



El control jurisdiccional de políticas públicas: hacia una reformulación del dogma republicano

Relatório Nacional (Argentina)¹

(Judicial control of policies: National Report - Argentina)

Federico D. Sedlacek

Professor at Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Ph.D. candidate. Lawyer.

“...las creencias dogmáticas pueden cambiar de forma y de objeto; pero no sería posible hacer que no existieran creencias dogmáticas, es decir, opiniones que los hombres reciben con confianza y sin discutirlos” (Tocqueville)²

Palavras-chave: Relatório Nacional. Argentina. Controle judicial de políticas públicas.

Keywords: National Report. Argentina. Judicial control of policies.

Resumo: O presente artigo corresponde ao relatório nacional argentino sobre o tema, apresentado no I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual, que teve lugar em São Paulo, Brasil, 2012.

Abstract: The following paper was the Argentine National Report about the subject presented at the I Congress Argentina-Brazil of Procedural Law, that took place at São Paulo, Brazil, 2012.

¹ Texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual e apresentado em São Paulo, dezembro de 2012.

² TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1957, p. 518.



Sumario: § 1.Introducción § 2.Abordando el concepto de políticas públicas § 2.1.Consideraciones generales. Algunas definiciones. § 2.2.Aproximaciones conceptuales: formal-institucional, técnico-racional y política § 2.2.1. Aproximación formal – institucional § 2.2.2. Aproximación técnico – racional § 2.2.3. Aproximación política § 2.3. La distorsión entre el ser y el deber ser en políticas públicas § 2.3.1. De la racionalidad técnica a la racionalidad política § 2.4 Políticas públicas y Poder Judicial. Algunas conclusiones. § 3. El Poder Judicial como poder político y su relación con la política. Perspectivas con el concepto de políticas públicas. § 3.1. Qué clase de política puede y debe asumir el Poder Judicial § 3.1.1. El pensamiento de Ronald Dworkin § 3.1.1.1 La decisión política del Juez y el Estado de Derecho § 3.1.1.2 Los límites. ¿Poder contramayoritario? ¿Judicialización de la política, politización de la Justicia, o de defensa del Estado de Derecho? § 3.1.1.3 Hacia el núcleo de la crítica: ¿es el Poder Judicial un poder contramayoritario? § 3.2 La determinación del concepto de Democracia para lograr un marco de análisis adecuado. § 3.2.1 Llenando el significante. La articulación democracia, Poder Judicial y políticas públicas, ¿es posible entonces? § 3.2.1.1. Maduración democrática y control de constitucionalidad: en busca del momento oportuno. § 4. La gestión y diagramación de políticas por parte del Poder Judicial. Los caminos y herramientas procesales § 4.1. Los llamados litigios estratégicos § 4.2. Algunas herramientas procesales para el control y participación del Poder Judicial en políticas públicas. § 4.2.1. Control de constitucionalidad de las leyes § 4.2.2. Procesos para la defensa de derechos de incidencia colectiva § 4.2.3. Otras herramientas: Tutelas procesales diferenciadas y case management. § 5. A modo de conclusión

1. Introducción

El tema que nos convoca requiere de ciertas apreciaciones, aunque no por ello alcancemos ciertas precisiones. Es que, si tuviéramos que abordarlo desde un punto de vista astronómico, no exageraríamos al decir que vamos a analizar un universo.



Por supuesto, vale aclarar, que ese estudio del universo lo intentaremos siempre desde la teoría del *Big Bang*, aunque no por ello vamos a desmerecer al *dogma* como concepto que, lejos de concebirlo como cuestiones relacionadas con la fe o la religión, tomamos al mismo (en realidad, a las cuestiones dogmáticas) como puntos de equilibrio y consensos indispensables para avanzar razonadamente hacia una tesis determinada. Es decir, necesarios para elaborar una teoría. La Real Academia Española define a la palabra “dogma” como fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión; o como proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia, entre otros significados.

La lengua materna, por ejemplo, es el primero de los recursos dogmáticos indispensables para la constitución del sujeto. La libertad que brinda para que cada uno piense y se exprese como quiera supone que todos se sometan a los límites que dan sentido a las palabras que la lengua contiene; sin su radical heteronomía no habría autonomía posible³.

Según COMTE, “el dogmatismo es el estado normal de la inteligencia humana, hacia el cual tiende por naturaleza todo el tiempo y en todos los géneros, aun cuando más parece alejarse de él. Ya que el escepticismo sólo es un estado de crisis, resultado inevitable del interregno intelectual que sobreviene necesariamente todas las veces en que el espíritu humano es llamado a cambiar de doctrinas, y a su vez es el medio indispensable que emplea tanto el individuo como la especie para permitir la transición de un dogmatismo a otro, lo que constituye la única utilidad fundamental de la duda...[...]. Los pueblos modernos han obedecido a esa imperiosa ley de nuestra naturaleza hasta en sus períodos revolucionarios, puesto que siempre que realmente hizo falta actuar, aunque sólo fuera para destruir, fueron conducidos sin alternativas a darles forma dogmática a ideas puramente críticas en su esencia”⁴.

Sin embargo, la idea dogmática aparece hoy como el reverso de la razón, como algo obscuro de lo que habría que purgarse, y dado que el Derecho es el último lugar donde la dogmática aún está explícitamente en funcionamiento, se procura disolverlo dentro de las leyes

³ SUPIOT, Alain, *Homo juridicus*, Siglo Veintiuno, 2° ed. Buenos Aires, 2012, p. 10.

⁴ COMTE, A., *Considérations sur le pouvoir spirituel* [1826], en apéndice Général du Système de Politique Positive, Thunot, 1854^a, citado en SUPIOT, Alain, *Homo juridicus*, Siglo Veintiuno, 2° ed. Buenos Aires, 2012, p. 21/22.



de la ciencia: antaño eran las leyes de la historia o las leyes de la raza, en nuestros días las leyes de la economía o de la genética⁵.

Todos creemos en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, según el cual los seres humanos nacen libres, iguales y dotados de razón. Vaya dogma y ficción a la vez, fundamental para entender la libertad de la persona, sabiendo incluso, que la razón, la igualdad y la libertad son construcciones frágiles que se basan y dependen de las instituciones y de una multiplicidad de factores y variables.

La división de poderes, otro de los bastiones del sistema republicano de gobierno, tampoco está lejos de caer en las mismas apreciaciones.

Siendo un concepto fundamental y necesario para garantizar que no haya absolutismos dentro de la esfera gubernamental del Estado, hoy en día la realidad muestra que, lejos del deber ser, muchos países caen en crisis de gobierno (no de gobernabilidad⁶), puesto que, tanto los controles entre los llamados “poderes” del Estado, como los controles internos de cada estamento quedan relegados y postergados, debido a las “fallas” del sistema, que en muchos casos no son otras que la propia desidia de algunos pocos hombres, burlando los más elementos principios de la mismísima democracia.

Si bien dicho análisis resulta ser horizontal a países ricos y pobres, desarrollados y subdesarrollados, sus consecuencias son siempre peores en aquellos últimos (pobres y subdesarrollados), ya que la falta del cumplimiento de las funciones y misiones de cada poder (por lo general el Ejecutivo y el Legislativo) deriva en un concreto cercenamiento de derechos fundamentales, como la vida, la salud, la seguridad, la igualdad o la vivienda. Latinoamérica sabe mucho de ello.

⁵ SUPIOT, Alain, *Homo juridicus*, ob. cit., p. 22.

⁶ Es el llamado problema del *impasse*, que Bruce ACKERMAN describe perfectamente, dando como ejemplos en el año 2000, precisamente, a países como Argentina y Brasil. Ver, ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, FCE, México, 2007, p. 28 y sgtes.



Bajo ese panorama, nuestro análisis y perspectiva de trabajo tratará de abordar cuál es el papel que le toca jugar al Poder Judicial, y en especial, cuál es o debe ser su rol en relación a las políticas públicas.

Si bien dentro de este universo existen múltiples temas de interés, en este trabajo trataremos de focalizar precisamente en ese punto, es decir, en la legitimación – si es que la tiene -, del Poder Judicial en intervenir, participar, ¿implementar?, sobre políticas públicas. Y para ello deberemos buscar y entender que relación cabe entre políticas y Derecho, entre Poder Judicial y Democracia. Nos parece fundamental este panorama, puesto que es el basamento inicial en el cual se basa, precisamente, la aceptación y posibilidad de que el Poder Judicial controle y tenga intervención en las políticas públicas del Estado.

Para ello, en primer lugar deberemos abordar un breve análisis sobre las políticas públicas como concepto en sí mismo, y cual es su referencia o apreciación relacionada con el Derecho que a nosotros nos interesa.

Luego, abordaremos nuestra *thema decidendum*, y analizaremos distintos autores que han pensando en esta relación entre Derecho y política, y su vinculación específica con las políticas públicas, buscando prescribir cual debería ser el rol y papel del Poder Judicial en dicho escenario.

Trataremos de entender entonces, que criterios o parámetros utiliza un juez cuando dicta un fallo en virtud del cual el Poder Judicial interviene en políticas públicas, y si dichos criterios o parámetros se extralimitan de lo jurídico y pasan verdaderamente a un plano político, o por el contrario, siguen dentro del perímetro de lo jurídicamente permitido, por llamarlo de alguna manera.

Por último, buscaremos alguna herramientas procesales que, a nuestro entender, resultan fundamentales para poder lograr dicha intervención por parte del Poder Judicial.



2. Abordando el concepto de políticas públicas.

2.1. Consideraciones generales. Algunas definiciones.

Como dijéramos en la parte introductoria del presente trabajo, resulta fundamental para analizar el tema abordado saber, primero, algunas consideraciones y definiciones sobre el concepto de *políticas públicas*. Ello, en virtud de que el mismo puede observarse desde diferentes puntos de análisis, por lo que deberemos enfocar sobre cuál de ellos nos interesa relacionar al Poder Judicial, cuando hablamos de intervención o participación del mismo en políticas públicas.

Un grupo de definiciones pone el acento en la *finalidad de la decisión*, respecto de si ésta se orienta a alterar o no estado de cosas vigentes. Por ejemplo, KRAFT y FURLONG señalan que una política pública es un curso de acción (o inacción) que el Estado toma en respuesta a problemas sociales. Según estos autores las políticas públicas reflejan no solo los valores más importantes en la sociedad, sino que también muestran el conflicto entre los valores y cuáles de esos valores reciben las mayores prioridades en una determinada decisión⁷.

Tomando una perspectiva similar, Thomas DYE señala que una política pública es cualquier cosa que el Estado elige hacer o no hacer⁸. Los Estados regulan conflictos en la sociedad y la organizan para enfrentar conflictos con otras sociedades, distribuyen una gran variedad de recompensas simbólicas y servicios materiales a los miembros de la sociedad, para lo cual obtienen recursos de ella, normalmente bajo la forma de impuestos. Así, las políticas

⁷ KRAFT, Michael y FURLONG, Scott, *“Public Policy: Politics, Analysis and Alternatives”*. Washington DC: CQC Press, 2004, citado en OLAVARRÍA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf

⁸ DYE, Thomas, *“Understanding Public Policy”*, Tenth Edition, New Jersey, Prentice Hall, 2002, citado en OLAVARRÍA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf



públicas pueden regular la conducta, organizar burocracias, recaudar impuestos y distribuir beneficios, todo a la vez.

En la misma perspectiva se ubican HOWLETT y RAMESH al definir las políticas públicas como el resultado de decisiones del gobierno que pueden estar orientadas a mantener o alterar el status quo⁹. JENKINS, en cambio, centra su atención en la *decisión* misma que hace surgir una política pública. Para él, una política pública hace referencia a un conjunto de decisiones interrelacionadas, tomadas por un actor o grupo de actores respecto de la selección de metas y medios para alcanzarlas en una situación específica, y donde aquellas decisiones están dentro del ámbito de autoridad de esos actores. En otras palabras, raramente un gobierno aborda un problema con una sola decisión. La mayoría de las políticas públicas involucran una serie de decisiones, algunas de las cuales pueden ser inadvertidas antes que deliberadas, pero, acumulativamente, todas estas decisiones constituyen una política pública¹⁰.

En relación a los autores mencionados, veremos más adelante como estas definiciones son válidas en muchos de sus aspectos para que el Poder Judicial controle e intervenga en políticas públicas, desde la perspectiva – por ejemplo – que DWORKIN expresa sobre el tema. Una pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿es el Poder Judicial un “actor” en los términos de las definiciones hasta aquí expuestas? Si lo es, sus decisiones en tal sentido – es decir, controlando políticas públicas –, ¿están dentro del ámbito de autoridad de esos actores, o tiene el poder público para hacerlo?

Otros autores centran su atención en la *dimensión del poder*. En esta línea MENY y THOENIG enfatizan el rol de la autoridad pública, señalando que una política pública es el

⁹ HOWLETT, Michael y RAMESH, M., *“Studying Public Policy. Policy Cycles and Policy Subsystems”*. Canadá: Oxford University Press, 2003, citado en OLAVARRÍA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf

¹⁰ JENKINS, William, *“Policy Analysis: A Political and Organizational Perspective”*. Londres: Martin Robertson, 1978, citado en OLAVARRÍA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf



resultado de la acción de alguien investido de poder público¹¹. De modo similar, LAHERA señala que en el concepto habitual de política pública corresponde al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de *legitimidad gubernamental*¹². También señala que, de modo más amplio, puede definirse a las políticas públicas como cursos de acción y flujos de información en relación a un objetivo público – desarrollados por el sector público, la comunidad y el sector privado –, lo que incluye orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, y definiciones o modificaciones institucionales.

Otro autor, BIRKLAND, por otro lado, argumenta que no hay consenso entre los expertos respecto de una definición, por lo que más importante que definirla es identificar los *atributos* que constituyen la noción de política pública. Estos son: a) La política pública está hecha en el nombre del público; b) es generalmente hecha o iniciada por el gobierno; c) puede ser implementada por actores públicos y/o privados; d) es lo que el gobierno intenta hacer o; e) es lo que el gobierno elige no hacer. BIRKLAND agrega que una política es pública porque afecta a una mayor variedad de personas e intereses que lo que hace una acción privada. Esto hace, a su vez, que toda decisión de política pública sea controversial, frustrante para aquellos cuyos intereses son perjudicados por ésta, pero, al mismo tiempo, la hace muy importante¹³.

Creemos, junto con OLAVARRIA GAMBI, que todas estas definiciones no son contradictorias, sino que se complementan y enfatizan diversos aspectos presentes en las

¹¹ MENY, Yves y THOENIG, Jean Claude, *“Las políticas públicas”*. Barcelona: Ed. Ariel, 1992, citado en OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en

http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf

¹² LAHERA, Eugenio, *“Introducción a las políticas públicas”*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2002, citado en OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en

http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf

¹³ BIRKLAND, Thomas, *“An introduction to the policy process: theories, concepts, and models of public policy making”* Second Edition. New Cork: M.E Sharpe, 2005, citado en OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf



políticas públicas. Así, resumiendo, se puede concluir que los elementos centrales que definen a la política pública son: a) el actor privilegiado en ellas es el Estado; b) involucran una decisión fundamental sobre hacer o no hacer algo; c) tienen una finalidad pública: los destinatarios son los ciudadanos; d) se activan a través de decisiones de autoridades investidas con poder público; e) involucran un conjunto de decisiones interrelacionadas; f) afectan – positiva o negativamente – intereses; g) requieren instrumentos, definiciones institucionales, organizaciones y recursos para ser implementadas.

Precisamente este último punto, es de la posibilidad de contar con instrumentos y recursos, es una de las mayores críticas o cuestionamientos que recibe el Poder Judicial para entrometerse en políticas públicas. Primero porque, más allá de la decisión que adopte, en general el mismo no cuenta con recursos ni instrumentos propios para efectivizar la política pública sobre la cual haya decidido; y segundo, que si así fuese, no tiene el cabal conocimiento de la asignación y manejos de recursos y/o presupuestos estatales para poder hacerlo.

Hasta aquí, y como cuestiones esenciales que a nuestro criterio debemos relacionar con el tema bajo análisis, podemos resaltar se trata de decisiones por parte del Estado para resolver o atemperar un problema social, en virtud de ciertos valores que gozan de un trato preferencial o prioritario por parte de ciertos actores sociales.

Por otro lado, también observamos que las políticas públicas se construyen a partir de un conjunto de decisiones por el Estado, y que las mismas son tomadas dentro de una determinada esfera de competencia por una autoridad de un actor social determinado. Analizaremos más adelante si efectivamente, el Poder Judicial puede ser concebido como un actor estatal encargado de políticas públicas, dentro de estos parámetros. Vale reiterarlo, sobre lo que no nos cabe ninguna duda, es que sus decisiones se encuentran muchas veces, dentro de aquellas que son inadvertidas antes que deliberadas, como bien analiza DWORKIN.

Es decir, entre otras cuestiones, deberemos determinar si el poder público dotado al Poder Judicial, supone y/o comprende una legitimidad suficiente para adoptar decisiones que intervengan en políticas públicas.



Al respecto, y para continuar en esta línea de análisis, OZLACK y O'DONNELL definen a las políticas estatales como el conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación a una cuestión, que concita el interés, la atención y movilización de otros actores del tejido social. Son "acordes" de un "proceso social". Para estos autores, una *cuestión* es un asunto socialmente problematizado, generador de procesos sociales, expresa necesidades y demandas. Su ciclo vital tiene origen al constituirse como tal y su resolución no necesariamente coincide con la solución del problema. En general, las *cuestiones* no son los problemas más importantes, necesarios o urgentes sino aquellos capaces de constituirse en tales. De acuerdo a sus prácticas y discursos, los actores interesados instalan el tema en la agenda. A partir de lo cual aparece la herramienta (de la) política¹⁴.

Desde esta visión, las políticas públicas implican la toma de posición que intenta resolver una *cuestión*, que concita el interés de los actores involucrados. Para llevar adelante el análisis, debe comenzarse desde el período previo al surgimiento. Dar cuenta de las causas, de los actores involucrados. Tener en cuenta los procesos sociales tejidos alrededor del origen, tratamiento y eventual resolución de una cuestión. Como así también de la configuración de cuestiones en las que se interpenetra con los distintos sectores. Esta matriz permite describir variables para abordar el estudio de políticas públicas y dar cuenta de su funcionamiento.

Ahora bien, las limitaciones de atención y de procesamiento de información determinan que, para que las instituciones del Estado se hagan cargo de una *cuestión*, alguien tiene que plantearla "desde afuera", o que "desde adentro" de ellas alguien tiene que definirla como tal. Está muy lejos de hallarse en la conciencia de los sujetos sociales, y menos aun en la agenda de cuestiones de las instituciones estatales, "todo lo que importa". La capacidad de plantear una *cuestión* o de definir una situación como crisis es *poder*¹⁵.

¹⁴ OSZLAK, Oscar, (Comp), *Notas críticas para una teoría de la burocracia estatal*, Teoría de la burocracia estatal, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 16., citado en MAG, Santiago M., *Estado, Políticas Públicas y Políticas Públicas de Comunicación*, visto el 07/08/2012 en http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/politicas_publicas_marino.pdf

¹⁵ *Ibidem*.



En relación a lo dicho por OSZLAK, nos viene inmediatamente a la cabeza la instancia del recurso extraordinario federal en Argentina, y la utilización del Art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial, reformado por la Ley 23.774 en 1990, que estableció el certiorari negativo, y que permite a la Corte Suprema según su sana discreción rechazar el recurso extraordinario por fatal de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia. Se trata certiorari negativo¹⁶, y que ha dado lugar también al certiorari positivo¹⁷.

El Profesor OTEIZA ha expresado que el estudio de los antecedentes de la norma y los fundamentos utilizados para sancionarla permitirían inferir que ella sería utilizada para restringir la admisión de casos¹⁸. Sin embargo, la práctica demostró que no lo utilizó para reducir drásticamente su carga de trabajo y ocuparse de casos de efectiva relevancia institucional, continuando la Corte Suprema con la integración conformada luego del 2003, con la doctrina de la arbitrariedad, decidiendo una gran variedad de casos cuya significación no excede los límites del caso concreto, y sin precisar como utiliza el Art. 280 antes referido¹⁹.

Sin embargo, y más allá de estas últimas circunstancias anotadas, que la Corte Suprema decida a su sola discreción cuáles casos van a ser tratados y cuáles no, ¿no es poder en el sentido señalado por OSZLAK?, es decir, definiendo cuando un caso se puede transformar en una *cuestión* o definir una *situación de crisis*. No nos cabe ninguna duda.

Otra conclusión que hasta aquí podemos extraer es que, la finalización o resolución de una determinada política pública, no siempre conlleva la efectiva solución a la *cuestión* o *problema* en virtud del cual se instalara y realizara tal política pública. Esto nos lleva a pensar entonces, que ante esa insuficiencia u omisión, los derechos tutelados con aquellas políticas

¹⁶ Como se expresa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede rechazar los recursos extraordinarios federales “por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”, sin tener que explicitar los fundamentos, y con la sola invocación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁷ Así como el certiorari negativo es un instrumento para que la Corte Suprema rechace las peticiones sin explicitar fundamentos, el certiorari positivo, a la inversa, lo que pretende es el conocimiento de determinados casos por la trascendencia que trasuntan.

¹⁸ OTEIZA, Eduardo, *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la CSJN sin rumbo preciso*, JA, 1998-I-706.

¹⁹ OTEIZA, Eduardo, *La jurisprudencia en Argentina. Estudio de algunos problemas con respecto a su consistencia*, Acceso al Derecho Procesal Civil, MORELLO, Augusto M., Director, Platense, Buenos Aires, 2007 p. 528.



públicas seguramente continúen vulnerados, a pesar de la actuación de los organismos y autoridades con competencia para ello. ¿Pero cuáles son entonces estos organismos y autoridades? ¿Es el Poder Judicial uno de ellos? ¿Se encuentra compelido a actuar ante la falta y/u omisión de los otros poderes y organismos específicos? ¿Por qué el Poder Judicial no es visto como una autoridad específica?

2.2. Aproximaciones conceptuales: formal-institucional, técnico-racional y política.

Los análisis sobre lo que hoy llamamos políticas públicas surgieron como una crítica que apuntaba a que los estudios que servían de base a las intervenciones del Estado eran de carácter formal y legalista, por lo que era necesario abordar el mundo real tal cual es. Así se desarrolló, por un lado, una corriente analítica que se orientó hacia el análisis de sistemas macro, el empirismo estadístico como metodología y la optimización de valores como criterio de decisión. Esta corriente buscó precisión cuantitativa, trató de orientarse hacia una teoría empírica sistemática y uso el análisis racional de las políticas públicas²⁰.

Por otro lado, paralelamente se fue desarrollando una corriente que se caracterizaba por reconocer que en la sociedad hay diversidad de intereses – lo que genera una tendencia a la confrontación, pero, también, posibilidades de convergencia –, por usar el análisis contextual y de casos como metodología, y por preferir la *racionalidad social* – entendida como integración de intereses – como criterio de decisión. Para esta corriente los valores en el proceso de elaboración de políticas públicas es una cuestión central, por lo que buscar evaluaciones científicas y valorativamente neutras de las políticas públicas es un intento desorientado por evadir cuestiones más fundamentales de los valores sociales. De este modo,

²⁰ OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf



las decisiones en política pública serían más bien incrementales – pequeños cambios a la vez – y responderían a factores críticos de la coyuntura²¹.

2.2.1. Aproximación formal – institucional

Esta aproximación a la noción de política pública se centra en aspectos institucionales. Así, por política pública se entenderá que ella es una decisión de una autoridad legítima, adoptada en su área de competencia, conforme a los procedimientos establecidos, vinculante para los ciudadanos bajo el imperio de esa autoridad y que se expresa en la forma de leyes, decretos, actos administrativos y similares²².

El criterio básico sobre el cual se funda esta aproximación es que los actores que participan en el proceso de política pública desempeñan sus roles dentro de un contexto institucional, en el cual hay un conjunto de reglas que establece los pasos y formalidades que deben seguirse para el establecimiento de una política pública, que confieren atribuciones y responsabilidades a quienes están llamados a decidir sobre las políticas públicas y que prescribe las formas concretas – definidas previamente en la institucionalidad – que deben adoptar las políticas públicas. Aunque esta aproximación resalta los aspectos formales e institucionales de una política pública, no indica sus contenidos, ni tampoco los intereses en controversia²³.

Sin perjuicio del desarrollo que haremos más adelante, donde nos adentraremos de lleno en la cuestión entre política y Poder Judicial, vale la pena mencionar que autores como MERRYMAN consideran a la figura del juez – dentro del common law – como importantes actores sociales. En igual sentido se expide DWORKIN, aunque éste último diferencia entre los jueces de

²¹ *Ibíd.*

²² AGUILAR, Luis, *“El estudio de las políticas públicas”*, México: MAP; Primera Reimpresión, 1994, citando en OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf

²³ OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *ob. cit.* p. 19.



Estado Unidos, que los caracteriza bajo esta postura, y a los jueces del Reino Unido, a quien caracteriza con un perfil menos político formalmente, pero no sustancialmente.

Entonces, no sería descabellado pensar que desde este punto de vista institucional, el Poder Judicial efectivamente sea tomado como un actor preponderante en las políticas públicas de un Estado. Sobre todo, teniendo en cuenta que, técnicamente y por definición, esta aproximación conceptual no indica contenidos, que es una de las mayores críticas efectuadas por sus opositores. Es decir, podría intervenir o participar de alguna manera, sin manifestarse sobre el contenido de políticas públicas que, inevitablemente, es una esfera de autoridad y participación de los otros poderes del Estado, salvo casos excepcionales.

2.2.2. Aproximación técnico – racional

En la aproximación racional el análisis se orienta a identificar aquella alternativa que maximice el bienestar social. Así, el análisis de política pública se enfoca al estudio, usando la racionalidad económica, de las decisiones que se dan fuera del mercado²⁴. Dado que su pretensión es universalista, buscando explicar la conducta humana desde la racionalidad económica – cuestión no asociada a las definiciones de ningún sistema político en particular –, este enfoque no requeriría de adaptaciones dependiendo de la realidad a analizar.

La teoría de la elección pública (Public Choice) y la teoría de juegos serían las expresiones conceptuales más propias de esta aproximación. La teoría de la elección pública (“Public Choice”) ve a las políticas públicas como decisiones colectivas de individuos egoístas y desde la teoría de juegos las políticas públicas son vistas como una decisión racional en situaciones competitivas. BIRKLAND, críticamente, argumenta que el análisis de política pública es enseñado en muchos libros de textos desde una mirada fuertemente ligada a la literatura

²⁴ MUELLER, Dennis, “*Public Choice II. A revised edition of Public Choice*”. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, citado en OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf



sobre teoría económica y modelos racionales de toma de decisiones, pero que el estudio de las políticas públicas, como proceso, va mucho más allá de lo que se denomina estudio racional de las políticas públicas²⁵. Así, los estudiosos del proceso de políticas públicas ven los análisis de política pública racionales, científicos y cuantitativos como evidencia que los participantes en el proceso usan para promover sus políticas y alternativas preferidas²⁶.

2.2.3. Aproximación política

Para esta aproximación la política real, en tanto lucha por el poder en función de intereses y ventajas, se expresa y realiza en el proceso de elaboración de políticas. De esta manera, el estudio de las políticas públicas muestra como surgen las demandas por intervenciones de la autoridad, a partir de los intereses de diversos grupos, y como estos suman o restan sus intereses, extienden o restringen sus alianzas, endurecen o flexibilizan sus posiciones, se enfrentan sin tregua o negocian sus ventajas²⁷.

La aproximación política muestra como el surgimiento, diseño, construcción e implementación de las políticas públicas deja ver un intenso proceso político de confrontación de intereses. Dado que las políticas públicas satisfacen unos intereses y no satisfacen otros, ello genera incentivos para que los actores se movilicen por alterar los resultados de la política pública en su favor. Así, los actores que toman parte en el proceso buscarán satisfacer sus intereses y si no lo logran buscarán mantener lo que tienen o – si advierten que sufrirán perjuicios producto de la política pública –, alternativamente, buscarán minimizar la pérdida.

²⁵ BIRKLAND, Thomas, *An introduction...*, ob.cit.

²⁶ OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, ob. cit. p. 19.

²⁷ AGUILAR, Luis, *“El estudio de las políticas públicas”*, México: MAP; Primera Reimpresión, 1994, citando en OLAVARRIA GAMBI, Mauricio, *Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas*, Documentos de Trabajo N° 11, Diciembre, 2007, Institutos de Asuntos Públicos – Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Universidad de Chile. Visto el 10/08/2012 en http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/10754/1/Conceptos_%20Basicos_Politiclas_Publicas.pdf



El resultado final arrojará ganadores y perdedores del proceso que llevó al establecimiento de la política pública. Ganadores serán aquellos cuyos intereses fueron satisfechos – en todo o en parte – por la política pública, en tanto que perdedores serán aquellos que fueron perjudicados por la política pública. Esta última situación llevará a que quienes se sienten perjudicados busquen compensaciones, las que se otorgarán dependiendo de la extensión del perjuicio y los perjudicados, pero, fundamentalmente, de la capacidad de movilización e influencia que tengan o alcancen.

Esta aproximación ve a las políticas públicas como parte del proceso político, el que, a su vez, tendría las siguientes etapas. En la primera se da la lucha política por alcanzar los cargos de poder. La segunda corresponde al proceso propio de la política pública, en el que se identifican los problemas que serán abordados, se desarrolla el proceso técnico y político de construcción de la política pública y quienes triunfaron en la lucha política por el poder tomarán las decisiones que ordenan la implementación de la política seleccionada. La tercera, de la gestión pública, corresponde a la implementación de las intervenciones de política pública decididas por los actores de poder.

2.3. La distorsión entre el ser y el deber ser en políticas públicas.

Volvamos un poco para atrás y hablamos primero del *ciclo* de la política pública. TAMAYO SAÉZ²⁸ propone una serie de fases que resulta útil, a saber: la identificación y definición del problema, la formulación de las alternativas de solución, seguida por la adopción de una alternativa, la implantación de la alternativa seleccionada (también conocida como implementación) y completada por evaluación de los resultados obtenidos. En la dimensión de la denominada *Agenda Institucional*, es necesario focalizar la fase de evaluación como clave. Y

²⁸ TAMAYO SAEZ, M., *El análisis de las políticas públicas*, en BAÑON, Rafael y Carrillo, Ernesto (comp.) *La nueva Administración Pública*, Madrid, Alianza. 1997, citado en MAG, Santiago M., Estado, *Políticas Públicas y Políticas Públicas de Comunicación*, visto en el 07/08/2012 en http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/politicas_publicas_marino.pdf



observar a los actores en acción es la metodología para el análisis de la dinámica cultural. Estos pueden ser (los actores) -según los planteos de OSZLAK y O'DONNELL- clases, fracciones de clases, organizaciones, individuos estratégicamente ubicados en relación con el sistema de poder. Y su peso se relaciona con la distancia que mantienen con el núcleo del proceso de toma de decisiones. Tales conceptos funcionarán como herramientas metodológicas para el acercamiento al tema, su definición y especificidad, dado que permitirán los intereses de los actores involucrados en la cuestión y su modo de interactuar, desde lo económico, lo político y lo social²⁹.

De acuerdo a lo que expone el propio OSZLAK, el Estado como garante de ciertas relaciones sociales -incluso las relaciones de producción, que son el corazón de una sociedad capitalista y de su contradictoria articulación en clases sociales- es una parte del proceso y de la relación de los factores. “Es parte intrínseca y constitutiva de la misma, tanto como otros elementos económicos, de información y control ideológico - que son aspectos que sólo podemos distinguir analíticamente en dicha relación. ¿Qué quiere decir a su vez esto? Que las dimensiones del Estado, o de lo propiamente político, no son -como tampoco lo es lo económico- ni una cosa, ni una institución, ni una estructural: son aspectos de una relación social.”³⁰

Es cierto que los actores “involucrados” perciben “la intervención del Estado” como algo incorporado a sus relaciones cuando algo en ellas ha “fallado”. Es así que se concibe al Estado en conjunto como una forma de articulación de aquellos sujetos sociales, “una generalidad (respecto de la particularidad de aquellos sujetos y de sus intereses), pero es una generalidad parcializada (debido al sesgo estructural de la modalidad de articulación entre aquellos sujetos)”³¹.

²⁹ OSZLAK, Oscar, (Comp), *Notas críticas para una teoría de la burocracia estatal*, Teoría de la burocracia estatal, Buenos Aires, Paidós, 1984, citado en MAG, Santiago M., Estado, Políticas Públicas y Políticas Públicas de Comunicación, visto en el 07/08/2012 en http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/politicas_publicas_marino.pdf

³⁰ *Ibíd*em

³¹ OSZLAK, Oscar, (Comp), *Notas críticas para una teoría de la burocracia estatal*, Teoría de la burocracia estatal, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 8, citado en MAG, Santiago M., Estado, Políticas Públicas y Políticas Públicas de



A partir de esto, el Estado pasa a ser visto –porque puede ser visto (y analizado)- como una mediación resultante de su propia relación entre y con otros sujetos sociales.

Con MEDELLÍN TORRES³² se comprende que la estructuración de las políticas hace referencia al proceso mediante el cual un gobernante busca que sus ideas se proyecten en su gestión de gobierno. Y el régimen político se entiende como el conjunto de normas estables y permanentes que determinan las formas a través de las cuales se organiza y se ejerce el poder político. Así, la estructuración de las políticas públicas aparece determinada por los siguientes factores: 1) la manera en que los gobernantes disponen de los recursos y las prácticas culturales de gobierno par obtener los resultados deseados; 2) el grado en que la distribución del poder se distorsiona en la dimensión burocrática; y 3) el grado en que las relaciones gubernamentales se constituyen o no en una correa de transmisión de las decisiones y acciones de gobernantes y gobernados.

De acuerdo a los planteos de LINDBLOM, el proceso de materialización de la política afecta a actores de la sociedad civil cuyo comportamiento condiciona, a su vez, la naturaleza y los alcances de la acción en los diferentes niveles de implementación. Esto significa que la "relación estado-sociedad" se concreta a través de sucesivas "tomas de posición" (o políticas) de diferentes actores sociales y estatales, frente a cuestiones problemáticas que plantea el propio desarrollo de la sociedad."³³ A partir de entonces, el interés pasa por el encadenamiento de comportamientos intra burocráticos que traducen la política en acción, y también por lo que cambia a partir de la implementación de la política, "la dinámica social generada por este proceso y sus efectos de retroalimentación sobre el comportamiento de los

Comunicación, visto en el 07/08/2012 en
http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/politicas_publicas_marino.pdf

³² MEDELLIN TORRES, P., *Inestabilidad, incertidumbre y autonomía restringida: elementos para una teoría de la estructuración de Políticas Públicas en Países de Baja Autonomía Gubernativa*, en Revista del CLAD Reforma y Democracia, Nº 8, Julio, Caracas. 1997 , disponible en www.clad.org.ve, citado en MAG, Santiago M., Estado, *Políticas Públicas y Políticas Públicas de Comunicación*, visto en el 07/08/2012 en http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/politicas_publicas_marino.pdf

³³ LINDBLOM, Ch., "La ciencia de 'salir del paso'", en Aguilar Villanueva (comp.), *La hechura de las políticas públicas*, México, Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, 1992, p. 12, citado en MAG, Santiago M., Estado, *Políticas Públicas y Políticas Públicas de Comunicación*, visto en el 07/08/2012 en http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/politicas_publicas_marino.pdf



actores estatales” en palabras del autor. Esta interpretación comparte la visión desde la que se parte, reconoce la existencia de actores divergentes, con intereses, necesidades y demandas diferentes e que incluso mitigan el poder monopólico del Estado en la transformación social (aunque no en el diseño y aplicación de las políticas públicas). Y concibe al Estado como una instancia de articulación y denominación de la sociedad, que condensa y refleja sus conflictos y contradicciones tanto a través de las variables tomas de posición de sus instituciones, como de la relación de fuerzas existente en éstas.

La implementación de políticas públicas ha sido tradicionalmente considerada como la esfera propia de actividad de la administración pública o, más precisamente, del Poder Ejecutivo. El origen de tal concepción puede remontarse hasta la clásica división tripartita de poderes, que MONTESQUIEU elevara a una suerte de paradigma institucional del gobierno democrático. Un siglo más tarde, Frank GOODNOW y Woodrow WILSON descartaron esta distinción formal, proponiendo su ahora también clásica dicotomía entre *política* y *administración*. En un estilo típicamente pragmático, que rompía con la tradición racionalista a priori predominante en la ciencia política finisecular y rechazaba la validez descriptiva de la separación de poderes, estos autores acometieron el estudio de la actividad real de los gobiernos a partir de experiencias concretas. Observaba WILSON que la "administración queda fuera del dominio propio de la política. Las cuestiones administrativas no son cuestiones políticas. Aunque la política fija las tareas de la administración, debe abstenerse de manipular sus oficinas"³⁴. Tal caracterización era concebible en un momento en que la "Administración Científica" emergía en un contexto de difundido patronazgo política e ineficiencia gubernamental, intentando responder a los desafíos de una era de extraordinaria innovación tecnológica.³⁵

Podrían quizás arriesgarse respuestas menos académicas. B. Guy PETERS, por ejemplo, sostiene que la separación política-administración persiste porque permite al

³⁴ WILSON, Woodrow, "*The Study of Administration*", Political Science Quaterly II, Junio, reproducido en el tomo LVI, Diciembre – Ed. 1941 (1887), citado en OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.

³⁵ OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.



administrador inmiscuirse en la política sin que deba dar cuenta de sus acciones y sin la interferencia de los políticos. Los políticos y la ciudadanía varían así sus acciones como resultados de la aplicación de criterios racionales, legales o técnicos, a cuestiones de política pública. Según esta interpretación, también a los políticos les daría cierta latitud, al permitirles influir decisiones importantes anunciadas por instituciones "no políticas", que no deben responder por sus actos; o trasladar ciertas cuestiones desde la arena legislativa a agencias burocráticas relativamente autónomas³⁶.

Según el saber popular, las políticas públicas son -en su "formulación"- la expresión decantada y genuina del "interés general" de la sociedad, sea porque su legitimidad deriva de un proceso legislativo democrático o de la aplicación de criterios y conocimientos técnicamente racionales a la solución de problemas sociales. En cambio, de acuerdo con igualmente difundidos lugares comunes, la "implementación" de esas políticas tiene lugar en el ámbito de la *burocracia estatal*, que como todo el mundo sabe – según expresa OSZLAK -, es el reino de la rutina, la ineficiencia y la corrupción.

Por lo tanto, en la vinculación entre política y administración (o, alternativamente, entre la actividad de formulación y planificación de las políticas públicas y la actividad del aparato burocrático a cargo de su implementación) se tiende a destacar la bondad de la primera y la naturaleza intrínsecamente oblicua o anómala de la segunda. Para expresarlo caricaturescamente, el fracaso de las políticas puede así explicarse por una actitud casi conspirativa de la burocracia, manifestada en su renuencia a "implementar" diligentemente objetivos y programas formulados por legisladores o técnicos bien inspirados, que manejan un instrumental y un conocimiento adecuados, pero que carecen de poder suficiente para imponer sus propuestas³⁷.

³⁶ PETERS, B. Guy, *The Politics of Bureaucracy: A comparative perspective* (New York: Longman Inc.), 1978, citado en Oszlak, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.

³⁷ OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.



En definitiva, la responsabilidad recae sobre una entelequia, ya que resulta sumamente difícil establecer en qué etapa del "proceso de implementación" dejaron de cumplirse los objetivos previstos o a quienes cabe adjudicar los comportamientos que condujeron a esa situación. Además, no existen generalmente indicadores inobjetable de desempeño que permitan, inclusive, decidir si se ha actuado de conformidad con un cierto marco normativo o se han cumplido las metas propuestas. En contraste, la formulación abstracta de una política o un plan es fácilmente imputable a una determinada institución: el Congreso, la Presidencia, el Consejo de planificación, etc. Deslindar la formulación de la implementación de políticas permite entonces preservar la legitimidad de la institución auspiciante y trasladar el "cargos de la prueba" del fracaso a un engranaje burocrático anónimo y, en última instancia, no responsable³⁸.

Se trate de un espejismo institucional, de una mera distinción analítica, de una insuficiencia conceptual, de una cobertura instrumental o de un mecanismo de deslinde e imputación de responsabilidades, el hecho es que la dicotomía política-administración aún subsiste y goza de buena salud.

Ello no es una cuestión menor dentro del tema que estamos tratando, por varios motivos. En primer lugar, se aprecia que el problema en la formulación e implementación de políticas públicas tiene un núcleo de crecimiento adentro mismo del Poder Ejecutivo, quien es por excelencia, el encargado de dicha tareas, sin perjuicio de directivas que el Poder Legislativo brinda a partir de la sanción de leyes.

En segundo, lugar, se observa entonces como el deber ser se diluye en el ser de la política pública, sin tener siquiera actores responsables por tal falta de implementación y/o efectivización. Como veremos a continuación, la aproximación conceptual política del concepto políticas públicas, termina siendo mucho más fuerte que la concepción técnico-racional, poniendo en crisis la finalidad misma del instituto, cual es lograr el bienestar general de *toda la sociedad*, sin perjuicio de que se priorice algunos grupo determinados, sean mayoritarios o no.

³⁸ *Ibidem*.



Desde esta perspectiva, pensamos que el Poder Judicial debe constituirse como garantía frente a la sociedad y a los justiciables, y no permitir que la falta de responsabilidad de aquella “entelequia” afecte sus derechos fundamentales. Y para ello, deberá legitimarse como institución y autoridad garante de políticas públicas, que brinde y proteja por medios técnicos-racionales, como es el Derecho, observando la situación desde un análisis político (en el sentido que analizaremos luego), ya que – como vimos –, este aspecto del concepto termina por interponerse frente a los otros.

2.3.1. De la racionalidad técnica a la racionalidad política.

GRAMSCI nos recuerda que toda actividad humana organizada tiene su propio principio óptimo de proporciones definidas. Las partes de una organización sólo pueden combinarse en ciertas proporciones fijas. Un cambio en uno de sus componentes determina la necesidad de ajustes hasta lograr un nuevo equilibrio. Por cierto, si observamos la estructura y funciones de la administración pública, encontraremos una cierta relación necesaria entre recursos humanos, materiales y financieros; entre unidades sustantivas y unidades de apoyo; entre niveles de conducción, planificación e implementación. También hallaremos ajustes recíprocamente determinados por cambios entre estos diferentes componentes³⁹.

Pero la extensión de este principio físico a la organización social, que para GRAMSCI tiene un sentido puramente metafórico, constituye para ciertas corrientes del pensamiento administrativo un principio básico de la acción organizada. Más aún, de la vigencia del principio se infiere que los componentes de cualquier sistema organizado para la acción pueden combinarse anticipadamente en forma óptima, de acuerdo a un plan susceptible de "implementación". En este sentido, la planificación es la actividad que intenta ensamblar y orientar la acción social hacia la satisfacción de determinados objetivos (o políticas, en términos

³⁹ GRAMSCI, Antonio (1957). *The Modern Prince* (New York, International Publishers), 1957, citado en OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.



más restrictivos), fundamentalmente mediante la aplicación de criterios de racionalidad técnicos⁴⁰.

Las relaciones entre los componentes del "sistema" cuya actividad se pretende planificar, se ordenan a través de procesos que parecieran tener lugar al interior de una mente omnisciente. El control de la interacción se ejerce anticipadamente. Se asigna a los actores determinadas posiciones, recursos, comportamientos, y se los guía -a través de un ejercicio intelectual del planificador- hacia aquel destino que se supone mejor consulta el interés colectivo. Es decir, se construye un sistema ideal de relaciones en el que sus distintos componentes se comportan según pautas y criterios previamente especificados. Si los comportamientos responden a estas pautas y criterios, se presume que la productividad o desempeño del sistema se habrá maximizado⁴¹.

Hasta aquí el procedimiento es legítimo y se ajusta al modo en que habitualmente se construyen modelos. Pero cuando estos modelos son prescriptos como estado deseables, se convierten en patrones de referencia y medición a efectos de constatar el grado en que el "sistema real" se aparta del estado deseable. Toda desviación, carencia u obstáculo, toda "anormalidad" ocurrida en el "proceso de implementación", aparece, desde esta óptica, como un signo de patología que conspira contra la materialización del modelo especificado conceptualmente⁴². La falacia surge de considerar que la generalización de estas falencias causa el fracaso de la planificación.

Por cierto en la experiencia de los países capitalistas periféricos, la planificación registra una abrumadora mayoría de fracasos⁴³. ¿Qué es lo que explica entonces su continuada vigencia? ¿Qué papel cabe asignarle en formulación e instrumentación de políticas públicas?

⁴⁰ OSZLAK, Oscar, Políticas públicas..., ob. cit.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² OSZLAK, Oscar, Política y Organización Estatal de las Actividades Científicas Técnicas en la Argentina: Crítica de modelos y prescripciones corrientes, (Buenos Aires: CEDES), Estudios Sociales Nº2, 1976.

⁴³ WATERSON, Albert, *Development Planning: Lessons of Experience* (baltimore, The Hopkins Press), 1965, citado en OSZLAK, Oscar, Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.



En realidad, como señala WILDAVSKY, la planificación no persiste tanto por lo que consigue como por lo que simboliza: *racionalidad*. Los esfuerzos de los planificadores presuntamente resultan en propuestas de políticas eficientes, sistemáticas, coordinadas y consistentes. Términos como estos revelan la superioridad de la planificación pues, al igual que la "mano invisible" de la economía clásica, proporciona un mecanismo de control social que permite regular óptimamente la *asignación de valores en la sociedad*. Su virtud reside entonces en que corporiza criterios universales de elección racional⁴⁴.

Los planificadores *fracasan* habitualmente porque pretenden, aunque no lo planteen así o no sean conscientes de ello, influir un juego -la política- que se rige por reglas diferentes. Nada más ajeno a la política que las premisas de neutralidad valorativa, racionalidad sustantiva y certidumbre, propias de la planificación. El solo hecho de desconocer esta circunstancia la torna irrelevante. Fracasa porque el conocimiento que maneja es limitado, y por lo tanto sus opciones son impracticables; y fracasa también porque su poder efectivo es escaso, y por lo tanto su capacidad de forzar la materialización de esas opciones es reducida⁴⁵.

La planificación pretende reificar una compleja trama interactiva mediante supuestos simplificadorios. Intenta introducir una racionalidad ajustada a criterios técnicos allí donde el comportamiento se manifiesta en conflicto, negociación y compromiso. Cuando reconoce su *impotencia*, trata de aumentar su relevancia reduciendo sus pretensiones, aunque en cierto modo perdiendo en el intento su verdadera esencia. Por ejemplo, proponiendo "planes anuales", para aumentar el control sobre sus variables; "planes adaptativos", para reducir la necesidad de predicción; "planes indicativos", para renunciar preventivamente a una coerción de cualquier modo improbable. Incrustada entre un "nivel político" en el que presuntamente se decide "que hacer" y un "nivel administrativo" en el que, también presuntamente, "se hace" lo decidido, la planificación asume ingenuamente el "como, cuando y donde hacerlo", sin reparar en que el supuesto proceso de desagregación normativa que va del

⁴⁴ WILDAVSKY, Aaron, *Speaking Truth to Power: The Art and Craft of Policy Analysis* (Boston: Little, Brown and Co.), 1979, citado en OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.

⁴⁵ OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.



"deber ser" al "ser" es, en realidad, un proceso de agregación conflictiva y racionalización post-hoc⁴⁶.

Entrando ahora en el examen de la *racionalidad política*, consideremos ahora el modelo de interacción. En su versión más extrema, este modelo parte del intercambio (exchange) como elemento característico de la acción política. Este intercambio tiene lugar en un mercado en el que la negociación (bargaining) constituye el principal mecanismo de transacción política. La negociación representa el mutuo ajuste de demandas entre individuos o grupos en competencia. Cada tomador de decisiones es libre de perseguir sus propios objetivos. Para ello, el modelo debe necesariamente suponer que el poder de cada parte es aproximadamente similar, lo cual representa una extensión de la "soberanía del consumidor" al mercado político. Ese poder permite a cada agente ejercer un efectivo veto sobre las propuestas de política, con lo cual funda toda decisión colectiva en el consenso. De este modo, la coordinación entre los diferentes agentes se logra sólo como resultado de transacciones políticas y no a partir de un diseño racional previo, como en el caso de la planificación⁴⁷.

Pero la transposición analógica del modelo del mercado al terreno de la acción política, no ha tenido mayor predicamento en el análisis de políticas públicas. Una versión mucho más difundida del modelo interaccionista -conocida como "incrementalismo" o, en su formulación original, disjointed incrementalism- propone una interpretación bastante más pragmática del proceso de implementación. Nos estamos refiriendo al incrementalismo del cual hablamos precisamente más arriba, cuando abordamos la aproximación política del concepto de políticas públicas.

Mucho se ha escrito sobre el incrementalismo y no vale la pena reiterar sus argumentos. Baste señalar que a diferencia de los otros enfoques que hemos examinado, éste coloca en un primer plano la problemática del conflicto y la incertidumbre. Bajo esta óptica, las políticas públicas responden habitualmente a cuestiones socialmente disputadas, respecto de las cuales diferentes actores (individuos, grupos, sectores, organizaciones) asumen posiciones

⁴⁶ OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.

⁴⁷ *Ibidem*.



conflictivas. En la medida en que la política que se intenta implementar encuentra oposición, es probable que los objetivos inicialmente contemplados al formularla deban modificarse. Por eso, según esta interpretación, la implementación no debe concebirse como un proceso que tiene lugar después, e independientemente, del diseño de una política⁴⁸.

No resulta difícil comprender que las expectativas interpersonales sobre el comportamiento de cada actor tienden, en este modelo, a generar conductas que refuerzan el status quo. En condiciones de racionalidad acotada, la natural inclinación de todo tomador de decisiones a minimizar la incertidumbre y el conflicto, lo llevarán a asumir posiciones conservadoras. La propia idea de "incremento" connota cambios marginales respecto de una situación previa. Por lo tanto, siguiendo a FROHOCK, si bien el incrementalismo rechaza la forma del clásico modelo racional, indirectamente niega los alcances del cambio que éste propugna.

En este sentido, el incrementalismo es un particular modelo de planificación del conservadorismo ideológico, aún cuando formalmente su justificación sea racional y no ideológica⁴⁹. Racional en tanto sus proponentes sostendrían que las condiciones del mundo real en que se desarrolla la política, hacen de este modelo el único modo inteligente de tomar decisiones. La minimización del conflicto aconseja reducir los alcances de la acción de manera de afectar al menor número de agentes externos. La razón política subordina así a la razón técnica⁵⁰.

⁴⁸ PRESSMAN, J. L. y WILDAVSKY, A.B., *Implementation: How Great expectations in Washington are dashed in Oakland, or why it's amazing that federal programs work at all* (Berkley: University of California Press), 1973, citado en OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.

⁴⁹ FROHOCK, Fred M., *Public Policy: Scope and logic* (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, Inc.), 1979, citado en OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*, Estudios CEDES, vol. 3, Nº 2. 1980: Buenos Aires.

⁵⁰ OSZLAK, Oscar, *Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones..*, ob.cit.



2.4 Políticas públicas y Poder Judicial. Algunas conclusiones.

Repasemos hasta aquí lo que hemos expuesto sobre el concepto de políticas públicas. En una primera parte, abordamos el concepto desde un punto de vista objetivo y descriptivo, buscando la abstracción para poder definir su deber ser. Luego, hemos tomado diferentes vicisitudes para abordarle desde el ser. Cabe aclarar que, dado los autores consultados, en especial Oszlak, esta última mirada es imposible extraerla desde el marco sobre la cual se desarrolla, es decir, escenarios latinoamericanos, donde precisamente se corrompe el concepto en la realidad. Sería imposible, de otra manera, arribar a conclusiones que nos orienten sobre el tema bajo análisis.

Lo interesante de todo ello, es que, tanto en el abordaje del deber ser, como en la realidad práctica del concepto de políticas públicas, encontramos relaciones directas con el Poder Judicial. Observamos que dicho concepto puede ser apreciado desde distintas facetas: institucional, técnica y política. Sin embargo, en la práctica, es ésta última – la política -, la que termina diciendo sobre el rumbo y eficacia de las políticas públicas, puesto que la técnica y la racionalidad no alcanzan para vencer la negociación política basada en múltiples intereses. En su intento por sobrevivir a la realidad, el deber ser se modifica, se incrementa, pero cae finalmente un conservadorismo para no minimizar el conflicto social.

Ante dicho panorama, la pregunta a hacerse es, entonces, ¿lo legitima todo ello al Poder Judicial como una institución con autoridad y poder público suficiente para ayudar ese deber ser? Si es así, ¿le bastará al Poder Judicial “entrometerse” en este terreno desde una concepción técnica-racional pura en la aplicación e interpretación del Derecho? O deberá jugar con armas semejantes con las que el concepto de políticas públicas se mueve en la realidad, y adoptar una estrategia política que jurídicamente salvaguarde los derechos fundamentales y valores morales que se encuentran en juego. Si la solución debe ser jurídica, veamos entonces como hace el Derecho, para relacionarse con la política.



3. El Poder Judicial como poder político y su relación con la política. Perspectivas con el concepto de políticas públicas.

La visión del Poder Judicial como un órgano político, inmiscuido en el espacio público, y a veces también en el privado mismo, es el resultado hoy en día de la maduración de los modelos institucionales de gobierno de países republicanos y democráticos.

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina haya resuelto recientemente⁵¹, luego de 91 años, tan sólo una parte del problema del aborto, no es casualidad. Por el contrario, es una causalidad, devenida por la necesidad imperiosa de dar respuesta y tutela efectiva a una situación que traspasa cualquier discusión más allá de posiciones éticas, religiosas y hasta científicas⁵². Y claro, también es consecuencia del debilitamiento de argumentos dogmáticos e ideológicos que no pueden sostener y/o justificar aquella realidad apremiante. ¿Será que después de 91 años leyeron detenidamente el Código Penal y lograron interpretarlo correctamente con exactamente las mismas palabras que tiene el Artículo 86 desde que se sancionó? ¿O habrá un cambio de valores y moral en la sociedad argentina que amerita otro tipo de soluciones?

Son cuestiones políticas en base a valores morales que derivan de derechos fundamentales, y que resuelve, precisamente, el Poder Judicial.

⁵¹ CSJN, F. 259. XLVI. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”; del 13/03/2012.-

⁵² Según el informe 2011 del CELS, “El aborto inseguro, producto de la clandestinidad, es la principal causa por la que mujeres embarazadas mueren en nuestro país: alrededor de 100 mujeres pierden la vida cada año por este motivo, todas ellas pobres y jóvenes, claro. Por si hiciera falta remarcar que constituye un tema urgente de salud pública, debemos apuntar que cerca de 80 000 mujeres egresan cada año de los hospitales públicos por complicaciones postaborto”. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Derechos Humanos en Argentina, Informe 2011, Buenos Aires, 2011, p. 233.



3.1. Qué clase de *política* puede y debe asumir el Poder Judicial

Asumir un rol político por parte de la judicatura no es exactamente lo mismo que hablar del sentido político de la función jurisdiccional. Sobre ésta última perspectiva, COUTURE afirmaba en 1932, citando a GLASSON y TISSIER⁵³, que la jurisdicción – políticamente – no es otra cosa que el funcionamiento de un servicio público. El Estado organiza el servicio, designa los titulares de sus numerosos órganos, provee a sus necesidades y vigila su constante mantenimiento⁵⁴. Es decir, que esta visión de la jurisdicción se asemeja a la concepción de función administrativa o servicio público del Derecho francés en los orígenes del Estado moderno.

Sin embargo, sigue explicando COUTURE, cualquiera sea la idea que se sostenga en materia de interpretación constitucional de los fines del Estado, lo incuestionable es que el poder de mando que éste pone en vigencia para el cometido jurisdiccional, no es sino el medio de conseguir un propósito final de bienestar, que podría concretarse en aquella fórmula de RENARD⁵⁵: la concurrencia para la expansión completa de cada individualidad, y la solidaridad para el mejoramiento de todos y cada uno⁵⁶. Desde este punto de vista, el sentido político de la función jurisdiccional se acerca al rol político de la judicatura que aquí nos interesa exponer.

Ya en otra oportunidad hemos manifestado el prejuicio y error de haber tomado al Poder Judicial como un poder apolítico, especialmente dentro de la teoría francesa de división de poderes, y, como el devenir mismo de la historia y la complejidades de la necesidades sociales, hicieron de aquel poder, que otrora era visto como un mero guardián y espectador del cumplimiento de la ley, se torne en un actor principal en la promoción, defensa y efectivización de derechos fundamentales⁵⁷.

⁵³ GLASSON y TISSIER, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile*. T. I. pp. 7 y sgtes.

⁵⁴ COUTURE, E. J., *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Rosario, 2011, p. 29.

⁵⁵ RENARD, *Le régime socialiste*, pp. 6 y sgtes.

⁵⁶ COUTURE, *Teoría de las diligencias*, cit., pp. 29-30.

⁵⁷ SEDLACEK, F. y ARDOY, L., *Judicialization and judges' participation in public policies in Latin America. The need to "materialize" justice*, ponencia presentada y defendida en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal, Heidelberg, Alemania, 25-30 Julio de 2011. Puede consultarse en <http://iapl-2011-congress.com/Sites/papers.html>.



El Profesor BURBANK expresa la necesidad de que la judicatura, en especial los superiores tribunales, actúen políticamente. No en el sentido de tomar decisiones populistas que impliquen una discrecionalidad ilegítima y fuera del texto expreso de la ley o de los principios que rigen una materia determinada, sino en el sentido de adoptar, en los supuestos donde ello sea posible, una decisión alternativa que ayude a colaborar en la solución de una cuestión que envuelve a la sociedad misma⁵⁸.

La diferencia entre una conducta y la otra es sustancial. En la primera situación, el tribunal estaría envuelto en un acto político similar al de cualquier político electo que responde a ciertos intereses determinados. En la segunda, el comportamiento del tribunal sería “político” en el sentido de haber tenido deferencia y compromiso en un mundo de premisas y conclusiones discutibles, siendo ello parte misma del arte de gobernar.

Estos son jueces para quienes la gente es más importante que las abstracciones, para quienes el dialogo y la deferencia – incluyendo los litigantes, otras Cortes, y otras instituciones de gobierno-, son una calle de doble mano, y para quienes las instituciones y procedimientos de responsabilidad profesional y funcional, son vistos no como un obstáculo o impedimento, sino como restricciones que, como la ley misma, hacen libre a la judicatura⁵⁹.

Dentro de esta perspectiva, en la cual el Poder Judicial interviene en las políticas públicas del Estado, mediante la resolución de casos determinados, hay que hablar también de las llamadas “políticas judiciales”.

En este sentido, y siguiendo de nuevo a BURBANK⁶⁰, es importante resaltar tres cuestiones. Primero que, la relación entre el Derecho y las políticas judiciales no es monolítica, sino que varía de acuerdo a los tribunales y Cortes, e incluso dentro de los mismos órganos, de acuerdo a los casos que van juzgando. Segundo que, no hay una dicotomía entre el Derecho o la Ley y las políticas judiciales, sino que son complementarios y cada uno de ellos necesita o

⁵⁸ BURBANK, S., *Judicial Independence, Judicial Accountability, and Interbranch Relations*, The Georgetown Law Journal, Vol. 95, p. 909.

⁵⁹ BURBANK, S., *Judicial Independence...*, ob. cit., p. 926.

⁶⁰ BURBANK, S., *On the Study of Judicial Behaviors: Of Law, Politics, Science and Humility*, en Penn Law School - Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 09-11, p. 1, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=1393362>



descansa sobre el otro. Y tercero que, la mezcla entre Derecho y políticas judiciales en cualquier tribunal debería ser el resultado de un diagrama institucional del Estado que refleje qué quiere la Política de ese tribunal o Corte.

En este sentido, podemos encontrar algunos ejemplos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La creación de las oficinas de Violencia Doméstica y de la Mujer, junto con la creación de las unidades de análisis económico del Derecho, demuestran el rol político e institucional del máximo órgano judicial del país. Por otro lado, la apertura del año judicial que la Presidencia realiza cada año, no es otra cosa que un diagrama y esbozo de los objetivos políticos que la Corte se propone desarrollar.

3.1.1. El pensamiento de Ronald DWORKIN

En similares líneas que las expuestas, aunque con el detalle y el análisis agudo y preciso que lo caracteriza, el autor norteamericano aborda la temática de manera directa. Es por ello que nos pareció importante su enfoque, teniendo en consideración además que no podíamos excluir la opinión de uno de los juristas más influyentes del siglo pasado y lo que va del actual.

DWORKIN se pregunta si los jueces cuando fallan toman decisiones políticas, y en su caso, si deben ser políticas tales decisiones. Y se contesta, que en cierto sentido, deben serlo.

Aclara al respecto que, un juez cuyas decisiones se basan en motivaciones políticas no decide por motivaciones de política partidaria, sino en la creencia de que ciertos principios de moral política son correctos. O por lo menos, así debería ser⁶¹.

Previo a continuar este análisis, nos parece acertado primero hacer un breve resumen de las ideas principales de DWORKIN, y Roscoe POUND, el gran jurista norteamericano a quien muchos le atribuyen influencias sobre DWORKIN.

⁶¹ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno, 1° ed., Buenos Aires, 2012, p. 25.



Cabe recordar que el autor mencionado construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico en su versión más sofisticada, la de H.L.A. HART. El positivismo, según Dworkin, ve el ordenamiento jurídico como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que DWORKIN denomina su pedigree). Sin embargo, cuando los juristas razonan utilizan estándares distintos a las reglas, como son los principios, algo que, arguye DWORKIN, el positivismo ha olvidado⁶².

La crítica de DWORKIN es de gran relevancia, ya que ataca las tres tesis básicas del positivismo, a saber: a) *La tesis de las fuentes sociales del Derecho*, según la cual la pertenencia de normas a un sistema jurídico depende de una serie de hechos sociales (en HART, la regla de reconocimiento), quiebra, dado que los principios no son susceptibles de ser identificados por medio de un test semejante a la regla de reconocimiento (en términos de DWORKIN, por su pedigree). Su pertenencia al Derecho no la determina la manera en que son creados sino su contenido; b) *La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral*, según la cual ni la validez jurídica de una norma implica su bondad moral ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica, también quiebra, ya que para DWORKIN la pertenencia de un principio al sistema jurídico no se produce, como se acaba de decir, por hechos socialmente comprobables sino precisamente por el valor moral de su contenido. La validez jurídica de los principios sí deriva de su bondad moral; y finalmente, c) *La tesis de la discreción judicial*, según la cual cuando ninguna regla es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, cae también, ya que en esos casos, si bien es cierto que las reglas se agotan, el juez debe recurrir a los principios, los cuales permiten, dicho gráficamente, cerrar el sistema normativo⁶³.

⁶² DWORKIN, Ronald, *Is Law a System of Rules*, reimpression en Robert S. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, (originalmente "The Model of Rules", 35 *University of Chicago Law Review* 14 (1967); reimpression como capítulo II de *Los derechos en serio*, 1970.

⁶³ ARJONA, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound, Un breve estudio sobre influencias y coincidencias*, Edición digital a partir de Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 387-417, visto el 10/10/2012 en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12365076510150495765213/015792.pdf#search=%22pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%22&page=19>



Sin embargo, fue Roscoe POUND (1870-1964) quien se encargó primero de articular respuestas jurídicas en torno a decisiones judiciales en políticas públicas. Según cierta doctrina, este autor puede ser considerado como el jurista teórico más importante de todos los tiempos en Estados Unidos⁶⁴, y en cierta manera, influyó y tuvo coincidencias importantes con DWORKIN.

Para POUND la jurisprudencia decimonónica, particularmente en los Estados Unidos, no había sabido o querido distinguir los intereses que subyacían a los derechos y, tomando a éstos, a los medios, como fines en sí mismos, se había alejado de la realidad social. Confiaba en que gracias al concepto de interés el jurista de comienzos del siglo XX podría cerrar el boquete abierto entre Derecho y Sociedad: “La doctrina de que el Derecho existe para asegurar intereses, ya sean individuales, públicos o sociales, obliga al jurista a mantenerse en contacto con la vida”⁶⁵.

POUND aplicó su teoría de intereses para ofrecer una explicación reveladora de la lucha por el desarrollo del Derecho laboral que tuvo lugar a finales del siglo XIX y durante el cambio de siglo en Norteamérica. En esa época los tribunales anulaban cualquier legislación que, con el fin de proteger los intereses de los trabajadores, interfiriera en el tráfico mercantil. Se basaban para ello en el carácter poco menos que sagrado de los derechos individuales, especialmente el derecho de propiedad y la libertad de contratación. Esos derechos, que habían sido dominantes en la América pionera, quedábanse obsoletos ante las nuevas circunstancias sociales que acompañaron al cambio de siglo y que estaban relacionadas con un vertiginoso proceso de industrialización, inmigración y urbanización. Nuevas cuestiones relacionadas con ese nuevo contexto social empezaron a plantearse ante los tribunales, eran cuestiones que se incluían bajo la etiqueta de *políticas públicas (public policies)*. La protección de los trabajadores industriales se presentaba, pues, como un conflicto entre políticas públicas y derechos individuales. Mientras que éstos últimos eran la expresión bien consolidada de aquel ideal

⁶⁴ SUMMERS, Robert S., *Roscoe Pound*, en A.W.B. Simpson (ed), *Bibliographical Dictionary of The Common Law*, Butterworths, London, 1984, p. 427-431, citado en Arjona, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound, Un breve estudio sobre influencias y coincidencias*, Edición digital a partir de Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 387-417

⁶⁵ POUND, Roscoe, *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, 1921, citado en Arjona, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound, Un breve estudio sobre influencias y coincidencias*, Edición digital a partir de Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 387-417



tradicionalmente dominante que se hallaba en la base filosófica del sistema, la categoría de políticas públicas era vaga y estaba mal definida, de forma que los juristas desconfiaban de ella⁶⁶.

POUND se ocupó de desvelar la ficción bajo la cual esa jurisprudencia anticuada estaba operando y contribuyó con ello al nacimiento de la nueva etapa en el Derecho estadounidense. Si los derechos individuales debían ser considerados, como así él lo pensaba, un medio para la protección de intereses individuales, las políticas públicas eran medios (por tanto, a priori en pie de igualdad con los anteriores) para la protección de *intereses sociales*. Así, POUND insistía en que el conflicto entre derechos y políticas, casi siempre desigualmente planteado y resuelto, debía en realidad concebirse como un conflicto entre intereses individuales e intereses sociales⁶⁷. Es más, para el autor todas las demandas deben ser traducidas siempre que eso sea posible en términos de intereses sociales. Por lo tanto, el verdadero conflicto se producía no ya entre intereses individuales y sociales sino entre distintos intereses sociales. Éstos últimos, se escondían bajo las políticas públicas, en concreto, en el interés en la seguridad de las instituciones, en la *moral general* y, de manera muy especial, el llamado por Pound interés social en la vida individual.

Relacionando lo expuesto en relación a POUND, y retomando ahora el pensamiento de DWORKIN, éste último establece una distinción entre los dos tipos fundamentales de argumentos utilizados para justificar decisiones políticas: los argumentos de principio y los argumentos políticos. Los argumentos políticos son aquellos que “justifican una decisión política mostrando que la misma favorece o protege alguna meta u objetivo colectivo de la comunidad como un todo”. Por el contrario, los argumentos de principio “justifican una decisión política mostrando que esa decisión respeta o asegura algún derecho”⁶⁸. La propuesta de comparación que plantea BURNET sugiere que la distinción de POUND entre intereses individuales (que se hallan en la base de los derechos) e intereses sociales (en la base de las políticas públicas), anticipa la distinción

⁶⁶ ARJONA, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound...* ob. cit., pp. 387-417

⁶⁷ ARJONA, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound...* ob. cit., pp. 387-417

⁶⁸ DWORKIN, Ronald, *Hard Cases*, 88 Harvard Law Review 1057 (reimpresión como capítulo IV de Los derechos en serio), p. 1059, citado en ARJONA, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound...* ob. cit., pp. 387-417



dworkineana entre derechos (corresponderían a los intereses individuales) y objetivos colectivos (corresponderían a los intereses sociales)⁶⁹.

Sin embargo, para DWORKIN las decisiones judiciales, de forma característica, están basadas y deben basarse en argumentos de principio (esto es, en derechos característicamente individuales) y no en argumentos políticos (esto es, en objetivos de la colectividad). Lo que pedía POUND, si aceptamos el paralelismo en la distinción, era más bien lo opuesto: que la atención se desplazara de los intereses individuales a los colectivos, de los derechos a los objetivos y a las políticas. En POUND los argumentos enfrentados en conflictos jurídicos deben generalizarse lo más posible para que la discusión se plantee en forma no de derechos sino de políticas públicas⁷⁰.

Sin embargo, esta distinción que parece tajante, merece algunas aclaraciones. La más importante nos remite a la importancia del contexto en las tesis de los autores. Las críticas de POUND contra un tipo de razonamiento judicial basado en el concepto de derecho individual eran una reacción contra el paradigma dominante en el Derecho americano de finales del siglo XIX y tránsito al XX, esto es, lo que él llamaba *jurisprudencia mecánica*. Ese paradigma se basaba en ideales heredados de un contexto social, económico y geográfico que no representaba el fuerte cambio que Estado Unidos estaba experimentando. Los nuevos problemas, derivados de la industrialización, requerían nueva soluciones, simbolizadas en las emergentes leyes sociales, pero el progreso de éstas era repetidamente obstruido por el atrincheramiento de la posición económica de los propietarios, traducido jurídicamente en la sacralización de los derechos individuales. La teoría de POUND estaba inserta en ese cambio, simbolizada por el principio de generalización, según el cual el énfasis en el discurso jurídico pasaba de los intereses individuales a los intereses sociales.

Cuando DWORKIN desarrolla su teoría de los derechos, esto es, a finales del siglo XX, la situación del Derecho americano contrasta con la de comienzos de siglo. Durante las décadas intermedias, algunas de las ideas de Pound, apoyadas por sus más radicales discípulos, los

⁶⁹ BURNET, David, *Dworkin and Pound*, 71 Archiv fur rechst und sozialphilosophie 234, citado en Arjona, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound...* ob. cit., pp. 387-417

⁷⁰ ARJONA, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound...* ob. cit., pp. 387-417



realistas, han sido llevadas más lejos de lo que él mismo hubiera querido. DWORKIN se encuentra con un sistema jurídico en el que las políticas públicas ocupan una posición dominante. La comunidad académica se centra en cuestiones políticas hasta el punto de que parte de la misma se identifica seriamente bajo el lema de que “el Derecho es política”. El énfasis de DWORKIN en los derechos, en tomar los derechos en serio, como reza el título de una de sus obras principales, debe explicarse contra ese telón de fondo. Un telón de fondo, por cierto, eminentemente localista. Si el realismo jurídico no ha tenido predicamento fuera de las fronteras de Estados Unidos lo mismo con más énfasis aún, hay que decir en relación con los *critical legal studies* o, en general, todas las posiciones que reducen el Derecho a *cuestiones políticas [law is policy reductionists]*⁷¹.

Así pues, son los enemigos que ambos intentaban combatir los que permiten explicar (y hasta cierto punto justificar) las posiciones respectivas de DWORKIN y POUND y su aparente enfrentamiento. Teniendo esto en cuenta cabe pensar que ellos no se encuentran en su pensamiento tan alejados el uno del otro como sugiere una primera aproximación a sus obras. DWORKIN se vio obligado a poner en primera línea los valores tradicionales del common law frente a la amenaza de una extendida actitud instrumentalista hacia el Derecho. Pero lo cierto es que el último POUND, quien vivió el auge de los realistas y la elevación de las cuestiones políticas hasta un lugar predominante en el Derecho americano, no se pronunció en términos muy diferentes a los de DWORKIN en relación con esos valores tradicionales del common law, particularmente el respeto por el procedo debido y, ante todo, por el individuo, representando en la defensa a ultranza de sus derechos fundamentales⁷².

3.1.1.1 La decisión política del Juez y el Estado de Derecho

DWORKIN diferencia entre dos concepciones de Estado de Derecho, una llamada “centrada en el cumplimiento del reglamento”, según la cual, en la medida de lo posible, el

⁷¹ ARJONA, Cesar, *Afinidades entre Dworkin y Pound...* ob. cit., pp. 387-417

⁷² *Ibidem*.



poder del Estado nunca debe ejercerse contra los ciudadanos, salvo cuando en un reglamento público, al que todos puedan acceder, existan normas explícitas que indiquen lo contrario. En cierto sentido, esta caracterización es muy limitada, pues no estipula cuál es el contenido de las normas que pueden introducirse en el reglamento. Lo único que afirma es que, sean cuales fueren, se las debe respetar hasta que se las modifique. Importa el contenido de las normas, obvio, pero es una cuestión de justicia sustancial – que es un ideal independiente -, y que de ninguna manera forma parte del Estado de Derecho⁷³.

La otra concepción del Estado de Derecho la llama “centrada en los derechos”. Supone que cada ciudadano posee derechos y deberes morales en relación con el resto de los ciudadanos y derechos políticos en relación con el Estado en su conjunto. Según esta perspectiva, esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo, de modo tal que se los haga cumplir *cuando así lo requieran los ciudadanos a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares*, en la medida en que sea posible. A diferencia de la primera concepción, no distingue entre el Estado de Derecho y la justicia sustantiva, sino que, por el contrario, requiere, como parte del ideal de derecho, que las normas reglamentadas recojan y hagan respetar los derechos morales.

A partir de esta diferenciación, y en base al tema que nos toca, DWORKIN expresa que ambas concepciones ofrecen muy pocas indicaciones en torno a la cuestión de si los jueces deben tomar decisiones políticas en casos difíciles⁷⁴.

Si bien las dos, en su carácter de ideales políticos generales, pueden tener un lugar en una teoría política completa, resulta fundamental cuál se tome como ideal del derecho, pues será el que gobierne nuestras actitudes en torno a la decisión judicial.

La *concepción centrada en el cumplimiento del reglamento* ofrece indicaciones positivas y negativas sobre estos tipos de casos. En el plano positivo, sostiene que los jueces deben decidir procurando descubrir qué es lo que “realmente” dice la norma al respecto, en un

⁷³ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 28.

⁷⁴ Son aquellos en los que no existe ninguna norma explícita que permita resolverlo con claridad en uno y otro sentido. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 30.-



sentido y otro de la demanda. En el negativo, señala que nunca deben resolver sobre la base de sus propias convicciones políticas, pues una decisión política no es una determinación sobre lo que la norma dice, sino sobre lo que debería decir⁷⁵.

El postulado positivo mencionado, se basa –según el autor norteamericano- en la idea de que, en un caso difícil, es conveniente preguntar qué es lo que “realmente” dice la norma. En un sistema judicial moderno, por lo general los casos difíciles surgen no porque la norma no diga nada relevante para la disputa, sino porque las leyes vigentes son vacilantes. Entonces, para los defensores del modelo del reglamento, la pregunta pertinente para interpretar la norma apunta a la intención, porque cada juez que la plantea está haciendo todo lo posible para seguir el modelo del reglamento y, por lo tanto, según esta concepción, por ajustarse al estado de derecho.

En este sentido, ya sea que esa intención se intente buscar por medio de preguntas semánticas, psicológicas, o contrafácticas, en todos los casos es mejor que se intente responder estos tipos de interrogantes, aunque no haya consenso en sus respuestas, a que planteen el interrogante *político* acerca de lo que el Parlamento *debería* haber hecho, sobre lo cual es inevitable que disientan⁷⁶.

Del otro lado, la *concepción centrada en los derechos*, por su parte, afirma que al menos un tipo de pregunta política es precisamente la clase de interrogante que se deben plantear los jueces que se enfrentan a casos difíciles. Pues allí la cuestión fundamental es si el demandante goza del *derecho moral* de recibir lo que exige por parte de la justicia. El reglamento es pertinente para esta cuestión de fondo. En una democracia, los ciudadanos tienen, prima facie, como mínimo un derecho moral indiscutible, que es el de que la justicia vele por los derechos promulgados por los órganos legislativos representativos. Es por eso que algunos casos resultan fáciles para ambos modelos. Si está claro que el órgano legislativo los ha sancionado, entonces también está claro que los ciudadanos tienen un derecho moral a ejercerlos en los tribunales⁷⁷.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 30.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 30.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 34.



Pero, si bien el modelo de los derechos acepta que el reglamento es, en este sentido, una fuente de derechos morales en los tribunales, niega que sea su *única fuente*. Por siguiente, si surge algún caso sobre el que el reglamento nada dice, o si sus palabras son susceptibles de interpretaciones opuestas, es correcto preguntar cuál de las dos decisiones posibles se adecua mejor a los *derechos morales de las partes*. Puesto que el ideal de la decisión judicial, en el modelo de los derechos, es que, en la medida de lo posible, al acudir a la justicia, los ciudadanos puedan disponer de manera efectiva de los derechos morales de los que gozan. Por lo tanto, una decisión que toma en cuenta dichos derechos será superior, desde el punto de vista de este ideal, que una que especula acerca de qué habría hecho el órgano legislativo si hubiera hecho algo⁷⁸.

Sin embargo, es importante señalar que, para este modelo, el reglamento es un factor influyente para dirimir qué derechos tiene las partes, aun cuando los derechos morales también sean influyentes. En un caso difícil, un juez que adhiera a la concepción del Estado de Derecho centrada en los derechos intentará elaborar algún principio que le parezca que reproduce, en un nivel de abstracción adecuado, los derechos morales pertinentes para las cuestiones que surgen en el caso. Pero no puede aplicar ese principio a menos que, en tanto principio, sea coherente con el reglamento, en el siguiente sentido: no debe entrar en conflicto con otros principios que deben presuponerse para justificar la norma a la que está apelando, o cualquier parte considerable de las otras normas. El juez no puede, entonces, decidir en un caso difícil apelando a un principio que sea incompatible de ese modo con las normas de su jurisdicción. No obstante, debe decidir en numerosos casos sobre la base de argumentos políticos, porque en ellos hay derechos morales opuestos totalmente pertinentes que son compatibles con las normas. En el mismo caso difícil, dos jueces decidirán de manera diferente porque tiene opiniones distintas sobre los derechos morales de los ciudadanos⁷⁹.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 35.



En relación a estas ideas de DWORKIN, se nos viene a la mente inevitablemente el funcionamiento y prescripciones de las teorías actuales de la argumentación jurídica⁸⁰. Nótese que el reconocido filósofo del Derecho, expresa que la solución del caso se da sustancialmente por intermedio de la concepción centrada en los derechos, la cual se aplica por intermedio de los principios morales del caso. Sin embargo, aclara, no se puede aplicar esta postura sin antes haber direccionado la solución del caso, por decirlo de alguna manera, por intermedio de la concepción centrada en el cumplimiento del reglamento. En otras palabras, el juez primero deberá prestarle atención a la ley que se aplica al caso, para luego derivar y tratar de lograr la solución sustancial del caso por intermedio de los principios, por medio de los cuales llegaremos a los valores morales que se encuentran en juego. Es decir, tenemos el clásico esquema Dworkiniano para la resolución de casos difíciles, diferenciando entre reglas y principios, uniendo el Derecho a la moral.

3.1.1.2 Los límites. ¿Poder contramayoritario? ¿Judicialización de la política, politización de la Justicia, o de defensa del Estado de Derecho?

Uno de los principales argumentos en contra de la intervención del Poder Judicial en políticas públicas, radica en observar que, precisamente, es el único poder – dentro de los tres poderes del Estado – que no ha sido elegido por la voluntad popular. Por lo tanto, cualquier decisión que el mismo adopte en contra de las directivas o decisiones del Poder Ejecutivo o Legislativo – que sí son elegidos por la voluntad popular -, se trataría del ejercicio de un poder contramayoritario.

Ahora bien, que sea contramayoritario, ¿significa además que las decisiones que adopte en tal sentido sean por esa sola razón ilegítimas? Pensamos que no, y vamos más allá, es un deber - a nuestro criterio – que el Poder Judicial adopte este tipo de conductas.

⁸⁰ Ello, en cuanto actualmente se acepta que la lógica debe aplicarse en un primer momento y en los casos que se pueda, para lograr la mayor interpretación posible. Luego, y en caso de ser necesario la teoría de la argumentación buscará la justificación suficiente para la solución del caso.



DWORKIN llama al planteo referido el “argumento de la democracia”, según el cual las decisiones políticas judiciales deben ser tomadas por funcionarios elegidos por la comunidad en su conjunto, a quienes pasado cierto período, se puede reemplazar de la misma manera⁸¹. El problema surge cuando el juez debe tomar una decisión en un caso difícil, complejo o polémico, puesto que generalmente la respuesta no surge nítidamente de la normativa realizada por el legislador. Ante ello, DWORKIN describe dos posibles soluciones, relacionadas con una interpretación histórica de la norma, que sin embargo no tendrán resultados satisfactorios.

El enfoque semántico sostiene que si los términos más importantes de la norma son palabras que es más probable que hayan sido usadas por alguien que ha tomado una de esas decisiones que por alguien que ha tomado la otra, constituye una prueba, al menos de que el órgano legislativo ha tomado esa decisión. Sin embargo, salvo que existan pruebas independientes que prueben tal elección, ello no puede corroborarse, y hasta puede suponerse que el legislador no haya tomado ninguna de las dos decisiones⁸².

El enfoque psicológico-grupal no aporta esas pruebas independientes, salvo en contados casos, porque la estrategia que recomiendan también presupone (pero no muestra) que las personas cuyas intenciones están en juego tuvieron en efecto alguna intención. Las pocas excepciones son casos en los que los trabajos preparatorios contienen alguna declaración explícita de que la norma promulgada tuvo una consecuencia y no otra.

Es por ello, dice DWORKIN que, lo que hace el órgano legislativo elegido por la ciudadanía excede la promulgación de determinadas disposiciones que conforman los reglamentos. Eligen las políticas generales que debe seguir el Estado y los principios generales que debe respetar. Si, en un caso difícil, una decisión se sigue más naturalmente de los principios que guiaron al cuerpo legislativo al promulgar la norma, los jueces deben adoptarla, aunque sea verdad que, en términos históricos, el propio órgano legislativo habría adoptado la otra si hubiera optado entre alguna de las dos. El órgano contribuye con el espíritu de la democracia respetándolos y

⁸¹ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 36.

⁸² DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 36.



no especulando si el Parlamento, en alguna ocasión en particular, habría cumplido o no su palabra⁸³.

Lo que indagan es qué principios se puede suponer que apoyó un legislador al votar a favor de una norma, de modo tal que la decisión que se tome en un caso difícil se rija por esos principios. Cuando un juez pregunta qué buscaban conseguir los legisladores, lo que intenta determinar es cuáles son las políticas públicas o los principios que se *corresponden* más naturalmente con la norma que aprobaron. Cuando pregunta qué habrían hecho si se les hubiera solicitado que contestaran esa pregunta, lo que intenta averiguar es qué respuesta surge de las políticas públicas o los principios que se corresponden más naturalmente con la norma que aprobaron⁸⁴.

Entonces, si se las interpreta de esa manera, ya no es plausible suponer que el juez que las plantea con el objeto de decidir un caso difícil no esté tomando una decisión política. Pues así entendidas, las evaluaciones que requieren esas preguntas no son diferentes de las recomendadas por la concepción del estado de derecho centrada en los derechos. Si sólo hay un conjunto de principios coherente con la norma, un juez que adhiera a la concepción centrada en los derechos deberá aplicarlos. Si hay más de uno, la cuestión de qué interpretación es la que surge más “naturalmente” de la norma en su conjunto requiere la elección entre formas de caracterizar la norma que deben reflejar la propia moral política del juez. Si las preguntas psicológicas o contrafácticas se plantean como auténticas preguntas históricas, no van a proporcionar respuestas útiles. Para que lo sean, hay que entenderlas como preguntas que requieren el tipo de juicio político que, en la práctica, obligan a emitir a los jueces que las emplean. Es posible que los jueces no reconozcan que emiten tales juicios, pero, en ese caso, se trata de una falta de reconocimiento, no de integridad⁸⁵.

⁸³ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 41.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 42.



3.1.1.3 Hacia el núcleo de la crítica: ¿es el Poder Judicial un poder contramayoritario?

Veamos los diferentes argumentos que rechazan la posibilidad de que el Poder Judicial participe en decisiones de carácter político, y las respuestas de DWORKIN, a cada uno de ellos.

- La precisión. La pregunta que se hace DWORKIN sobre este punto es: ¿hay razones de carácter institucional por las que sea más probable que una decisión legislativa en materia de derechos sea más precisa que una decisión judicial? Dado que para cualquier teoría plausible de los derechos, es necesaria la utilización de la coherencia especulativa⁸⁶ para determinar si algo es un derecho, ésta técnica está mucho más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores o entre la gran mayoría de los ciudadanos que eligen a los legisladores.

- La estabilidad política. Los ciudadanos que eligen a los legisladores constituyen una de las partes en el argumento sobre si alguien tiene el derecho a algo, porque sus propios intereses se oponen a la concesión de un determinado derecho, dándose esta situación, generalmente, cuando el argumento se vincula con una esfera sensible en el plano político. Es el caso, cuando los grupos con poder político prefieren no otorgar determinados derechos, que en principio, por criterios rectores basados en principios morales y derechos fundamentales les corresponde. Ante este tipo de circunstancias, los legisladores sufren presiones, mientras que los jueces no – expresa DWORKIN-, cuestión con la que no coincido-, aunque luego aclara que en estos casos, los jueces tienen una mayor probabilidad de llegar a conclusiones acertadas sobre los derechos. Es decir, para dicho autor, en términos institucionales, los legisladores no están en mejor posición que los jueces para decidir en materia de derechos.

El argumento falla porque supone que la ciudadanía diferencia entre las decisiones políticas tomadas por los órganos legislativos y las adoptadas por los tribunales, y cree que sólo las primeras son legítimas. Esto podría traer aparejada una inestabilidad política, ya que al tomarse una decisión por parte de los Tribunales que cause indignación, la ciudadanía perdería

⁸⁶ Según DWORKIN, las cuestiones de coherencia especulativa ponen a prueba una teoría de los derechos imaginando las circunstancias en las que la teoría podría producir resultados inaceptables). DWORKIN, Ronald, Una cuestión de principios, ob. cit., p. 43.



no sólo el respeto por ellos, sino también por la institución, por los propios procesos judiciales, y por la ley misma.

Ante esta cuestión, DWORKIN se expide con un planteo que nos parece un poco complejo, quizás sin demasiada profundidad técnica o científica, pero no por ello menos cierta. Incluso, vale traer a colación lo que dijéramos al principio de este trabajo sobre la importancia de las concepciones dogmáticas.

El autor expresa que, aún cuando esto fuera así (sobre la creencia de que la ciudadanía en tomar como ilegítimas las decisiones políticas de los tribunales), esa sensación de ilegitimidad sin duda desaparecería si los abogados y otros funcionarios reconocieran que esas decisiones son compatibles con la democracia y prescriptas por una concepción atractiva del Estado de Derecho. Afirma además que, por lo menos en Estados Unidos, la Corte Warren consiguió decisiones en base a interpretaciones políticas con una bajísima popularidad y que – lejos de crear una inestabilidad política-, alcanzaron una gran conformidad por parte de la sociedad.

- La equidad. Es argumento parte de sostener que, si todo el poder político fuera transferido a los jueces, la democracia y la igualdad de poder político quedarían destruidas. Es decir, la democracia supone la igualdad de poder político, y si las decisiones políticas genuinas dejan de ser patrimonio de los órganos legislativos para pasar a ser responsabilidad de la justicia, el poder político de los ciudadanos, que eligen a los legisladores pero no a los jueces, se ve debilitado, lo cual es injusto.

Sin embargo, DWORKIN expresa que en ninguna democracia existe una auténtica igualdad de poder político. Los miembros de la minoría más arraigadas en la comunidad poseen, en tanto individuos, menos poder que los de otros grupos que, en tanto grupos, son poderosos, como el poder económico de las grandes empresas, o los sindicatos y asociaciones de profesionales. Para este autor estos defectos de la democracia son *irremediables*.

- Jueces conservadores. Este argumento sostiene que, sin perjuicio de todo lo dicho, lo que importa es la actitud de los jueces, que adoptan sus posturas en base a criterios prácticos y



personales. Pero de eso no se sigue que los jueces, por más conservadores que sean, vayan a tomar decisiones menos atractivas en un régimen que los aliente a adoptar posiciones políticas sobre derechos individuales que en uno que los obligue a ser “neutrales” y a plantear el tipo de interrogantes “históricos”.

Es más, decisiones supuestamente “neutrales” o basadas en interpretaciones “semánticas” (a las cual podríamos llamar gramatical), pueden aparecer incluso como peligrosas. Las preguntas semánticas, al no tener una formulación política, no discriminan entre los tipos de juicios políticos que, de modo inevitable, influyen en las respuestas de los jueces. Favorecen, de esa manera, la presencia de juicios políticos ocultos que, en principio, pueden ser incompatibles con la legislación que se supone que se está aplicando. Sin embargo, las preguntas políticas recomendadas por el modelo centrado en los derechos requieren que las respuestas políticas sean explícitas y fundamentadas, de modo tal que se pueda probar su atractivo y su compatibilidad con principios más aceptados⁸⁷.

3.2 La determinación del concepto de Democracia para lograr un marco de análisis adecuado.

La judicialización de la política es un fenómeno multifacético y que reviste distintas significaciones, dependiendo de la modalidad de la cual se trate, así como del contexto en el que se desarrolla. De hecho, difiere sustancialmente dependiendo de sí se produce a propósito de Cortes constitucionales que se involucran en el diseño e implementación de políticas públicas (como en Estados Unidos), o a propósito de casos de persecución de la corrupción política (como en Italia). Asimismo, la dinámica de la judicialización varía significativamente dependiendo de sí se da en el contexto de democracias consolidadas o en democracias emergentes⁸⁸.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, ob. cit., p. 50.

⁸⁸ COUSO, Javier, *Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la Judicialización de la política*, Revista de Ciencia Política, Volumen XXIV, Nº 2, 2004, p. 29 – 48.



Si el argumento para que el Poder Judicial no intervenga o controle en políticas públicas, radica en que se trataría de un poder contramayoritario, se parte entonces de la premisa que los Poderes Ejecutivos y Legislativos son los poderes “mayoritarios”, y esto los legitimaría sin ninguna otra razón más que ser los vencedores por la mayoría, para diagramar, implementar y controlar las políticas públicas de un Estado. Esta concepción se apoyaba en la noción schumpeteriana de democracia, que enfatiza la libertad electoral y la competencia entre distintas opciones políticas como sus elementos constitutivos⁸⁹.

Sin embargo, dicha argumento de legitimación, es actualmente uno de los más atacado actualmente. Ello, puesto que se empezó a evidenciar en distintos regímenes democráticos nacidos a partir de las décadas de los 80’ y 90’ en diferentes partes del mundo, y en especial, en Latinoamérica, aun cuando se concedía que en tales naciones las autoridades políticas eran elegidas mediante elecciones libres y competitivas, existía gran insatisfacción por el carácter autoritario de estos gobiernos una vez elegidos. La respuesta a la experiencia cada vez más frecuente de autoridades que –aunque llegadas al poder mediante procesos democráticos–, gobiernan luego con total olvido de las normas legales o constitucionales que supuestamente regulan el ejercicio del poder político, fue un profundo cuestionamiento a la concepción puramente electoralista de democracia⁹⁰.

La toma de conciencia acerca de la verdadera naturaleza de estos regímenes, llevó eventualmente a negarles el carácter de democráticos. Así, por ejemplo, KARL y SCHMITTER abandonaron la visión schumpeteriana de la democracia, acusándola de estar basada en lo que llamaron la “falacia del electoralismo”, esto es, “(...) la creencia en que sólo por el hecho de llevar a cabo elecciones, la acción política se encaminará a justas pacíficas entre elites y entregará legitimidad pública a los ganadores (...)”⁹¹.

⁸⁹ SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper and Row, 1942, p. 284.

⁹⁰ COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit. p. 31.

⁹¹ KARL, Terry y SCHMITTER, Philippe, “*What Democracy is, and is not*”. En *Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives*, editado por L. Diamond and M. Plattner. Baltimore y London: The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 52, citado en COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit.



A modo de evidenciar la crítica sobre la que estamos hablando, veamos algunos autores de reconocida trayectoria que se han expresado sobre la cuestión.

El profesor de filosofía de la Universidad de Venecia, Giorgio AGAMBEN expresa que, “si hoy en día presenciamos la dominación aplastante del gobierno y la economía sobre una soberanía popular que ha sido progresivamente vaciada de todo sentido, es tal vez porque las democracias occidentales están pagando el precio de una herencia filosófica que habían asumido sin beneficio de inventario. El malentendido que implica concebir el gobierno como simple poder ejecutivo es uno de los errores más cargados de consecuencias en la historia de la política occidental”⁹².

El filósofo francés de la Escuela Normal Superior de París, Alain BADIOU, es lapidario con el término: “Un demócrata quiere únicamente a otro demócrata. Para los otros, que provienen de zonas hambrientas o mortíferas, se habla de papeles, fronteras, campos de retención, vigilancia policial, rechazo de reencuentro familiar...Hace falta estar ‘integrado’...Democracia, sí, pero limitada a los demócratas, ¿no?...En resumen, del supuesto de que el ‘mundo’ de los demócratas no es el mundo de ‘todo el mundo’ se deduce que la democracia como emblema y guardián de los muros en donde su pequeño mundo disfruta y cree vivir reúne a una oligarquía conservadora, cuyo oficio, a menudo guerrero, es mantener, bajo el nombre usurpado de ‘mundo’, lo que no es nada más que el territorio de su vida animal”⁹³. El autor francés va mucho más allá aún, termina por establecer que, a su criterio, la democracia representativa terminará por dejar vislumbrar su esencia despótica, culminando en una tiranía.

En la obra de BADIOU, la crítica radical de la democracia descansa en su identificación pura y sencilla con el capitalismo y la equivalencia mercantil según la cual todo tiene valor y todo tiene equivalencias⁹⁴. “Les debo decir que no respeto en lo absoluto el sufragio universal en sí; depende de lo que hace. El sufragio universal sería lo único que se tendría que respetar

⁹² AGAMBEN, Giorgio, *Nota preliminar sobre el concepto de la democracia*, Democracia, ¿en qué estado?, Prometeo, 1ª Ed., Buenos Aires, 2010, p. 13

⁹³ Badiou, Alain, *El emblema democrático*, Democracia, ¿en qué estado?, Prometeo, 1ª Ed., Buenos Aires, 2010, p. 15.

⁹⁴ Bensaïd, Daniel, *El escándalo permanente*, Democracia, ¿en qué estado?, Prometeo, 1ª Ed., Buenos Aires, 2010, p. 25.



independientemente de lo que produzca. Y ¿por qué?”⁹⁵. En expresión del Profesor de la Universidad de París VIII Saint-Denis, Daniel Bensaïd, “Este desafío a la ley del número y del sufragio recuerda acertadamente que una mayoría numérica nunca es prueba de la verdad ni de la justicia...El número no tiene nada que ver con la verdad. Jamás tiene valor de prueba. El hecho mayoritario puede, por convención, darle término a una controversia. Pero el llamado sigue abierto. De la minoría del día contra la mayoría del día, del día de mañana contra el presente, de la legitimidad contra la legalidad, de la mora contra el derecho”⁹⁶.

Para este último autor, las contradicciones efectivas de la democracia están inscritas en las aporías del contrato social, puesto que, según Rousseau, queda acordado que “la fuerza no hace el derecho” y “que uno se ve obligado a obedecer sólo a los poderes legítimos”. Se plantea, entonces, la cuestión del fundamento de la legitimidad y la *tensión* insuperable entre *legalidad* y *legitimidad*⁹⁷.

Sin perjuicio de las apreciaciones que efectuaremos en las conclusiones del presente trabajo, adelantemos ahora que esta cuestión es esencial. Se trata nada más, ni nada menos, que de las bases que legitiman el control judicial de constitucionalidad – una de las herramientas fundamentales de control judicial de los otros poderes del Estado-, quizás “el control por excelencia”.

Bensaïd expresa, a los fines que nos interesa, que el pacto social instituye entre ciudadanos “iguales por convención y en derecho” una igualdad moral y legítima, que nos recuerda precisamente, la búsqueda del interrogante en base a consideraciones de política y moral que el juez debe efectuar para resolver los casos difíciles, según Dworkin, quien estructura toda su teoría sobre el derecho de igualdad en relación a los derechos individuales de las personas.

Por último, queremos hacer referencia a la crítica que hace la Profesora de ciencias políticas de la Universidad de California, Wendy Brown, puesto que la misma parte de la

⁹⁵ BADIOU, Alain, *De quoi Sarkazy est-il le nom?*, París, Éditions Lignes, 2007, p. 42, citado en Bensaïd, Daniel, *El escándalo permanente...ob. cit.*, p. 31

⁹⁶ Bensaïd, Daniel, *El escándalo permanente...ob. cit.*, p. 31 y 45.

⁹⁷ Bensaïd, Daniel, *El escándalo permanente...ob. cit.*, p. 37.



democracia como significativo vacío, es decir, sobre la necesidad de llenar el concepto, finalidad que estamos tratando de realizar para luego analizar si ello nos condujo a alguna solución, aunque sea, parcial del problema principal abordado en este trabajo. Por otro lado, el trabajo de dicha autora nos interesa, puesto que hace una dura crítica a la posibilidad de que el Poder Judicial intervenga y controle en políticas públicas, basándose, precisamente, en el argumento del poder contramayoritario⁹⁸.

En relación a la primera postura, la autora expresa que, si bien hoy en día la democracia disfruta de una popularidad mundial sin precedentes en la historia, nunca ha sido más conceptualmente imprecisa y sustancialmente hueca, habiéndose reducido en muchos supuestos a una marca, una versión del fetichismo de la mercadería que separa por completo la imagen del producto a vender de su contenido real.

Si bien BROWN deconstruye el concepto basándose en las influencias del poder de las corporaciones y el capitalismo, las falsas expectativas creadas en las supuestas elecciones libres en base al marketing y el management, el neoliberalismo y la erosión de la soberanía Estadonación, nos queremos centrar en otro de sus argumentos, que establece que la democracia se encuentra afectada porque los tribunales “han pasado de una función limitativa a una función legislativa que usurpa la tarea clásica de la política democrática...Si es verdad que el imperio de la ley es un pilar importante de la vida democrática, la gobernación de los tribunales es una subversión de la democracia. Invierte la subordinación esencial del poder judicial al poder legislativo, de la que depende la soberanía popular, y otorga el poder política a una institución no representativa”⁹⁹.

Como primera apreciación, nos sorprende la posición dura e inflexible que toma la autora al respecto, recordando el pensamiento más exegético de la Francia de la Revolución Francesa, donde efectivamente, el Poder Judicial debía estar subordinado al Poder Legislativo. Pareciera que seguimos con autores franceses, pero el contrario, BROWN es norteamericana. La idea francesa de división de poderes es muy estricta, al punto tal que todavía está vigente la ley

⁹⁸ BROWN, Wendy, *Hoy en día, somos todos demócratas*, BENSÁID, Daniel, *El escándalo permanente...* ob. cit., p. 53

⁹⁹ BROWN, Wendy, *Hoy en día...*, ob. cit. p. 57.



del 16-24 de abril de 1790 que prohíbe invalidar la ley o interpretarla en abstracto¹⁰⁰. Ella difiere con respecto al principio adoptado en los Estados Unidos, ya que allí se lo concibe en forma dinámica y menos rígida¹⁰¹.

Por otra parte, nos parece que su argumento, en este punto, cae dentro de un dogmatismo sin fundamento. En primer lugar, porque efectivamente no argumenta su posición, sino que la coloca como premisa de por qué hoy en día la democracia es una falacia o una marca del neoliberalismo o las políticas de mercado. Pero en segundo lugar, principalmente, porque critica la intervención del Poder Judicial en política, en base al argumento del poder contramayoritario, es decir, tomando como base aquellas cuestiones básicas que ella misma crítica en relación a la democracia, como ser la falta de representación adecuada. Si las mayorías no son mayorías legítimas, y la democracia carece de significado, ¿a qué mayoría está contrariando el Poder Judicial al decidir sobre políticas públicas?

3.2.1 Llenando el significativo. La articulación democracia, Poder Judicial y políticas públicas, ¿es posible entonces?

Las objeciones al modelo electoralista recién descritas terminaron por persuadir a la vasta mayoría de quienes trabajan en este campo acerca de los defectos de la concepción expuesta de democracia (también llamada “minimalista”), llevándolos a intentar reformular la idea de democracia¹⁰².

El primer intento por refinar el concepto introdujo la noción de “consolidación”, permitiendo argumentar que los regímenes que exhiben faltas de respeto graves a los valores constitucional liberales después de haber llegado al poder mediante elecciones universales, son “democracias no consolidadas”. Desde la perspectiva de este modelo, la carencia de un respeto

¹⁰⁰ OTEIZA, Eduardo, *La jurisprudencia en Argentina...*, ob. cit., p. 510.

¹⁰¹ *Ibíd.* Ver nota al pie n° 9 para ampliar sobre el tema.

¹⁰² COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 33.



irrestringido de los derechos individuales después del momento electoral evidenciaría que dichos regímenes aún no alcanzan suficientes grados de consolidación¹⁰³.

Aunque persuasiva, esta estrategia no fue del todo exitosa (aunque la nomenclatura que acuñó tiene un uso extendido), ya que a poco andar se planteó la inquietud acerca de qué se debía entender, exactamente, por “consolidación”. Otra complicación es el carácter teleológico implícito en la expresión, que sugiere que todos los países en transición a la democracia están dirigidos inevitablemente a una eventual “consolidación” como destino final.

Mientras quienes apostaban a la idea de consolidación perfeccionaban esta aproximación conceptual, otros propusieron otra estrategia, consistente en caracterizar estos nuevos regímenes en forma más analítica, realizando una descripción detallada de la forma cómo funcionan. Uno de ellos, Guillermo O'DONNELL, hizo una importante contribución al problema, al introducir el concepto de “*democracia delegativa*” para referirse a los sistemas cesaristas en que líderes elegidos democráticamente se comportan después de manera abusiva. En las palabras de este autor: “Las democracias delegativas descansan en la premisa de que quien sea el que gane las elecciones a la presidencia, de ahí en adelante está autorizado para gobernar como él o ella juzguen conveniente, restringido solamente por los hechos duros de la existencia de relaciones de poder, y por el término de su mandato limitado constitucionalmente”¹⁰⁴.

Esta crisis expuesta del concepto de democracia, es la que legitima, precisamente, al Poder Judicial para que tome intervención y resguarda las garantías y derechos fundamentales dispuestos por la Constitución de un Estado. Hace falta dicha actividad, para que efectivamente se conforme el Estado de Derecho.

Como dijéramos más arriba, una de las principales herramientas que se utilizan para este control por parte del Poder Judicial, es el específicamente el control de constitucionalidad de las leyes. No nos explayaremos sobre el tema, puesto que excederíamos el objeto de

¹⁰³ COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 33.

¹⁰⁴ O'DONNELL, Guillermo, *Counterpoints. Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*. Notre Dame: University of Notre Dame Press 1998, p. 164.



presente trabajo, y desviaríamos la atención del camino que nos trazáramos oportunamente. Analizaremos el mismo, simplemente para encontrar aquella relación y articulación que buscamos: entre democracia, Poder Judicial y políticas públicas.

3.2.1.1. Maduración democrática y control de constitucionalidad: en busca del momento oportuno.

La idea de que el control judicial de la constitucionalidad de la ley es consustancial al Estado de derecho, y por tanto importante para los procesos de consolidación. Este paso teórico ha dado lugar a una demanda global que KLUG llama “constituciones justiciables”, expresión de la esperanza puesta por muchos en el rol que las cortes puedan desempeñar en la consolidación democrática. De acuerdo con esta concepción, dado que el objetivo final del Estado de derecho es obligar al gobierno a respetar las reglas básicas del juego consagradas en la Constitución, es indispensable introducir un cuerpo independiente, las cortes de justicia, dotado de la facultad de controlar el respeto efectivo de la Constitución por parte del resto de las autoridades políticas, incluidos los poderes ejecutivo y legislativo¹⁰⁵.

Un ejemplo de la vinculación que se hace entre procesos de consolidación democrática y la introducción de mecanismos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, se encuentra en HILBINK, autora de un reciente estudio sobre la judicatura chilena, quien ha defendido la necesidad de un poder judicial comprometido con la promoción activa de los valores liberales, mediante el uso de sus poderes de control judicial de la Constitución. En sus palabras: “En países en transición a la democracia que vienen de períodos de extrema

¹⁰⁵ KLUG, Heinz, “*Bounded Alternatives: The Reception of Constitutional Paradigms and the Civilizing of Unnegotiable Conflicts in South Africa*”, 1997, Trabajo presentado en la Conferencia de la American Bar Foundation New Challenges for the Rule of Law: Lawyers, Internationalization, and the Social Construction of Legal Rules. University of California, Santa Barbara, November 7–9, citado Couso, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 36.



brutalidad impulsada por el Estado por el disenso social o la guerra, las cortes pueden dar un importante ejemplo de moralidad (liberal) y de ciudadanía democrática”¹⁰⁶.

Sintetizando el argumento: dado que la consolidación democrática depende de la existencia previa de un Estado constitucional de derecho, y atendido a que este último sólo sería posible con órganos judiciales que controlen la constitucionalidad de las leyes, ésta sería una condición necesaria para la consolidación¹⁰⁷.

Sin embargo, para Couso, el problema de este modelo es que parte de una premisa empíricamente falsa, puesto que no es efectivo que sin control de la constitucionalidad de las leyes no se pueda establecer un Estado constitucional de derecho. De hecho, ni el récord histórico ni la teoría política contemporánea ofrecen una base sólida para sostener que sin ese tipo de controles es imposible consolidar un sistema democrático. Ésta, por lo menos, ha sido la experiencia que nos muestra el régimen constitucional más antiguo del mundo, el Reino Unido, así como el caso de los Países Bajos, Suecia, Nueva Zelanda y Canadá (hasta 1982), todos los cuales lograron consolidar sus democracias sin contar con mecanismos de control judicial de la constitucionalidad de la ley.

A pesar de ello, cabe pensar en el supuesto de –contra lo que se ha dicho recién– la “judicialización de la política” en la modalidad de control constitucional sea indispensable para consolidar procesos democráticos. Ello puede determinar las posibilidades concretas de que se logre introducir este tipo de judicialización en las democracias emergentes, así como dimensionar el impacto democratizador que aquél tendría.

En este punto el ya clásico trabajo de NONET y SELZNICK, *Law and Society in Transition*¹⁰⁸, ofrece un valioso marco analítico para entender los peligros que involucra el apostar por la judicialización de la política en su variante de control de la constitucionalidad de las leyes en

¹⁰⁶ HILBINK, Lisa, *Legalism Against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-1994*. Tesis doctoral presentada a la University of California, San Diego, 1999, p. 501, citado en COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 36.

¹⁰⁷ COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 36.

¹⁰⁸ NONET, Philippe y SELZNICK, Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Harper Torch Books, 1978, citado en COUSO, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 36.



democracias no consolidadas, puesto que nos alertan acerca de la gradualidad con que las distintas facetas del Estado constitucional de derecho se incorporaron históricamente al acervo institucional de los Estados modernos. En su libro, los autores argumentan que el Estado de derecho comprende tres distintas dimensiones que pueden encontrarse en mutua tensión.

La primera de ellas, que denominan “*la dimensión represiva del derecho*”, es propia de los Estados autoritarios, donde el sistema jurídico “se encuentra al servicio del poder represivo del Estado”, caracterizándose por: a) el énfasis que pone en el control social y en el orden; b) el uso de razonamientos legales ad hoc –esto es, condescendientes con el poder–; c) el uso extendido que hace de la coerción; y d) la subordinación que efectúa del derecho a los poderes políticos.

La segunda dimensión del Estado de derecho que describen NONET y SELZNICK es el “*derecho autónomo*”, que corresponde a los elementos más fundamentales que destaca la teoría legal contemporánea, esto es: a) un énfasis en la justicia de los procedimientos, b) un razonamiento legal que valora una estricta adhesión a la autoridad del derecho; c) un uso controlado de la coerción; y d) la independencia de la judicatura respecto de los otros poderes del Estado.

Finalmente, existiría una última dimensión del Estado de derecho, que los autores denominan “*dimensión sustantiva*”, y que representa una respuesta ante la inflexibilidad y rigidez que presenta la dimensión autónoma del derecho, especialmente cuando una aplicación estricta de la ley lleva a resultados injustos. Esta dimensión sustantiva se caracteriza por lo siguiente: a) un énfasis en la justicia sustantiva; b) un razonamiento legal menos formalista; y, c) una integración de las aspiraciones legales y políticas en la práctica de la adjudicación judicial.

A pesar de este decurso histórico, NONET y SELZNICK subrayan que cada una de estas dimensiones persisten en mayor o menor medida en el Estado de derecho de las democracias consolidadas, y que cada una de estas dimensiones tiene el potencial de degenerar hacia extremos tales que incentivan la aparición de las demás¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Couso, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 43.



El modelo evolutivo y algo dialéctico del Estado de derecho que ofrecen NONET y SELZNICK es particularmente pertinente para el análisis de las relaciones entre control judicial de la Constitución y los procesos de consolidación democrática. En efecto, es posible describir un ejercicio activista de los poderes de control judicial en defensa de los derechos humanos –que necesariamente implican algún grado de creatividad y asertividad judicial–, como parte de la dimensión sustantiva del Estado de derecho, mientras que un ejercicio formalista y deferente del control judicial de la Constitución sería típico de la dimensión autónoma del derecho. Si esto es así, la introducción del control de la constitucionalidad de las leyes en sociedades que se encuentran recién transitando desde la fase represiva del derecho –característica de regímenes autoritarios– hacia la fase autónoma del mismo sería inconveniente, porque parece prematuro introducir prácticas propias del Estado más sofisticado de todos –la justicia sustantiva– cuando aún no se ha arribado a la fase autónoma. Esto es precisamente lo que puede suceder si se introduce una judicialización de la política mediante el control de constitucionalidad de las leyes en democracias no consolidadas (como las de América Latina), las cuales, habiéndose recién liberado del pesado legado de sistemas legales represivos, intentan todavía consolidar un derecho con mínimos grados de autonomía respecto de la política. Por cierto, es aún demasiado pronto para evaluar de manera conclusiva cuál ha sido el efecto del acelerado transplante del activismo judicial en las democracias emergentes, pero las primeras evidencias sugieren que éste conlleva el riesgo de destruir cualquier avance que se hubiera conseguido en lo que se refiere a dotar de un mínimo de autonomía al derecho, especialmente en lo que se refiere a la independencia del poder judicial. Si esto llegara a confirmarse, no debiera sorprender demasiado, sobre todo si se tiene a la vista el modelo evolutivo de NONET y SELZNICK, que justamente enfatiza que mientras la transición desde el derecho represivo al derecho autónomo requiere el aislamiento político de las cortes, la transición desde el derecho autónomo al derecho sustantivo demanda justamente lo contrario. Dicho de otra forma, si se avanza hacia una mayor politización del derecho y de las cortes antes que los valores y hábitos del derecho autónomo estén firmemente afianzados en la sociedad, existe el riesgo de que la re



politización de las cortes pueda hacer regresar al derecho a su etapa más primitiva, aquella de la ley represiva, en la cual la ley está absolutamente subordinada a la política¹¹⁰.

La historia reciente de América Latina ofrece ejemplos de estos peligros. En efecto, la década de los noventa registra a lo menos tres casos en que los órganos encargados de controlar la Constitución fueron brutalmente intervenidos por el poder ejecutivo como respuesta a un activo uso de sus facultades de control constitucional. Ellos son Argentina, cuando el Presidente Carlos Menem aumentó el número de jueces de la Corte Suprema para asegurarse una mayoría de partidarios suyos en ella (lo que ha sido reproducido más recientemente por Néstor Kirchner, quien, de manera más sutil, ha logrado forzar la salida de gran parte de la corte heredada por Menem); Perú, cuando Alberto Fujimori cerró la Corte Constitucional, por emitir un fallo que le fue adverso; y Venezuela, cuando Hugo Chávez obligó a la presidenta de la Corte Suprema a renunciar a su cargo, asegurándose luego una mayoría en ella. Por cierto, existen unos pocos casos exitosos, como los de Colombia y Costa Rica, en que los órganos de control constitucional han exhibido niveles importantes de activismo, sin haber sido luego intervenidos por el poder político. Sin embargo, atendido lo reciente de la introducción de cortes constitucionales en dichos países, es demasiado escaso el tiempo transcurrido para sacar cuentas alegres al respecto. La “Sala Cuarta”, nombre de la corte constitucional de Costa Rica, data de 1989. La Corte Constitucional de Colombia de 1991¹¹¹.

Todo lo expuesto por COUSO, y lo elaborado por NONET y SELZNICK, nos parece de suma relevancia para poder cerrar y entender, más allá de las cuestiones abordadas en relación al concepto de políticas públicas, y al rol del Poder Judicial con la política, como en definitiva el concepto de democracia, y su desarrollo resulta trascendental para poder hablar de la articulación Poder Judicial y políticas públicas. Inevitablemente se entromete en él, un análisis de la democracia.-

¹¹⁰ Couso, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 36.

¹¹¹ Couso, Javier, *Consolidación democrática...*, ob. cit., p. 36.



4. La gestión y diagramación de políticas por parte del Poder Judicial. Los caminos y herramientas procesales

En el presente apartado, y a modo de ir cerrando el presente trabajo, puesto que ya hemos analizado el objeto que nos propusimos, simplemente mencionaremos cuáles son los tipos de conflictos, en virtud de los cuales, el Poder Judicial encuentra preponderantemente un lugar más idóneo para su control e intervención de políticas públicas.

Por último, brindaremos algunos ejemplos de herramientas procesales que permiten efectivamente al Poder Judicial participar en políticas públicas. Su mención será meramente enunciativa, con el afán de poder desarrollar en alguna otra oportunidad estas cuestiones que hacen al tema, pero que su abordaje en este momento, tornaría de una extensión impensada al presente trabajo.

4.1. Los llamados litigios estratégicos

Dentro de las herramientas o tipos de procesos en virtud de los cuales el Poder Judicial logra una intervención preponderante en relación a políticas públicas, podemos mencionar los litigios estratégicos, los cuales pueden ser definidos como una herramienta judicial que involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios en las políticas públicas que deriven en una mejora de la sociedad¹¹².

A nuestro juicio, dentro de estos litigios, a su vez, podemos dividir por un lado, los llamados litigios de interés público, los cuales la mayoría de las veces comprenderán como sujetos demandados a entes estatales o públicos, teniendo además características colectivas, es decir, involucrando a una gran cantidad de personas afectadas de manera directa. Nos estamos

¹¹² GEARY, Patrick et al.: *Los derechos de los niños: Una guía sobre el litigio estratégico*, Child Rights Information Network (CRIN), Londres, 2009, citado en BÖHMER, Martín y SALEM, Tatiana: *“Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave”*, Documento de Políticas Públicas / Análisis N°89 I, CIPPEC, Buenos Aires, diciembre de 2010.



refiriendo a casos de derechos indivisibles, colectivos o difusos, relacionados, entre otros, con el medio ambiente, la salud o el patrimonio cultural.

Pero, por otro lado, existen también conflictos con intereses afectados de carácter estrictamente privado, pero que indirectamente repercuten y/o son detonantes de insuficiencias, injusticias, irregularidades u otro tipo de falencia de alguna política pública por parte del Estado, o de alguna situación que necesita ser revisada por las instituciones estatales y/o sociales.

Piénsese, por ejemplo, como mencionáramos más arriba, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación al aborto. Si bien el derecho invocado por la peticionante tenía un carácter privado e individual, la decisión adoptada por el máximo tribunal argentino dejó consecuencias inevitables y generales sobre el tema, expidiéndose además, por medio de una sentencia de las llamadas “exhortativas”.

También forman parte de litigios estratégicos, las pretensiones que aún teniendo un carácter esencialmente privado, afectan a una pluralidad tal de personas en relación a derechos divisibles y patrimoniales – es decir, derechos individuales homogéneos-, que terminan por repercutir de manera general sobre el tema u objeto sobre el cual tratan, inmiscuyéndose e influenciando en las políticas públicas relacionadas con los mismos.

Las características de estos conflictos de interés público, presentan algunas notas particulares, que los identifican: a) La ordenación e instrucción de la causa, caracterizada por el activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez, y especialmente por la posibilidad del dictado de medidas de urgencia¹¹³; b) el método dialogal impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que “expone” a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquél la función arbitradora entre los intereses en conflicto¹¹⁴. Aparece así el diálogo público, con audiencias públicas y la intervención de *amicus curiae*, que

¹¹³ FISS, *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, p. 40-42, 46-47, citado en BERIZONCE, Roberto, *Los conflictos de interés público*, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 78 y sgtes.

¹¹⁴ BERIZONCE, Roberto, *Los conflictos de interés público*, ob.cit., p. 79.



expresan sus aportes con miras a la salvaguarda del interés general de la comunidad; c) La decisión judicial no se agota en un “trancher” que dirima el conflicto hacia el pasado, son que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado; d) El diálogo, al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el cumplimiento o la ejecución de lo decidió, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con ese objetivo¹¹⁵.

4.2. Algunas herramientas procesales para el control y participación del Poder Judicial en políticas públicas.

Como dijéramos más arriba, si bien no es el tema principal del presente trabajo, no queremos dejar de mencionar algunas ideas en relación a las herramientas y mecanismos que el Poder Judicial encuentra para controlar las políticas estatales.

4.2.1. Control de constitucionalidad de las leyes.

Ha quedado claro en relación a ello, que una de las principales herramientas – quizás la principal -, es el *control de constitucionalidad de las leyes*. Al respecto, entonces, será un factor de suma importancia el sistema de control de constitucionalidad que posea cada país, cada Estado, en este sentido. Dadas las circunstancias, queremos destacar precisamente el que se articula en Brasil.

Por un lado, adopta el sistema norteamericano de control difuso de constitucionalidad (vía de excepción), o sea, el control es ejercido por todos los jueces y tribunales que pueden y deben rechazar la aplicación de norma violadora o contraria a la finalidad de la Constitución, en el caso concreto. Al lado de ese sistema, el Brasil adopta también el sistema austriaco de

¹¹⁵ Ibídem, p. 81.



control concentrado, de competencia privativa del Supremo Tribunal Federal (acciones directa de inconstitucionalidad, declaratoria de constitucionalidad y de incumplimiento de precepto fundamental)¹¹⁶.

Bien explica entonces ZANETI JR. que, “de la relación entre un sistema de la legalidad (L’État légal o el Estado de Derecho alemán – códigos) y un sistema de la creación judicial (rule of law – control de los poderes y vinculatividad de las decisiones judiciales) surge la particularidad híbrida del sistema brasileño. En derivación de la influencia norteamericana, también fue incorporado el sistema inglés de unidad de la jurisdicción. Ocurre, de ese modo y como consecuencia, la plenitud del acceso a la jurisdicción, como garantía primera de la Constitución, en la protección del ciudadano contra lesión o amenaza de lesión a derecho. Esa plenitud queda potencializada por el monopolio que el Poder Judicial ejerce sobre la Jurisdicción. Se trata por tanto de una riqueza sin igual para la potencialidad institucional del Poder Judicial: como el Judicial no actúa *ex officio*, una vez que debe ser impelido y provocado por los legitimados, se torna un espacio privilegiado para el discurso democrático, un “motor de democracia” participativa. Por esa razón, algunos juristas brasileños defienden esa característica como muy superior a la posibilidad de control en la matriz americana. En ese sentido, después de enumerar los aspectos de limitación del sistema de la common law frente al sistema nacional destaca Alvaro DE OLIVEIRA los beneficios de la mayor amplitud de la jurisdicción brasileña, de los cuales resalta “la ilimitada posibilidad de revisión judicial del acto practicado por la Administración, sea cual fuere la autoridad responsable”. El ciudadano brasileño (y ahora con la ampliación de los instrumentos, también la sociedad civil, por medio de los procesos colectivos) está más preparado para el fortalecimiento de la democracia derivante del control del Poder Público, por medio de la revisión judicial y de las tutelas específicas que están a su disponibilidad. Esa lección se complementa con la exhortación de que “el punto es muy importante y debe servir de estímulo para que el Poder Judicial brasileño, imbuido del espíritu de defender los derechos del ciudadano y no vagos intereses llamados

¹¹⁶ ZANETI JR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, ed. Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007



públicos, pase a controlar efectivamente y cohibir los eventuales excesos de la Administración pública”¹¹⁷.

4.2.2. Procesos para la defensa de derechos de incidencia colectiva.

Otra herramienta fundamental, son los *procesos para la defensa de derechos de incidencia colectiva*, ya sea en su categorización de derechos colectivos, difusos o individuales homogéneos.

Como señala GIDI: “el objetivo más inmediato de las acciones colectivas es proporcionar eficiencia y economía procesal, al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas de tutela de una misma controversia sea substituida por una única acción colectiva...El segundo objetivo de las acciones colectivas es asegurar el acceso a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por la rama Judicial...La tercera finalidad buscada por la tutela colectiva es tornar efectivo el derecho material y promover las políticas públicas”¹¹⁸.

Esa intervención en políticas públicas por parte del Poder Judicial, requiere, para los casos sobre procesos colectivos o acciones de clase, de una especial actividad por parte del juez que va mucho más allá de la función técnica jurídica que envuelve a todo caso judicial, puesto que al estar en juego, en muchos casos, derechos y garantías fundamentales, el juez deberá evaluar y decidir sobre parámetros que sobrepasan, precisamente, cuestiones de índole jurídicas sustanciales y procesales.

¹¹⁷ ZANETI JR, Hermes, *Processo Constitucional..ob.cit.* En contrapartida, se observa en los Estados Unidos un muy marcado retroceso del control ante la administración, en general, por el papel desplegado por la “Corte Rehnquist”, particularmente el rol en este sentido estelar del Justice Antonin Scalia, y específicamente, por el criterio sentado en la causa “Chevron” -1985-. Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6ª edición. Civitas. España. 2.009. Págs. 181/218.

¹¹⁸ GIDI, A. y FERRER MAC-GREGOR, E., *Procesos colectivos. La tutela de los Derechos Difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, pp. 1-2.



Esa especial actividad y ese rol político que debe asumir el órgano judicial, depende en gran medida de la estructura institucional y jurídica sobre la cual se hallan regulado los procesos colectivos y las acciones de clase, cuestión que en Argentina, recién ahora se está empezando a plantear.

4.2.3. Otras herramientas: Tutelas procesales diferenciadas y case management.

Por último, debemos mencionar también dos herramientas que se relacionan íntimamente, aunque provengan de culturales y tradiciones jurídicas diferentes.

PEYRANO expresa que “habrá *tutela procesal diferenciada* cuando – excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama – se hubiera instrumentado un montaje procesal autónoma de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia”¹¹⁹.

La tutela procesal diferenciada, a nuestro criterio, se asemeja al instituto anglosajón llamado *case management*, que encierra una serie de técnicas y mecanismos, algunos legales, otros convencionales, utilizados por los jueces norteamericanos (y también británicos) – especialmente los jueces federales – para conducir los casos sometidos a su decisión¹²⁰.

¹¹⁹ PEYRANO, Jorge W., *Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada*, Revista de Derecho Procesal, T. 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 22.

¹²⁰ SPROVIERI, L., *El case management norteamericano*, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Tº 2001-2, pp. 601-637.



Es quizás uno de los ejemplos más claro que demuestra que, lejos de las categorizaciones y definiciones, los sistemas y tradiciones de derecho procesal (common law – civil law), se ajustan a las necesidades que cada sociedad va requiriendo.

Decimos esto porque pensar en un instituto que le brinde muy amplias facultades de actuación al juez, pudiendo intervenir de diversas maneras, en orden a la resolución del caso en base a la verdad y la justicia, no es precisamente algo característico de un sistema adversarial que prioriza la competencia entre las parte, como comúnmente se lo cataloga al norteamericano.

Como bien explica SPROVIERI en el trabajo citado al pie, el *case management* se identifica mayormente con la Regla 16 de las Federal Rules of Civil Procedure, en virtud de los procedimientos que ella contempla y facultades que otorga, aunque los mismos no agotan el plexo del case management. Este debe considerarse también integrado por las Federal Rules of Civil Procedure en su conjunto, las Federal Rules of Criminal Procedure, las Federal Rules of Evidence, las reglas locales sancionadas por los distintos circuitos en que se divide la justicia federal norteamericana, algunas previsiones del United States Code en su título 28, y la autoridad inherente a la magistratura. Asimismo, la creación en 1968 del Judicial Panel on Multidistrict Litigation y la publicación en 1969 de su Manual for Complex Litigation, deben ser considerados como las piedras fundamentales del movimiento de case management¹²¹.

El case management puede ser conceptualizado como una técnica usada por los jueces para administrar los casos sometidos a su conocimiento, con la máxima eficiencia posible, que resulte además consistente con el ideal de justicia¹²².

Entre otras herramientas, le permite al juez tener un rol activo y un temprano control del caso, posibilidad de delimitar las cuestiones debatidas, fijar plazos estrictos, planificar los pasos procesales subsiguientes y limitar temporalmente la etapa probatoria. Debido a esos

¹²¹ MARCUS, Richard L. *Déjà vu all over again? An american reaction to the Woolf Report*, en “Reform of Civil Procedure”, A.A.S. Zuckerman & Ross Cranston, eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 226, cit. en nota al pie 54 en SPROVIERI, L., ob. cit.

¹²² SCHWARZER, William W. y HIRSCH, Alan. *The elements of case management*, Federal Judicial Center, Washington, D.C., 1991, cit. en nota al pie 91 en SPROVIERI, L., ob. cit



amplios poderes, el juez no tiene otra alternativa que inmiscuirse sustancialmente con el caso, debiendo anticiparse a los problemas que el mismo plantea, más allá de la realidad que le traigan las partes.

5. A modo de conclusión

Hemos transitado un largo camino para llegar aquí, sin embargo la advertencia estuvo al principio, y el que avisa no traiciona, seguramente logremos pocas precisiones.

Sin embargo, hemos analizado el concepto de políticas públicas, advirtiendo y descubriendo que el mismo, en sí, es materia de debate y confusión, pero que se puede relacionar con el Derecho perfectamente, dentro de los parámetros esbozados.

Así, KRASST y FURLONG señalaban que las políticas públicas reflejan no solo los valores más importantes en la sociedad, sino que también muestran el conflicto entre los valores y cuáles de esos valores reciben las mayores prioridades en una determinada decisión. Precisamente DWORKIN habla de que la participación del Juez dentro de una perspectiva política, debe efectuarse partiendo de la concepción del Estado de Derecho centrada en los derechos, por medio del cual en un caso difícil, el Juez intentará elaborar algún principio que le parezca que reproduce, en un nivel de abstracción adecuado, los derechos morales pertinentes para las cuestiones que surgen del caso. Este nivel de abstracción “adecuado”, del cual habla el autor norteamericano, debería buscarse, entonces, en los valores más importantes que reflejan a una sociedad. Por otro lado, esta actitud del Juez, serviría para poner en juego e intervenir en políticas públicas, puesto que ese nivel de abstracción también le permitiría buscar valores acordes con la sociedad en base a principios y garantías jurídicas, que aún no han sido priorizadas en base a políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo, pero necesariamente deben ser tenidas en cuenta, en un momento determinado, que – precisamente – lo definirá el Juez.



Muchos de los autores que hablaron y definieron políticas públicas, JENKINS por ejemplo, expresaron que raramente un gobierno aborda un problema con una sola decisión, por lo que, la mayoría de las políticas públicas involucran una serie de decisiones, algunas de las cuales pueden ser inadvertidas antes que deliberadas. Esta “inadvertencia” también es puesta en escena por DWORKIN en relación a las decisiones que toman los jueces que, aún bajo un discurso de aplicación estricta de la ley por criterios interpretativos de basamentos histórico (ya sea semánticos, psicológicos o contrafácticos) y con una actitud “neutral”, sin darse cuenta, también están tomando decisiones políticas. Es la queja que DWORKIN hace en relación a los jueces británicos, para quien, en efecto, emiten según sus propias convicciones, juicios políticos que disfrazan de juicios sobre las intenciones legislativas o los trabajos preparatorios. En palabras del autor: “...es posible que los jueces no reconozcan que emiten tales juicios, pero, en ese caso, se trata de una falta de reconocimiento, no de integridad”.

Abordamos también uno de los puntos de ataque principales por parte de quienes temen que el Poder Judicial controle e intervenga en políticas públicas, es decir, es su apreciación como poder contramayoritario, cuestión que lo deslegitimaría para tal actividad.

Sin embargo, observamos que los basamentos mismos de dicha postura, el concepto de democracia, se encuentra hoy en día en crisis por la insuficiencia de la representación de los gobernantes hacia las minorías y el exacerbación de poderes Ejecutivos que doblegan y articulan *a piacere* a los poderes legislativos. Pero especialmente, se encuentra en crisis porque – por lo menos en Latinoamérica -, la democracia está evidenciando que lejos de ser una fórmula mágica basada en un procedimiento electoral constitucional, no resuelve el problema de la violación sistemática de derechos fundamentales por parte de los Estados, como la vivienda, la salud, la alimentación, la dignidad y hasta la vida misma.

Ante ello, y de acuerdo a las ideas expresas por los autores abordados, la participación del Poder Judicial y el control por parte del mismo en políticas públicas, surge prácticamente como un deber de actuación que emerge de la Constitución misma. Sí, de la Constitución misma, del mismo instrumento donde emerge el sistema republicano y democrático de gobierno.



Como bien expresa el Profesor Hermes ZANETI JR. en relación a Brasil, las funciones ejercidas actualmente se dividen, en funciones de gobierno y funciones de garantía. Una vez que debemos reconocer al poder político y al poder del mercado un margen de discrecionalidad/disponibilidad, que en el primero corresponde en una serie de opciones sobre políticas públicas y estrategias de desenvolvimiento, que puedan ser tomadas por el legislador democráticamente elegido, y, en el segundo, una autonomía de voluntad, no podemos dejar de reconocer que el poder político hoy es ejercido igualmente por los representantes elegidos del Ejecutivo y del Legislativo, siendo que la propia actividad legiferante se debe a esta legitimación popular, cada vez más, ya que el Ejecutivo actúa fuertemente también en este campo. Así, lo que realmente diferencia los poderes es ejercer su legitimidad a partir de la representación popular (Ejecutivo y Legislativo) o a partir de la Constitución y de la ley (Poder Judicial, y demás instituciones de garantía de derechos fundamentales, como el Ministerio Público). Las funciones de garantía están así diferenciadas de las funciones de gobierno, porque actúan para la conformación del margen de lo decidible, colocando los límites y vínculos definidos por los derechos fundamentales, en la esfera de lo “no decidible” (derechos de libertad) y de “no decidible que no” (derechos sociales). La función de garantía, por lo tanto, actúa como función contramayoritaria, asegurando los límites y vínculos debidos a nuestro modelo constitucional garantista. El problema de la politización del Poder Judicial (gobierno de los jueces, judicialismo, judicialización de la política, judiciorracia, activismo judicial), sería, en conclusión, un falso problema, planteado por el dogma positivista de legalidad (la ley como fuente absoluta e irrefutable de derecho, ya denominado paleopositivismo)¹²³.

Todo lo dicho, sin embargo, y lejos de querer funcionar como una síntesis certera y resolutive sobre la cuestión, pretende simplemente dejar planteado un análisis, que deberá continuarse en futuras investigaciones y trabajos. La discrecionalidad y la oportunidad para que el Poder Judicial cumpla esta función de garantía deberá efectuarse con el mayor de los cuidados.

¹²³ ZANETI JR., Hermes, *A teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia*, en *O Controle Jurisdiccional de Políticas Públicas*, Coord. Pellegrini Grinover, Ada – Kazuo, Watanabe, Gen-Forense, Rio de Janeiro, 2011, p 49.



Con la sola y única intención de seguir reflexionando sobre el tema, no puedo dejar de exponer en estas palabras conclusivas, una narración que hace Francois DUBET en su libro *Repensar la justicia social*¹²⁴, sobre una situación en la cual cita a Hannah ARENDT. Ésta última pone evidencia un fenómeno acontecido al evocar la desegregación voluntaria iniciada en el sur de Estados Unidos a fines de la década de 1950:

“El punto de partida de mis reflexiones fue una imagen publicada por los diarios que mostraba a una negra entrando a una escuela recientemente integrada: una troupe de niños blancos la perseguía, un amigo blanco de su padre la protegía, y en la cara se le notaba que la situación nueva no era precisamente encantadora para ella. Mi primera pregunta fue: ¿qué haría yo, si fuera una madre negra? Si yo fuera una madre negra del Sur, sentiría que la Corte Suprema, sin quererlo, pero inevitablemente, ha colocado a mi hija en una posición más humillante que aquella en la que se encontraba antes. Sobre todo, si yo fuera negra, sentiría que la tentativa misma de comenzar la desegregación escolar no sólo ha desplazado el fardo de la responsabilidad de las espaldas de los adultos a la de los niños. Estaría además convencida que todo está dirigido a evitar el verdadero problema. El verdadero problema es la igualdad ante la ley (Arendt, 2005)”.

Ante ello se pregunta DUBET, “¿Es más cruel encerrar a los individuos en posiciones injustas que obligarlos a abandonar la seguridad de esas posiciones para adquirir las mismas oportunidades que los otros? En el caso de estos descendientes de esclavos evocados por Hannah ARENDT, la respuesta deja poco espacio para la duda: la igualdad tiene un precio. ¿Pero la respuesta es siempre tan evidente en otros casos?”.

Seguiremos trabajando dentro del derecho procesal, para que la respuesta dada por los tribunales en defensa de los derechos fundamentales, como hizo en ese momento la Corte Suprema de Estados Unidos, encuentre legitimidad institucional, técnica, racional y política, y una satisfacción social adecuada a cada derecho individual y colectivo puesto en crisis.

¹²⁴ DUBET, Francois, *“Repensar la justicia social”*, Siglo Veintiuno, 1° ed., 1° reimp., Buenos Aires, 2012, p. 86.