica se remonta lejanamente a la dialéctica hegeliana, al pensamiento de Nietzsche, al subjetivismo sicoanalítico freudiano, a la sociología weberiana, culminando con un fuerte intento de re-formulación 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. En este contexto pues, queda evidenciado un perfil teórico común *de la o las teorías críticas*. Pese al particular eclecticismo de las mismas, al responder todas, por lo menos en general, a una matriz teórica común, tal condición permite su identificación como tales.

[3] Como es posible comprender, la sociedad moderna se disemina en nuevas dimensiones de la vida social, superando claramente los vínculos otrora tradicionales (familia, y grupos de referencia, pertenencia, etc). El involucramiento y la participación del individuo en estas nuevas dimensiones sociales, acontece generalmente con un mayor grado de amplitud pero no por ello resulta más fácil, dependiendo en mucho de sus condiciones personales, culturales, económicas, etc. Incide notablemente en ello también, el intercambio comunicacional, y la forma de composición política de la formación social, así como las vicisitudes de los conflictos sociales que se desarrollen en las mismas. Las redes de relaciones que se entablan, exigen nuevas formas de ser y de pensar en el sujeto. Los problemas sociales que ello provoca, ya no son abordables de forma unidemensional, poniendo entre paréntesis la composición autopoiética de la sociedad. (Luhman, Habermas) .A formaciones sociales que presenten tales características generales en Latinoamérica, se le denomina en este trabajo, s*ociedad compleja.*

[4] El concepto de *horizonte cultural*, es una categoría de análisis creada, con definiciones propias, que exceden lo meramente lingüístico, y resume aspectos geográficos, antropológicos, sociológicos, etc.. Sirve para diferenciar en función de esas definiciones, por ejemplo, a gran parte geopolítica de

activo que resulta claramente dual: por un lado *una judicialización creciente de la política,* y por otro, su reverso, esto es, *una politización de la justicia.*

Así las cosas, y en una línea expositiva conexa con la que se presenta en este trabajo, y en lo que tiene que ver con la aplicación de las normas a través de las *decisiones judiciales,* César Rodríguez, teniendo como centro de análisis la singular obra de Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crìtica,* señala como procedentes, la discusión de problemas tales como el carácter objetivo o subjetivo de la interpretación jurídica, la intersección o separación entre Derecho y política en el momento de la adjudicación judicial, el valor de los métodos de interpretación, y la transformación del principio liberal de la separación de Poderes a causa de la tendencia al activismo judicial.[5]

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que cuando se alude en el presente estudio a un proceso de *judicialización de la política,* el mismo debe ser entendido como una actividad particular que se despliega en el marco de actuación de los tribunales judiciales, en su sentido más notorio y clásico, que se traduce en una avocación de situaciones que se dan y son propias del escenario político que se desarrolla en el Estado. Lo mismo debe entenderse, cuando se alude a la *justicia* en ese contexto de *politización* de la misma, por lo ha de dejarse de lado cualquier referencia a ella en un sentido abstracto, teórico, y menos aún impreciso, en tanto sea producto, por ejemplo, de una mera especulación., aproximándose más, por el contrario al conjunto consistente de decisiones que emanan de los tribunales judiciales.

De tal manera, se *judicializa la política,* cuando se somete en todo o en parte la praxis política a la actividad judiciaria y por lo mismo, se *politiza la justicia*, cuando la praxis judiciaria, asume en todo o en parte una actividad con contenido político.

Por supuesto que, como se verá más adelante, el análisis también requerirá que se intente precisar, por lo menos en sus rasgos más aparentes, el tema relativo al despliegue o desarrollo del fenómeno del poder, al que por inherencia se vincula la política.

En términos generales, puede decirse que el primer aspecto que se señala, esto es la *judicialización creciente de lo político*, da cuenta de la evidencia o por lo menos la sospecha, de que existen situaciones que por su particularidad o por alguna otra razón,

---

Latinoamérica (el *horizonte cultural latinomericano),* que es diferente al *horizonte cultural norteamericano,* por ejemplo. (sobre este concepto, V.: Cobos, J. "América Latina", Acento Editorial, Madrid, 1995, y Meliante, L.." La crítica jurídica latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional", en R. F. de Der., No. 36, U.de.la.R, Montevideo, 2014, pp.159.).-

[5] Rodríguez, C.: "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces. Estudio Preliminar. En Kennedy, D.: ·Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica.(López Medina, D.E y Pombo)(Trad):. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores- Uniandes, pp.20..

no se puede o no se quiere que sean resueltas en otro escenario del sistema político, que no sea el judicial.[6]

El segundo, - *la politización de la justicia* - por su parte, sin perjuicio de que puede transcurrir sin sobresaltos, a veces puede revelar en algún caso, la configuración de una disfuncionalidad del sistema jurídico-político.

Ahora bien. Con el ánimo de ir precisando algunas cuestiones centrales relativas al tema, debe decirse que en una mirada *interna* de la actividad judicial, el resultado final, de una cuestión que se exponga a ser judicializada en un Estado de Derecho[7], es la decisión de los Jueces, esto es, la *decisión judicial*.

La *decisión judicial* resulta ser, en principio, un acto volitivo dictado por quien se encuentra legitimado para ello. Sin perjuicio, 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.

Pero, lo que interesa también en este contexto de análisis, es que este acto tan peculiar, es una manifestación del *poder jurídico del Estado*, que revela tener determinadas notas típicas que serán oportuna y necesariamente reseñadas.

Desde otro ángulo, en el ámbito reflexivo de *una visión crítica del Derecho,* desde el cual se enfoca el tema, éste - el Derecho - es 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.[8]

Por tal razón, se explana, desarrolla y vehiculiza a través del lenguaje.

La *decisión judicial*, forma parte trascendente de la *práctica discursiva* que configura el Derecho,- es en primer lugar ella misma, entonces, una variedad de los discursos que lo componen,- tiene además un complejo itinerario y elementos internos que le son propios. En todo caso, al ser una variedad de discurso de la praxis jurídica, requiere de la interpretación de los hechos y el Derecho, en su compleja trama que excede lo meramente normativo, entendidos como actos de sentido socialmente producidos, que luego de despliegan en otra *constelación de significaciones*[9] que además, tendrán distintos protagonistas.

---

[6] Ruiz, A.: "Constitución y Jurisdicción: por un compromiso del Juez Latinoamericano", en Jueces para la Democracia, Revista "información y Debate", no. 41, julio 2001, pp.1.-

[7] Es necesario precisar que en tanto se alude a la figura tradicional de "Estado de Derecho", la denominación no oculta ni desmerece de ninguna manera, aquella que la realidad jurídica y política actual ha instalado de "Estado Constitucional de Derecho". Esta, sin duda, debe reconocerse por su procedencia sustancial, ya sea de manera explícita o implícita. Tómese entonces esta referencia como una mera comodidad de lenguaje circunstancial, lo que debe hacerse extensivo a todas las veces en que sea aludida de tal forma en el presente trabajo.

[8] Cárcova, C.M.: "Las Teorías Post Positivistas", Buenos Aires, Lexis- Nexis, 2007.- pp. 162 y ss.

[9] Meliante, L. "Semiótica y Derecho Penal. Aproximación interdisciplinaria y vinculación con la práctica.", Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2003.-

Por su parte también, el tema de la actividad de los jueces, ahora desde el punto de vista *externo,* se encuentra relacionado con el de la independencia de los mismos en el desempeño de su magisterio

Este aspecto, como es sabido, en tanto derivación del principio de separación de poderes, asume distintas características, por lo menos en los Estados Democráticos de Derecho. De ello puede inferirse que un régimen democrático de gobierno es tal, en la medida que exista garantizada la existencia de una real y cabal separación de Poderes y la vigencia plena de un Estado de Derecho.

De esta forma, la tarea de la jurisdicción se resumiría en el comportamiento estándar que se traduce en "juzgar y hacer cumplir lo juzgado", reglas que metódicamente han sido propuestas y asumidas por la Teoría Jurídica liberal. Por ende la carga significativa y simbólica de las mismas, se traduce en que la actividad judicial, debería estar alejada de la política.

Así pues, dentro de este contexto resultará relevante determinar, la manera en que pueden situarse los protagonistas emisores de los discursos jurisdiccionales decisorios, es decir los Jueces, en el marco de un aparente conflicto o divorcio entre Derecho y política.

Y ese es el rumbo que seguirá este trabajo

II. Acercamiento a un centro crucial de la praxis del Derecho: *la decisión judicial.*

La actividad de los jueces, en tanto sea definitoria de 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.[10]

A ello, debe incorporarse también, *in media*, [11] un riguroso estudio de la *prueba de los hechos*. Aunque el tema, como se verá, no termina allí.

Como se ha dicho *supra*, la *decisión judicial* resulta ser un acto volitivo dictado por quien se encuentra legitimado para ello, y también es un hecho histórico, pero interesa destacar, que sin perjuicio de ser - como también se dijo- una manifestación del poder jurídico del Estado, se consuma finalmente como un acto racional, hermenéutico, caracterizado por su lingüisticidad, y su contextualidad, y que si bien se menta normalmente para un particularidad intersubjetiva, deviene luego general al ingresar al sistema jurídico.

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).[12]

---

10 Douglas Price, J.E. "La Decisión Judicial", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012. (la. Ed.),pp.26.-

11 *" fons in media urbe est".*

12 Meliante,L.:" La decisión judicial en el proceso laboral: Génesis, particularidades y mitos.", en Revista de la Facultad de Derecho No. 23, Montevideo, FCU, pp 65-77, 2004.

En el ámbito de la *teoría 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, se discute también sobre cuál es la forma de concebir al Derecho.[13]

Desde esta perspectiva, el Derecho, entonces, es considerado, como ya se ha visto, como una *práctica social específica. Práctica*, diría Cárcova, 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. [14]

Esta práctica en tanto *discursiva,* se dijo, se materializa como un proceso social de producción de sentido, y es a través del sentido, en donde el Derecho adquiere especificidad y produce efectos.[15]

Por su parte, la *decisión judicial* como parte trascendente de la *práctica discursiva* que configura el Derecho, es ella misma una variedad de sus discursos constitutivos.

Pero además, el tema de la actividad de los jueces, cuyo epicentro se consuma en el "acto de decidir", que provoca la emergencia de la *"decisión judicial*", y que procesalmente puede asumir diversas formas de manifestarse, se encuentra relacionado 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 es tal, en la medida que exista garantizada la existencia de una cabal separación de poderes y la vigencia plena de un Estado de Derecho.[16]

Garzón Valdés, por ejemplo, ha argumentado[17] que los jueces de los tribunales superiores dentro de un sistema democrático, *son controladores de la calidad de las decisiones políticas, de sus instituciones y poderes, y su función principal, es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político,*[18] entendiendo por

---

13 Cárcova, C.M.:ibid, op.cit. pp.162. y ss.

14 Cárcova, C. M, Ibid, op.cit. pp. 162 y ss.

15 Cárcova, CM, ibid., supra y Meliante ,L. : op cit. (Nota 2), pp.172.-

16 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, sobre este tema.

17 Garzón Valdés, E. El papel del poder judicial en la transición a la democracia", *Isonomía, No. 18*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, (abril de 2003), pp. 27-46, pag. 27.

18 Garzón Valdés, E. ibid. op cit. ,pp 27.-

estabilidad", según comenta acertadamente Maria José Añón,[19], *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 también advierte que Garzón Valdés, distingue 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.[20]

Por su parte, en relación a 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".[21]

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.[22] La independencia judicial, se conecta a su vez, con el correlato del derecho de los ciudadanos, a ser juzgados "desde" el Derecho.

Destaca también Añón, 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 SXX, 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.

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.[23]

---

19 Añón, Ma. J.: "Jueces y control de calidad de los sistemas políticos", en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 30 (2007), pp.53-59.

20 Añon, ibid. Pp. 54-55.

21 Añòn, ibid,. 57.-

22 Añon, ibid. 58

23 Añón, ibid. 59.

Un ejemplo posible de esto, puede encontrarse en la influencia que tuvo la corriente *crítica* del uso *alternativo del derecho*, en Brasil, particularmente en el Estado de Río Grande do Sul, y que Mario Losano, ubica entre los años 1988 y 1994.[24]

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 pasible. Para la "crítica jurídica", constituye, en definitiva, una de las categorías prioritarias de análisis. Volver sobre ella, todas las veces que sea necesario, no constituye ningún sobrecosto.

III. Discurso decisional judicial y política.

Resulta necesario ahora intentar establecer la manera en que puede situarse el protagonista emisor de este discurso decisorio, en el marco de este aparente conflicto entre Derecho 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 por gran parte de la teoría jurídica, que la jurisdicción operaba y debía operar al margen de *lo político*[25], cuando en realidad, es común que 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 muchas veces inherentemente una relevancia jurídico- política.
En este contexto, un autor tan prestigioso como Ronald Dworkin, analizando la cuestión en relación a como 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.[26] En tales casos, estima, 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 en los argumentos en base a los cuales los jueces pueden fundar sus decisiones.
En ese sentido estima Dworkin 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.

---

[24] Losano, M. "La ley y la azada. Orígenes y desarrollo del Derecho alternativo en Europa y Latinoamérica", Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, No. 8, (Serie Derechos y Libertades), pp. 275-324.- (p.304). y Meliante, L.: "La crítica jurídica latinoamericana: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional. " Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica, No. 36, Enero- Junio de 2014, pp.153-183. (p 161).-

[25] Lo *político*, puede ser entendido de diversas maneras .La Política en sentido *estricto*, de la cual la *política jurídica* resulta ser tan solo una variedad, debe distinguirse de otra variedad de *politeya*, que adquiere forma valiéndose de estrategias específicas, a través de decisiones de distintas fuerzas políticas en puja, con designio electoral para la obtención del poder a los efectos del gobierno y control del Estado. Esta se denomina *política partidaria.* Cfr. Para este tema: Meliante, L. "Derecho y Política": una relación conflictiva", Revista Crítica de Derecho Privado No.6, La Ley Uruguay, Montevideo,2009, 'pp.68 y ss.

[26] Dworkin, R.: "Una cuestión de principios", Grupo Editorial S XXI, la. Ed., Buenos Aires, 2012, pp. 27,28.-

Y bien. Como veremos seguidamente, tomando distancia respetuosamente de lo sostenido por Dworkin, se participa 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 la forma de política que se hace expresa en los discursos judiciales, se sostiene que existe un campo, en que ésta se hace 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 es posible sostener la idea, de que *lo político* que resulta válido y admisible en el campo decisorio judicial, *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*[27] *que en definitiva no son otra cosa que parte de la política o lo político, en sentido propio o estricto.*

Es necesario entonces a esta altura, analizar brevemente cómo puede entenderse *lo político en este contexto*, dadas las distintas posibilidades con que el término es comúnmente utilizado.

Se entiende así, 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, y 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, la política en *sentido propio o estricto,*[28] está siempre presente en las cuestiones de *política jurídica*. Ambas son *inherentes*. No hay contraste, como diría Ross, es una cuestión de grados.[29]

Esto ocurre a través de un acervo de insumos que se integran a la *política jurídica*, propia de la actividad judicial y que en el fondo no hace sino recoger aquellos insumos 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

---

[27] Las políticas públicas implican una redefinición de los órdenes político y jurídico del Estadio, de tal manera, que al insertarse en el marco estatal, permitan 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, en: Rodríguez Díaz, Vladimir. "Fundamentos de um direito para as políticas públicas". Pontificia Universidad católica de Minas Gerais, Programa de pos graduacao em direito. Belp Horizonte, 2011. Ficha elaborada por la biblioteca de la Pontificia Univiersidade Católica de Minas Gerais, CDU,342(81),pp.7.)

[28] Ross, A. "Sobre el Derecho y la Justicia" ,Eudeba, Bs. As.1997,pp. 403 y ss.

[29] Como es sabido, el *realismo* de Ross, adjudica contenido específico al campo de la *política-jurídica.* A saber esta se ocuparía 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, ibid:,403).

Vale la pena referir, que dada la complejidad de estas cuestiones, se puede correr el riesgo de que el jurista se convierta en experto itinerante y hasta diletante (Ross, ibid: 404), si no logra visualizar que debe también confiar en otros expertos, que tengan mayor capacidad de control sobre problemas que están fuera de su área profesional.

hegemónicos que en conflicto con otros grupos, requieren ser tenidos en cuenta como parte humana influyente (en sentido amplio), integrante de la estructura social que conforma una sociedad organizada.
De esta forma, la *política* en *sentido propio o estricto*, debe distinguirse de otra variedad de *política* que está conformada, es decir 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 miras a obtener el poder de gobierno y el control del Estado. A ella se le puede denominar, *política partidaria*.
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 refieren a la *política partidaria*, en un campo discursivo que en general busca captar adherentes o incluso descalificar en forma concreta a otras fuerzas políticas.
Pueden aparecer problemas serios, si de alguna manera, los órganos decisorios de los conflictos intersubjetivos de intereses o Tribunales en sentido estricto[30], 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.[31]
Para decirlo con otras 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, 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, 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[32], y sostiene que las relaciones entre jueces y política, pueden analizarse desde diversos puntos de vista.[33]
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*

[30] 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,A., ibid,pp. 62,n.6)
[31] 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).
[32] Taruffo M.: "Jueces y Política. De la subordinación a la dialéctica., Isonomía, No. 22, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, abril de 2005,pp 9-19, pag.9.-
[33] Taruffo, M.: ibid, op cit. pp. 9.

desarrollo de las relaciones políticas, individuales y colectivas…[34]*".* 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…".*[35]

El autor 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…*[36]

Para Taruffo, finalmente, la definición del problema que se analiza, en los sistemas democráticos, consiste en " …*crear, garantizando su funcionamiento, mecanismos de cheks 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….*[37]

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 ésta 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.[38]
Los problemas que puede ocasionar esta patología, 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, apreciación y de ser necesario, su prevención.

V. Jueces, Derecho e ideología,

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*, ésta puede ser considerada *un conjunto de creencias y conceptos que refieren a una acumulación de información y*

---

34 Taruffo, M. ibid. op. cit. pp.:14.

35 Taruffo, M: ibid.

36 Taruffo, M., Ibid, op. cit .pp.10

37 Taruffo, M. ibid. op. cit. pp 17.

38 Particularmente para Ross, un Magistrado bien entrenado llega a esa 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" (estandares, 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).(Cfr.: Meliante Garcé, L. " La decisión judicial en el proceso laboral. Génesis, particularidades y mitos." Revista de la Facultad de Derecho.(UdelaR),No. 23, FCU, Montevideo, 2004).

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*,[39] 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.*[40]

La incidencia de la ideología sobre la práctica social discursiva que el Derecho es, entre otras cosas, reproduce una representación imaginaria y simplificada de los sujetos sobre sí mismos, sobre la 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.[41] Pero, paradojalmente, genera consenso, no solo porque capitaliza una fuerza legítima – en sentido amplio- que es utilizada para ahormar al sujeto, sino porque también, convence.[42] 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 la perspectiva "crítica", una de las terapéuticas necesarias, es trabajar intensamente en una nueva reformulación, así como en una búsqueda de nuevos significados del concepto de sujeto, con una explícita perspectiva de reapropiación del sentido de lo "humano".[43]

VI.- El rol político de los jueces en las sociedades complejas latinoamericanas contemporáneas.

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

---

39 Meliante,L. en op cit. (N 10, *supra*)

40 Cárcova, C.M. Ibid. Op cit. pp.137.

41 Cárcova,C.M.: Ibid. Op cit. pp. 137.

42 Cárcova, C.M.:ibid. Op.cit. pp. 137.

43 Meliante,L.. ob.cit. *supra* (N 4), pp. 174 y ss.

La investigadora de la FLACSO, Karina Ansolabehere, [44] opina que en América Latina, en muchas de las formaciones sociales democráticas, la relación entre política y Derecho, ha cambiado. Si inicialmente,- expresa- 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 las tan mentadas judicialización de la política y politización de la justicia, forma parte de este nuevo impulso….''*[45]

Si bien la cuestión no constituye una novedad, ha adquirido hoy, según la autora, mayor relevancia[46] 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.

Si en el S XIX y gran parte del S 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 ha 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, sino también a través del control de constitucionalidad de las leyes.[47]

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 éste, en donde se indica al Estado que 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

---

[44] Ansolabehere, K. "Jueces, Política y Derecho". Particularidades y alcances de la politización de la justicia". Isonomia, No. 22, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, abril de 2005, pp. 39-64, pag.39.

[45] Ansolabehere, K.: Ibid. op.cit. pp. 39.

[46] Ansolabehere, K.; Ibid. op cit. pp. 40.

[47] Ansolabehere, K.:Ibid. Op. cit. pp. 41, 42.

que se recurre a la intervención judicial para la resolución de conflictos entre Poderes del Estado.[48].- El Poder Judicial, controla y revisa las acciones del Poder Político, de manera que se constituye en un actor clave del juego político.-

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.[49]

Como puede verse, finalmente, todo parece indicar que la judicatura del S XXI, desde diferentes perspectivas y con diferente intensidad, se encuentra lanzada a la búsqueda de un redimensionamiento de la eficacia constitucional.

La actividad de los jueces, fundamentalmente en su faz decisional, se transforma así en *actividad política* por distintas fuentes, 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, o 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.
No hay peor ciego que el que no quiere ver, y lo cierto es que en Latinoamérica, la reflexión en torno a la relación entre Derecho y Política ha tomado un nuevo cauce.

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*.

VI.-Jueces, Derecho y Poder.

[48] Ansolabehere, K.: Ibid.op.cit.:pp.42
[49] Ansolabehere, K.: Ibid. op. cit .pp.44.

Al considerar, como se ha visto, que el Derecho debe ser pensado racionalmente, como un producto *histórico, positivo, público y social*,[50] así concebido, reclama como materia y escenario de intervención, el conflicto y las contradicciones grupales dentro de las sociedades concretas, esto es, históricamente determinadas. Este protagonismo del Derecho, como dice Cárcova, cumple una función paradojal: por un lado da estabilidad al sistema, *formalizando y reproduciendo* las relaciones sociales establecidas, reconduciendo a su vez formas de distribución del poder; y por otro, en contextos democráticos, sirve también para transformar y remover las relaciones de poder en sentido progresivo. Es decir que cumple a la vez por un lado, una función conservadora y por otro, transformadora.[51]

¿Es que acaso de eso se trata, finalmente? ¿Es que en realidad, todo parece reducirse en última instancia, a una puesta en escena de las formas de distribución del poder, entre ellas del poder político, que se consolida con distintos matices, en todas las sociedades Latinoamericanas, y que entre otros aspectos revela el grado de apertura democrática que cada una muestre?

Michel Foucault, aludía a lo que llamaba el "juego del poder". Es, como se ve, una metáfora comparable de la de los "juegos del lenguaje" de Wittgenstein. Foucault agregaba además que ese juego era como la "representación de una obra en un teatro si lugar".[52]

Metáforas aparte, de cualquier manera, la forma más sensible, y porque no decir más sutil en que se disemina el ejercicio del poder (político) en el marco de una sociedad democráticamente organizada, es el que ejercen los jueces, en el sentido que hemos visto en que debe ser interpelado lo político, para que no constituya una disfuncionalidad indicadora de corrupción.

Entendidas las cosas de esta manera, es indudable entonces, que los jueces ejercen una gran parte del poder político que se concentra en el Estado moderno.

En su condición de productores de la decisión judicial, acto legítimo, voluntario, racional, hermenéutico, histórico, contextual y político, como hemos visto, se introducen claramente en un marco formal, que puede ser reproductor o transformador de las relaciones de poder que se disputan en el entramado social, en donde el Estado, además de legitimar la actuación judiciaria, juega un rol esencial

Como puede comprenderse, esta relación puede presentar patologías graves. Si el Derecho se transforma en un instrumento del poder, o si aquel es vulnerado por éste, si se ha rendido alguna vez ante la espada (Ross), o si las relaciones entre Derecho y poder, responden a otro tipo de condiciones y características, constituyen temas del más alto nivel de consideración por parte de la Filosofía Jurídica.

Se entiende finalmente, que existe una relación inescindible entre Derecho y poder en sentido amplio y particularmente en sentido político, una de cuyas expresiones más sensibles y que requiere una cuidadosa mirada, es la forma del ejercicio de una cuota del poder político del Estado, que queda incuestionablemente en manos de los jueces.

VII.- Conclusiones.-

50 Cárcova, C,M, ibid. ob.cit, pp.139.

51 Cárcova, C.M.,ibid, ob cit., pp.139 y ss.

52 Foucault, M. "Microfísica del poder", La Piqueta, España, 1992, pp. 17.-

Resulta necesario a esta altura, que procuremos arribar a algunas conclusiones primarias con respecto a este entramado que conforman los aspectos reseñados y que caracterizan al Derecho del conjunto de las complejas formaciones sociales latinoamericanas contemporáneas, por lo menos en parte.

A lo largo de este trabajo, se ha transitado prioritariamente por dos aspectos que reflejan por lo menos parcialmente, la complejidad que presenta el Derecho como praxis social y política.

Esta praxis organizada, - quizás la más organizada que exista – fue, es y será imprescindible, para el correcto funcionamiento social.

No por ello, deja de requerir miradas prudentes pero también reveladoras de sus particularidades, para contribuir a su desmitificación, y para lograr que evolucione hasta convertirse también en una praxis humana liberadora.

De ahí que:

1.- debe decirse 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.
2.- la *decisión judicial*, epicentro discursivo de la praxis judiciaria, 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.
3.- debe 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 cabalmente, 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.
4.- de todos modos, la decisión judicial, como centro discursivo, final y procesal de la actividad judiciaria, es una forma de ejercicio del poder político del Estado por parte de los Jueces, en su calidad de sujetos políticos no tradicionales.
5.- 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 el aire, puro.[53]
6.- 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.
7.- 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.
8.- asumir la politicidad del Derecho por parte de los juristas, no constituye por cierto un acto de valentía. Es asumir una obviedad.

[53] Por cierto que el aire, también es cada vez, menos puro.

9.- 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 solo se responde a las directivas de un entramado legislativo.
10.- 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 su formas.
11.- luego de todo lo expresado, se hace necesario 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 nuestro *horizonte cultural*.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

Ansolabehere, K. "Jueces, Política y Derecho". Particularidades y alcances de la politización de la justicia". Isonomia, No. 22, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, abril de 2005, pp. 39-64.

Añón, Ma. J.: "Jueces y control de calidad de los sistemas políticos", en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 30, (2007), pp.53-59.

Cárcova, C.M.: "Las Teorías Post Positivistas", Buenos Aires, Lexis- Nexis, 2007.

Cobos, J. "América Latina", Acento Editorial, Madrid, 1995.

Douglas Price, J.E. "La Decisión Judicial", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012. (la. Ed.)

Dworkin, R.: "Una cuestión de principios", Grupo Editorial S XXI, la. Ed., Buenos Aires, 2012.

Foucault, M. "Microfísica del poder", La Piqueta, España, 1992, pp. 17.

Garzón Valdés, E. El papel del poder judicial en la transición a la democracia", *Isonomía, No. 18*,(abril de 2003), pp. 27-46.-

Losano, M. "La ley y la azada. Orígenes y desarrollo del Derecho alternativo en Europa y Latinoamérica", Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, No. 8, (Serie Derechos y Libertades), pp. 275-324.

Maurel-Indart, H. "Sobre el plagio", FCE, Buenos Aires, 2014.

Meliante, L. “Semiótica y Derecho Penal. Aproximación interdisciplinaria y vinculación con la práctica.”, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2003.

Meliante,L.: ” La decisión judicial en el proceso laboral: Génesis, particularidades y mitos.”, en Revista de la Facultad de Derecho No. 23, F.C.U., Montevideo, 2004, pp 65-77.

Meliante, L. “Derecho y Política”: una relación conflictiva”, Revista Crítica de Derecho Privado No.6, La Ley Uruguay, Montevideo,2009, ‘pp.69-95..

Meliante, L.“La crítica jurídica latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional”, en R. F. de Der., No. 36, U.de.la.R., Montevideo, 2014. pp.153-183.

Rodríguez, C.: “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces. Estudio Preliminar. En Kennedy, D.: ·Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica.(López Medina, D.E y Pombo)(Trad):. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores- Uniandes, 1999.

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

Ross, A. “Sobre el Derecho y la Justicia” ,Buenos Aires, Eudeba,.1997

Ruiz, A.: “Constitución y Jurisdicción: por un compromiso del Juez Latinoamericano”, en Jueces para la Democracia, Revista “información y Debate”, No. 41, julio 2001.pp.1-5.-

Taruffo M.: “Jueces y Política. De la subordinación a la dialéctica., Isonomía, No. 22,Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, abril de 2005, pp. 9.-19.
