

## LA DECISION JUDICIAL EN PERSPECTIVA CRITICA: Un dialogo con la vision sistematica de Jorge Eduardo Douglas Price

Luis Elios Meliante Garcé<sup>1</sup>

U. DE. LA. R

### Resumen

En el presente texto, se asume la complejidad de la realidad societaria en Latinoamérica, para mostrar el escenario en donde se despliega en foco principal, un acto intra-sistémico y arquetípico de la actividad de los Jueces: la decisión judicial. Se transita en el desarrollo del tema, en la búsqueda de un concepto, en el acotado sentido de una aproximación, para luego desplegar elementos posibles de su fisonomía y pragmática, con el apoyo principal de dos líneas teóricas definidas: el de las perspectivas “críticas” latinoamericanas del Derecho”, y el de la novedosa visión sistémica en clave luhmanianna aportada en la Región, por Jorge Eduardo Douglas Price. En el decurso de la exposición saldrán a luz aportes de una y otra de las posiciones, no en una línea de oposición, sino de positiva y auspiciosa confrontación, un verdadero diálogo, en el entendido que la teoría de sistemas de Luhmann, aporta enriquecedores conceptos al enclave teórico “crítico” en construcción, tanto en este tema, como el de todos los que se han integrado a su acervo.

### Palabras clave:

Decisión judicial, crítica, Douglas Price, sistémica, política.

### Abstract

In this text, the complexity of the corporate reality in Latin America is assumed, to show the scenario in which an intra-systemic and archetypal act of the activity of the Judges unfolds: the judicial decision. It travels in the development of the topic, in the search for a concept, in the narrow sense of an approximation, and then deploying possible elements of its physiognomy and pragmatic, with the main support of two defined theoretical lines: that of the “critical” perspectives “Latin American Law”, and that of the novel systemic vision in a Luhmanianna key contributed in the Region, by Jorge Eduardo Douglas Price. In the course of the exhibition contributions from both positions will come to light, not in a line of opposition, but of positive and auspicious confrontation, a true dialogue, in the understanding that Luhmann's theory of systems, provides enriching concepts to the “critical” theoretical enclave under construction, both in this area, and that of all those who have joined its collection.

### Keywords:

Judicial decision, criticism, Douglas Price, systemic, political

## 1 INTRODUCCIÓN

En el contexto de la complejidad societaria de Latinoamérica, acaece un particular fenómeno: el Derecho latinoamericano y la mayor parte de la actividad que le es inherente, parece haber perdido certeza y credibilidad ante el imaginario social.

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

De esta idea de *precarización* acuñada por el maestro italiano, que se asocia claramente a lo “*inseguro*”, puede derivarse una conexión con el anglicismo *soft*, equivalente a *blando*, *suave*, *lábil*, que se acomoda muy bien a la *posmo-liquidez*, dicho esto como una suerte de neologismo creado aquí y ahora, para poder conciliar lo *posmoderno* con lo *líquido* en sentido baumaniano ( Bauma, 2004), y que entre otras cosas arroja un producto social general *soft*, en ese mismo sentido.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, título expedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (U.de.la.R), Profesor Adjunto Titular de Filosofía y Teoría General del Derecho (Facultad de Derecho U.de.la.R). Profesor Titular de Filosofía del Derecho Facultad de Derecho del CLAEH. (Montevideo, Uruguay)

El Derecho, como resulta obvio, más allá de todas sus posibles intermitencias, transita entre voluntad política, lenguaje y comunicación y en definitiva este aspecto, en mayor o menor grado y con encuadres de intensidad y aspecto variados, resulta una cuestión a la que las distintas corrientes que conviven y disputan en la reflexión acerca del mismo en Latinoamérica, no han podido ni podrán sustraerse en absoluto.

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

Estos factores pueden sintetizarse, y por cierto que no en forma taxativa, en los cambios y alteraciones que ha sufrido la conformación social, en el impacto que el mercado trasnacional ha tenido en los Estados Nacionales como producto de la economía globalizadora, en la influencia y las consecuencias de la implosión comunicacional, en las disfunciones que suelen alterar en forma constante el sistema político, que aunque muchas veces no afectan el tránsito democrático formal de los últimos treinta años, igualmente en su dinámica, es claro que se proyecta fundamentalmente un nuevo tipo de relacionamiento entre los poderes políticos tradicionales.

Del mismo modo, durante los más de treinta años que separan las instancias democráticas actuales de los países latinoamericanos, de aquellas nefastas dictaduras cívico- militares padecidas en los años setenta y parte de los años ochenta del siglo pasado (piénsese tan solo en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay), se palpa que la sombra de la violencia cobarde que se apoyó en la fuerza de la espada, no se ha aventado del todo. De tanto en tanto aún, según los vaivenes políticos de las sufridas democracias regionales, alguna nostálgica voz proclive a esa pobreza de espíritu se hace sentir en el interior de ellas, por cierto que de distinta manera y con mayor o menor intensidad. No obstante, parece ser que también que algunas veces, desde los poderes instalados, se trata de minimizar al máximo estas nefastas irrupciones.

Es claro que todas estas cuestiones, de alguna manera, impactan en el sistema jurídico, por lo que el escenario resultante, parece requerir una revisión de la praxis jurídica en dos direcciones: una, de alguna forma descriptiva y seguramente muy sociológica, dirigida al análisis del funcionamiento de las distintas formas jurídicas que el Derecho ha ido adoptando dentro de la notoria complejidad descripta; y otra sustancial, que se inserte en un enclave claramente semiológico-lingüístico, dirigido a la búsqueda de las nuevas significaciones que se han ido incorporando en algunos conceptos jurídicos, que alcanzan incluso al marco constitucional. Es claro que también, en función de lo anterior, que se requiere indagar si tales alteraciones han repercutido y cómo, en el imaginario social como resultado de los naturales procesos de

comunicación social intra-sistémicos, habida cuenta además, de que estas sociedades enfrentan hoy una etapa evolutiva, que por ahora se percibe como riesgosa, y con altas posibilidades de irreversibilidad más o menos próxima, dentro del contexto de la complejidad ya señalada

Por supuesto, que esas indagaciones deberán ser necesariamente interdisciplinarias, y se estima que permitirán que se sepa más o menos claramente y de manera particular, ante que formas jurídicas reales se encuentran las sociedades latinoamericanas contemporáneas.

En este proceso pleno de movilizaciones, que como se aprecia son de alguna manera estructurales, se estima que resulta provechoso acudir a una mirada *crítica* de la realidad socio-jurídica, desde donde como es sabido, se habilita que el Derecho sea considerado como una *práctica social específica*, que se materializa como un proceso social de producción de sentido. (Cárcova, 2007, p. 162).

De tal manera, hablar de una Teoría Crítica del Derecho para Latinoamérica, implica la necesidad de comprenderlo como un fenómeno de naturaleza social, alejado de las visiones objetivistas de las ciencias naturales y de las visiones puramente deductivistas de las ciencias formales. Se asume también como un producto histórico de la evolución de las sociedades humanas, constitutivo de la construcción de sentido en la interacción social, y se considera que es una práctica social constitutiva de sentido en relación constante con diversas dimensiones sociales; con la economía, con la política, con el poder, con la ideología, con la moral, etc. (Cárcova).

Ahora bien, si se observa el aspecto interno - diríase la composición - de esta *praxis discursiva*, aparece como parte ostensible, siempre referente y referida, una forma jurídica relevante: la llamada *decisión judicial*, acto arquetípico de la actividad de los jueces cuyo análisis resulta imprescindible.

Es relevante por su contenido, por su forma, y por su finalidad. Y además, probablemente aún más, en tanto se tenga en cuenta lo que se ha venido exponiendo, al plantearse la percepción de un debilitamiento en la credibilidad del discurso general proveniente de la actividad de los jueces. Sobre estos tópicos versará el apartado que sigue.

## **2 LA DECISIÓN JUDICIAL, ACTO ARQUETÍPICO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL EN PERSPECTIVA CRÍTICA. PRENOTANDO.**

La “*decisión judicial*” puede ser vista en principio, como un acto volitivo dictado por quien o quienes se encuentran legitimados para ello, esto es los jueces, en las diferentes integraciones orgánicas que se les adjudica y que cada Estado crea. Sin perjuicio de ello, en cuanto a su

contenido, es también un hecho histórico que compromete su historicidad a través de la irrupción que hace en la realidad y en donde su acaecimiento modifica la realidad personal, la realidad patrimonial, en suma la circunstancia del hombre, aún en contra de su voluntad.

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

A ello, debe incorporarse también, *in media*,<sup>2</sup> un riguroso estudio de la *prueba de los hechos*. Aunque el tema, como se verá, no es tan sencillo ni termina allí.

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

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

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

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

Esta práctica en tanto *discursiva*, se materializa ostensiblemente como un proceso social de producción de sentido, y es a través del sentido, en donde el Derecho, precisamente, adquiere especificidad y produce efectos. (Cárcova, 2007; Meliant, 2017). Pero además esta práctica es *interviniente*, en el sentido que al ser productora de sentido, éste se instala más allá del privilegiado discurso normativo del legislador.

---

<sup>2</sup>“*Fons in media urbe est*”.

La construcción de sentido del Derecho, resulta ser multívoca, (Meliante, 2017) con distintos protagonistas: legisladores, jueces, prácticos, administradores, ciudadanos, y también grupos, generalmente encarnados en los movimientos sociales.

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

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

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

Esta independencia puede ser técnica, institucional, funcional, o personal, interna o externa, negativa o positiva, etc., derivada del principio de separación de poderes, que regularmente en las Constituciones liberales que organizan Estados Democráticos de Derecho, se encuentra expresamente garantizado. De allí podemos inferir que un régimen democrático de gobierno será tal, en la medida que exista garantizada la existencia de una cabal separación de poderes y la vigencia plena de un Estado de Derecho en cualquiera de los sentidos en que puede asumirse, aún más en aquella que deriva de la actual y potenciada forma que asume el denominado Estado constitucional de Derecho.<sup>3</sup>

Hace algún tiempo Garzón Valdés, por ejemplo, argumentó que los jueces de los tribunales superiores dentro de un sistema democrático: “.. *son controladores de la calidad de las decisiones políticas, de sus instituciones y poderes, y su función principal, es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político,..*”(Garzón Valdés, 2003, p.27); entendiendo por “*estabilidad*”, - según comentara María José Añón,- “... *una propiedad disposicional de un sistema político, a reaccionar de tal forma que éste mantenga su identidad, nutriéndose de la actitud de quienes detentan el poder de orientar su comportamiento de acuerdo con la normas básica del sistema...*”.(Añón, 2007, p. 54).

Añón también advierte que Garzón Valdés, distinguió los conceptos de *estabilidad* y *legitimidad* del sistema político. El primero es un juicio de *naturaleza normativa*, descriptivo, que se vincula a una correcta identificación de la *regla de reconocimiento hartiana*, cuya identificación, está

---

<sup>3</sup> En la República Oriental del Uruguay, se ha debatido en algún momento, en los ámbitos políticos, académicos y gremiales-funcionales, acerca de si el Poder Judicial, reconocido constitucionalmente y orgánicamente como tal, sea un verdadero Poder en sentido propio, al no tener autonomía económica y presupuestal dentro del Estado. Ocasionalmente se vuelve, en los mismos ámbitos referidos, sobre este tema.

ligada, como se sabe, a condiciones normales de armonía oficial, y especialmente de armonía judicial. El segundo es un juicio de *naturaleza moral*, puesto que atiende a la calidad ética de un sistema político. (Añón, 2007, p. 54, 55).

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

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

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

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

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

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

### **3 UN ENFOQUE SISTÉMICO DE LA DECISIÓN JUDICIAL, EN JORGE DOUGLAS PRICE.**

En el marco regional, no existe un trabajo más completo sobre el tema de la “decisión judicial” con enfoque sistémico, que aquel que realizara el Profesor argentino Jorge E. Douglas Price. (Douglas Price, 2012).

El valioso libro de Douglas Price, prologado por el insigne Profesor de Lecce, Raffaele De Giorgi, no constituye, como anota el Profesor italiano, “...una teoría de la decisión judicial que diga cómo debe ser tomada una decisión judicial...”, sino que por el contrario, el autor ha descripto la “decisión judicial”, tal como es. Como él mismo la construye, y como ésta se deja construir. No es una descripción de lo que es, sino de lo que debe ser... *una fenomenología de la investigación de sí de la decisión judicial...* Y más adelante expresa: ...*O tal vez en el lenguaje de la teoría de los sistemas: como descripción del modo en el cual el Derecho, a través del Derecho, se construye aquello que el Derecho usa como realidad. Como descripción del trabajo que el Derecho hace consigo mismo.* (De Giorgi, en Douglas Price, 2012, p.14,15).

De tal manera, estima De Giorgi, que esta perspectiva sistémica con enfoque constructivista descarta problemas de ortodoxia, pero rescata a su vez la riqueza del material histórico sobre la semántica de la autorrepresentación de la actividad judicial, y con ello de la reconstrucción de técnicas, programas, recorridos, sobre los cuales se erige la continua tensión de la investigación de la coherencia, de la propiedad, de la fundamentación del decidir, en definitiva, una reflexión *sobre el rol de los jueces y sobre la estructura de la racionalidad que orienta la actividad decisional...* (De Giorgi, en Douglas Price, 2012, p. 15).

El tema, dice el prologuista, no termina allí, pues luego a través del análisis del cuantioso material semántico, se dará cuenta de cómo el Derecho se apropia de aquella racionalidad, y como ésta deja aparecer al Derecho como técnica de solución de conflictos, de cómo se puede arribar a soluciones compartidas, de cómo es posible una única decisión correcta, o eventualmente justa, y de tal forma se pueda individualizar. El Derecho pasará a ser descripto como una conexión de decisiones basadas en decisiones, lo que le da un carácter específico al programa del Derecho que lo diferencia de otros programas organizacionales, para culminar luego volviendo su interés hacia *las formas del acoplamiento de Derecho y Política y sobre las modalidades según las cuales lo programas decisionales fijados en las constituciones condicionalizan las formas de la decisión judicial.* (De Giorgi en Douglas Price, 2012, p. 16).

No cabe duda que la mejor síntesis del enjundioso texto de Douglas Price, es la de su prologuista. Resulta difícil a un observador, aún autoimplicado en términos de teoría sistémica, referirse a la misma de una manera que supere a lo expuesto por De Giorgi.

Por otro lado, como podrá fácilmente comprenderse, un posible estudio que - en forma por demás merecida - abarcara la obra en su completitud, resultaría en un trabajo de las características del presente, absolutamente imposible.

El propio autor advierte en el decurso de la obra, que la decisión de los Jueces, “... *no es una decisión personal, sino una decisión enmarcada en el curso de esa complejidad que prefigura que sean parte de un sistema que decide...*” (Douglas Price, 2012, p. 237).

De tal manera, dentro del opus, es necesario visualizar algún aspecto que dé cuenta de un centro de interés fundamental del tema tratado que, aunque responda a una selección claramente arbitraria, no desperdicie la notable solidez del trabajo en su conjunto.

En la medida que se ha venido exponiendo líneas antes, que la decisión judicial es un acto arquetípico de la actividad de los jueces, se pretende, dentro de esa idea, visualizar *que hacen los jueces cuando juzgan* e indagar *como se construye una decisión judicial*, pues ambos temas, tratados claramente por Douglas Price, son ser tópicos sin duda destacables, y tratados por el autor a lo largo de su obra, pero en forma conclusiva, o como el mismo expresa, *a modo de finale*. (Douglas Price, 2012, Cap. XIII).

De ambos aspectos también, se dará cuenta en el apartado siguiente.

#### **4 DOS PREGUNTAS CRUCIALES EN LA TESIS DE DOUGLAS PRICE: I.- ¿QUÉ HACEN LOS JUECES CUANDO JUZGAN? Y, II.- ¿CÓMO SE CONSTRUYE UNA DECISIÓN JUDICIAL?**

##### **i.- ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?**

Estima nuestro autor, que no cabe duda que lo que denomina “*la fisiología*” de una decisión judicial está inficionada por la psicología del decisor y que, además, resulta indiscernible determinar de qué modo ella ha influido tanto en la selección normativa, como en la selección fáctica, y en la selección conclusiva. De tal manera, estas recíprocas y sucesivas selecciones, responden siempre a un acto de “elección”, definitivamente arbitrario, sin perjuicio de que pueda o deba distinguirse conforme a Popper, el iter psicológico y el iter lógico de una decisión judicial. (Douglas Price, 2012, p. 462).

Por más obvio que resulte, señala Douglas Price, que estas selecciones no se hacen *ex nihilo*, sino que está allí para el Juez, todo el lastre de la dogmática, de la cultura, que obran como condición de posibilidad de la misma Ciencia Jurídica, sobre la y con la que - y nótese el juego

de involucramiento subjetivo resaltado por el autor – el decisor opera como decisor en el propio sistema. (Douglas Price, 2012, p. 462).

Tampoco, dice el autor, la elección fáctica, aunque discrecional, no es absurda.

No ha de confundirse un “buque, con un bote volador”, en metáfora que alude al Hart de “El Concepto de Derecho”.

De esta forma, la decisión, opera como la evolución biológica: va de la inercia a la vida. Y la evolución siguiendo a los chilenos Maturana y Varela, es *transformación de una estructura dada en un buen comienzo, como decía Piaget refiriéndose tanto a las estructuras biológicas, a las del lenguaje y a las del aprendizaje*. (Douglas Price, 2012, p. 463).

De tal manera, ubicados en nuestro “*horizonte cultural*”<sup>4</sup> fuera del marco de la tradición jurídica anglosajona que resalta la regla de la obligatoriedad del precedente pese a los ingeniosos malabares de los Tribunales para evadirla, y la perspectiva de que en los casos de libertad individual, el Tribunal no se encuentra limitado por su propio precedente, Douglas Price entiende que:

los casos no “están” en el límite sino que son puestos en él, de tal suerte que, nuevamente, como en el caso de la resemantización del lenguaje, siempre se está en la posibilidad de la innovación, aún si la tendencia a la conservación preserva a la misma posibilidad de la comunicación... (Douglas Price, 2012, p. 463).

De esa forma, tomando distancia de Dworkin, estima el autor, que *no es que la decisión no contenga vestigios de decisiones anteriores, reglas y principios ya construidos*, que desde el principio refrenen la contingencia, sino que, en definitiva

en el doblez de la hoja o en el último renglón el decisor puede escribir siempre una novedad, construida como en la memoria de Goethe sobre las ruinas de Roma, en el presente, y el capítulo que sigue puede ser saltado o volver atrás, como en Rayuela de Cortázar o El Proceso de Kafka. (Douglas Price, 2012, p. 463).

Es así, que el desarrollo de la decisión, mantiene una estrecha relación con el de la estructura del aprendizaje y del conocimiento.

En cuanto a su control de producción, debe entenderse que la decisión judicial no debe ser vista como un fenómeno aislado. Es claro que cada decisión está respecto de sí misma, como plenamente libre, pero siempre habrá alguna conexión con sentidos pre establecidos. Y en claro

---

<sup>4</sup> El concepto de *horizonte cultural*, es una categoría de análisis creada, con definiciones propias, lingüísticas, culturales propiamente en el mayor sentido, sociales, incluso también antropológicas, etc. Sirve para diferenciar en función de esas definiciones, por ejemplo, a gran parte geopolítica de Latinoamérica (el *horizonte cultural latinoamericano*), que es diferente al *horizonte cultural norteamericano*, por ejemplo. (sobre este concepto, V.: Cobos, J. “América Latina”, Acento Editorial, Madrid, 1995, y Meliante, L. “La crítica jurídica latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional”, en R. F. de Der., No. 36, U.de.la.R, Montevideo, 2014, pp.159).

símil saussuriano, el ruido sin sentido no es lenguaje, pero por más arbitraria que sea, la conexión entre ruido y sentido, si existe tal conexión, da lugar al lenguaje. (Douglas Price, 2012, p. 465).

En definitiva:

La decisión judicial debe ser vista como un proceso continuo donde la observación-clasificación de los hechos viene medida por estructuras ya presentes en la cultura, pero son estructuras modificables según un patrón de analogías ( el patrón de analogías que cada cultura permite, autoriza, promueve), lo que permite crear nuevas categorías, de allí que todo intento de certeza quede ridiculizado por la borgeana enciclopedia de saberes celestes que inventara en el Idioma analítico de John Wilkins. ( Douglas Price, 2012, p. 465).

Tampoco, ni las analogías, ni los símiles, ni las formas, derivan de algún dato o proceso inmodificable. Dice Douglas Price : ...*Nuestra percepción del mundo es un acto de cultura...* (Douglas Price, 2012, p. 465).

En este contexto, el autor retoma la idea de Maturana, en el sentido de que los seres humanos acontecemos en el lenguaje: no existe posibilidad de referirnos a nosotros mismos o a otra cosa fuera del lenguaje, sino es a través del lenguaje: somos entidades “lenguajeantes”.

Y dirá en función de presentación contextual: *nuestro campo de batalla es el lenguaje, los juicios son batallas de discursos, de diversos abordajes epistemológicos y de relatos de parte, de discursos jurídicos y de discursos auxiliares que el discurso jurídico se encarga de subordinar para “deci-dir”*. (Douglas Price, 2012, p. 468).

Y finalmente entonces: ¿qué hacen los jueces cuando juzgan?

Dice Douglas Price:

A mi modo de ver se instalan en el papel de mediadores, de receptores de un discurso que al hacerse escrito - (paso que hemos descrito como extremadamente relevante en la constitución del derecho moderno) – permite su generalización, su universalización, pero también su particularización, su elusión sin límites, en tanto que son mediadores del lenguaje que nos constituye no pueden escapar a sus reglas de producción. ( Douglas Price, 2012, p. 469).

Es claro que esa mediación se instala en una red de sentido (Verón), mucho más compleja que otras redes no humanas. La capacidad del individuo de coordinar acciones, surge de esa red; su supervivencia tanto individual como colectiva, está sujeta al desarrollo de esa red.

El Derecho por cierto que forma parte de esa red, de tal manera que aún poseyendo “textos fundadores” o “textos pansemióticos”, no puede solo referirse a sí mismo. Si así fuera, estaría vacío, no cumpliría ninguna de sus funciones. Y precisamente, *al interior del sistema, los aparatos síquicos que hacen las veces de jueces, pero no solo ellos, producen un proceso de reasignación de sentido con cada decisión y en cada decisión*. (Douglas Price, 2012: 470).

En este plano, dice el autor, no se pueden hacer “profecías”, acerca de las decisiones que habrán de tomar los jueces en el futuro, pues las cuatro fuentes de referencia constantes: legislación ( en sentido amplio), jurisprudencia, costumbres reconocidas y standars que forman parte de un razonamiento jurídico completo, están mutando de continuo y además, siempre están disponibles en una amplia gama de selección, que cuanto más amplia, más conocimiento vuelve disponible, más elecciones ofrece, pero más incertezas provoca, y más demanda de reestabilización del sistema genera. (Douglas Price, 2012, p.471).

Y en tono de constantes incertidumbres, surge la paradoja de que el futuro no tiene futuro. El único tiempo existente es el presente. En el presente “vemos (hacemos)” el pasado y el futuro, así como cambian el presente y el pasado y el futuro que concebimos.

En ese sentido el sistema del Derecho “ve” su propio operar, incluso “piensa” su futuro, y de esa forma dota de sentido a sus operaciones y las racionaliza.

## ii.- ¿Cómo se construye la decisión?

Debe partirse de la idea que en términos de Luhmann, como es sabido, la construcción del sistema es *autopoiética*, lo que equivale a decir que en el marco de su teoría, un sistema tendrá tal característica, en todos los casos en que se está en condiciones de identificar un modo de operación que se realiza hacia el interior del sistema. Todos los sistemas *autopoiéticos*, se caracterizan por la *clausura operativa*, lo que implica que todas las operaciones del sistema que se dirigen hacia la producción de elementos nuevos del mismo, dependen de las operaciones anteriores del mismo sistema y constituyen el presupuesto de operaciones ulteriores.

Con esta perspectiva, una mirada sistémica al constructo decisonal, implica – dice Douglas Price - *que la adopción de los puntos de partida, principios o axiomas es absolutamente convencional o positiva, y por ende contingente*. Ello no equivale a decir que el sistema opere con discrecionalidad absoluta, pues al estar la decisión gobernada por el principio de analogía, le exige al sistema *un mínimo de razonabilidad, ... que comporta la máxima adquisición evolutiva del Derecho, la misma que permitió separarlo funcionalmente de la política, en el instante constitucional*. ( Douglas Price, 2012, p. 471).

De tal manera, los puntos de partida de cada decisión, en tanto contingentes, significa *que el programa decisonal puede ser variado en cada decisión*, puesto que el sistema de control constitucional (que contienen normalmente todos los sistemas jurídicos), les permite “ fluctuarlo” a partir del proceso de interpretación /argumentación, que funciona a la manera de un método de estabilización cibernético, lo que permite que el sistema entero trate las fluctuaciones del ambiente.

Desde esa perspectiva, concluye el autor,

el método de decisión es una “espiral”, en el sentido de que la determinación/clasificación de los hechos está inficionada por la selección de la premisa mayor decisoria ( desde donde se deriva la cadena condicional que aúna una condición fáctica con una solución jurídica), pero ésta, la premisa mayor, resulta a su vez re-determinada por su propia interpretación ( con posible implicancia de extensión/restricción del campo de aplicación y en esa interpretación influyen los “textos fundadores” ( en el sentido de Verón), aquellos que configuran la cultura prevaleciente y dan el marco cultural del operador, y, a su vez, se incorporan las creaciones que cada cultura opera sobre la misma ( lo que reclama a su vez computar la compleja noción de interculturalidad que supone la sociedad contemporánea).( Douglas Price, 2012, p. 471,472).

De todo ello se puede colegir que: la decisión judicial no es *una decisión*, sino un *conjunto de decisiones* que incluyen la adopción e interpretación de: i) *puntos de partida fácticos*, adoptados en base a criterios culturales, que no puede pretenderse que sean controlados por las ciencias experimentales; ii) un conjunto de *razones jurídicas* que sirven de premisas mayores de la decisión, coordinadas entre sí en base a un glosario de reglas, principios (*topoi*) construido por la Ciencia del Derecho ( Dogmática), conjunto éste que no es cerrado, y muchos menos conducen a una respuesta unívoca, puesto que su número puede ser siempre ampliado, y su función sistémica, permite soluciones opuestas de decisión; iii) un *régimen de argumentación*, que no siempre es el mismo, pero en el que se incorporan aspectos formales, materiales y pragmáticos.( Douglas Price, 2012, p. 472).

De esta forma, a la manera de Luhmann, el sistema del Derecho, se presenta a la vez como *cerrado operacionalmente* ( en tanto método de tratamiento de decisiones) y *abierto cognitivamente* (en tanto posibilidad de incorporación/exclusión de contenidos), con la consigna de mantener como principio decisorio, el de analogía.

A esta altura, y tal como el mismo Douglas Price nos dice, cabe destacar, que la perspectiva sistémica claramente fundada por el autor, acepta la tesis del *creacionismo judicial*, aunque – digámoslo así – con sentido limitado o restringido puesto que la decisión nunca es *ex nihilo*, en tanto es una nueva construcción de un sistema que ya existe, que construye al precio del principio de analogía, que siempre remite a alguna forma de argumentación racional, de forma tal, que cumple al mismo tiempo, la función de mantener las expectativas y tratar las desilusiones. (Douglas Price, 2012, p. 473).

Salvando posibles objeciones teóricas, el autor finalmente expresa que en el contexto analizado, los jueces toman decisiones que afectan el curso de experiencias vitales en forma irreversible, afectan el curso de expectativas, y en la toma de esas decisiones, se dejan guiar *por una red de sentidos que proviene del ambiente y que los orienta bajo pretensiones ideológicas y culturales también*

*continuamente cambiantes, donde formas argumentativas se imponen, creando sus propias restricciones. Ello es claramente histórico.* (Douglas Price, 2012, p. 473).

Entonces, no habría diferencia desde el punto de vista de la Psicología Empírica, en cómo se construyen las sentencias (como decisiones sobre el mundo) y otras decisiones (como conclusiones de acción) que toma la gente en otros contextos, sin perjuicio que no ha de olvidarse que los jueces “hacen de jueces” en un entorno social único, por lo que generan otras formas de razonamiento para hacer frente a sus tareas en este entorno único. De tal manera, finalmente, en este eje de consideraciones, en donde se ha colocado a la decisión judicial como acto de los jueces en perspectiva sistémica, solo restaría según el autor, llamar la atención para atender a una revisión de las formas de selección y formación de los Magistrados así como en torno a la estructuración de las instituciones judiciales. (Douglas Price, 2012, p. 474).

Finalmente, quizás las propias palabras del autor cuando señala una de las series de los enclaves temáticos principales de su tesis, sean a la vez, una conclusión legítima de lo que se ha insinuado líneas antes y una invitación a meditar.

Douglas Price, en un posterior, autorreferente y esclarecedor comentario de su obra, expresó:

Sostengo, sin embargo, que dos principios deberá sostener el sistema jurídico en sus operaciones, desde el punto de vista interno: el de congruencia (al interior de la decisión) y desde el punto de vista externo: el de la analogía (aunque sólo en relación a otras decisiones, que no quiere decir —ni podría decir— a todas las otras), para lo cual nos resultará sumamente útil ver el funcionamiento concreto de la regla del stare decisis en el common law. Convengo en que afirmar esto, aún con los matices apuntados, supone una restricción al discrecionalismo absoluto y que esta es precisamente la adquisición evolutiva del derecho: “su separación de la política a partir de la instauración del mismo procedimiento que lo caracteriza como sistema, la resolución del conflicto a partir de la analogía, marca una fuerte restricción a la discreción, que a su vez marca un punto de diferenciación con los restantes sistemas de control social, esto no se invalida por que los desarrollos en tal sentido del derecho griego y del romano se hayan prolongado en el derecho canónico, desde que éste no es sino la expresión de una moral secularizada y en este sentido transformada en derecho. Qué cual sea la posible evolución del sistema del derecho moderno en el siglo XXI, es cuestión indudablemente conectada a las respuestas que se den a estos problemas...El derecho constituye un sistema autopoietico de segundo grado, en cuanto sistema autopoietico de primer grado, gracias a la constitución autorreferencial de sus propios componentes sistémicos y la articulación de éstos en un hiperciclo... (Douglas Price, 2014, p. 116,117).

## **5 DISCURSO DECISIONAL JUDICIAL Y POLÍTICA. EL RIESGO DISRUPTIVO.**

El diálogo sostenido con la visión sistémica de Douglas Price, de la que se ha brindado por fuerza, una acotada perspectiva, estimula la introducción en un tema referido a la relación entre Decisión judicial y Política, que si bien se encuentra abordado en su tesis, no excluye que se propongan otras consideraciones, que en manera alguna refieren a un cuestionamiento a la

enjuiciosa contribución del autor, en donde tal tema presentado como lo ha hecho el mismo, anida en la coherencia epistemológica sostenida en todo momento en su obra.

Como es sabido y en parte se ha visto hasta ahora, en forma coherente con la concepción luhmanniana, en todo Sistema Social, existen entre otros, dos subsistemas o sistemas parciales específicos, cada uno con características autopoieticas propias, diferentes estructuras, funciones y contenidos teleológicos peculiares: el sistema o subsistema o sistema parcial del Derecho, y el Político.

Este último puede ser caracterizado de la siguiente manera:

es un sistema parcial de la sociedad diferenciada por funciones [véase diferenciación de la sociedad] Su función específica es aportar para la sociedad la capacidad de decidir de una manera colectivamente vinculante. La política está relacionada estrechamente con el proceso y con la utilización del poder [véase poder], que permite realizar la función de la misma política. Esto no significa que todas las comunicaciones políticas sean uso o amenaza de uso del poder (no lo son. por ejemplo, los debates parlamentarios, las discusiones entre los partidos políticos, etcétera), sino que un sistema político se forma, diferencia y alcanza autonomía sólo a partir de la identificabilidad de un poder capaz de motivar a aceptar decisiones vinculantes. El código del poder (superiores/inferiores) permite la reproducción de la comunicación política (Corsi, G y otros, 1996, p. 128,129)

Todo parece indicar que en el marco de la consideración sistémica adoptada por Douglas Price, los posibles enlaces entre ambos sistemas parciales, son poco viables o difusos.

Sin perjuicio, el tema en función de otras posibles perspectivas dentro del elenco teórico “crítico”, propone otras o quizás diferentes coordenadas de vinculación, entre decisión judicial y política, epicentros de ambos sistemas parciales en sentido de Luhmann.

Ha de partirse de que la idea de la “apoliticidad absoluta” de los jueces, puede vincularse a una muestra de la primera organización del Estado liberal.

Es decir, se consideró y proclamó – en general- por gran parte de la teoría jurídica, que la jurisdicción operaba y debía operar al margen de *lo político*, cuando en realidad todo parece indicar que puede ser lo contrario. En efecto, en todos los casos normalmente y aún más marcadamente, en casos *trascendentes*,- algo así como aquella terminología *dworkiana* de “*casos difíciles*” y su multimentada necesidad de una *única decisión válida* - esto es, aquellos casos que inciden socialmente y trascienden de alguna manera fuera del ámbito de los conflictos individuales e intersubjetivos de intereses, resulta que las decisiones judiciales tienen inherentemente una relevancia jurídico-política muy particular, obviamente, que en el sentido que se tratará de abordar con la mayor cautela y claridad posible en este apartado.

La afirmación precedente, dicha sin más, ataca frontalmente una larga tradición que transcurrió como meramente explicativa y formalmente descriptiva del acto judicial de decidir.

Por ende, debe considerarse cautelosamente este tema tan complejo.

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

En ese sentido afirma el autor, que las posibilidades son dos, a saber: *o se fundan en argumentos basados en principios políticos que apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales...* o se toman en... *función de argumentos fundados en políticas públicas que sostienen que una decisión dada, debe promover concepciones sobre bienestar general o interés público*, optando el autor, por la primera posición. (Dworkin, 2012, p. 27, 28).

Como veremos seguidamente, se tomará a continuación una respetuosa distancia de lo sostenido por el autor norteamericano, en tanto se participa en este trabajo de la opinión de que en el marco de la dificultad que existe en sostener y determinar correctamente el sentido y alcance de lo *político o mejor aún, de visualizar la forma de política que se hace expresa en los discursos judiciales, se sostiene que existe un campo, en que ésta se hace visible, y suele ser desarrollada en el marco de las argumentaciones fundantes de las decisiones judiciales que se producen en un Estado Democrático de Derecho, tamo como se verá seguidamente.*

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

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

Lo *político* puede ser entendido de diversas formas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero profundicemos un poco más.

La *política* en *sentido propio o estricto*, - a la que se ha aludido, - debe distinguirse de otra variedad de *política* que está conformada, es decir adquiere su forma, nutriéndose de estrategias específicas a través de conductas desplegadas por una fuerza política, generalmente en puja con otras y con un designio electoral, - por lo menos en un Estado Democrático de Derecho, - con claras miras de obtener el *poder* de gobierno y el control del Estado.

A ésta forma de *política* se le puede denominar, *política partidaria*.

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

se refieren a la *política partidaria*, en un campo discursivo y semánticamente muy complejo, mediante el cual en general, se busca captar adherentes o incluso descalificar en forma concreta a otras fuerzas políticas.

En este escenario, puede resultar propicio atender la idea luhmanniana de que el *poder*, entendido como un medio de *comunicación simbólicamente generalizado* (Luhmann, 2005: 19), es inherente a todos los aspectos del sistema político y que

El hecho de desarrollar formulaciones abstractas por medio de complejos de selección controlados simbólicamente, al mismo tiempo asegura que el poder no se considere como algo dependiente de la acción directa e interferencia por parte del poseedor de poder sobre la persona sujeta al poder. (Luhmann, 2005, p. 19)

Sin duda, y sin perjuicio del valioso concepto aportado, todo parece indicar que puede incrementar la conflictividad natural del sistema, si de alguna manera, los órganos decisorios judiciales, o Tribunales en sentido estricto<sup>5</sup>, trasvasan aunque sea solapadamente, sus *decisiones* desde la *política jurídica*, en la que está siempre presente *la política en sentido estricto a través de la implementación de políticas públicas*, a la *política como estrategia partidaria de un grupo o persona*.

Lo primero es lícito. Lo segundo es una disrupción e ingresa claramente en el umbral de la corruptela.<sup>6</sup>

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

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

Por su parte Michele Taruffo, ha expresado desde otra óptica, que en este contexto, la “política”, no ha de ser entendida como concepto abstracto o actividad, sino en forma concreta como “poder político”, cualquiera sea el modo institucional o extra- institucional en el que se

---

<sup>5</sup> Se hace la precisión, porque no debe olvidarse que para Ross, el concepto de Tribunal es entendido en sentido amplio designando a la totalidad de las autoridades que tienen a su cargo la prevención y castigo de los delitos, o incluso otras transgresiones, en el ámbito penal y civil. (Ross, 1997, p. 62, n. 6).

<sup>6</sup> Ser Juez, es una tarea noble y ardua. El Juez es también un investigador: busca descubrir la verdad en la vida y en la Ley. (Francisco Gamarra: “La vocación judicial”).

ejerza, y sostiene que las relaciones entre jueces y política, pueden analizarse desde diversos puntos de vista. (Taruffo, 2005).

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

el Juez ejerce un papel fundamentalmente político: lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de la riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de las relaciones políticas, individuales y colectivas...”. El Juez, asume así un papel político (en sentido amplio), por lo que según el autor, “...es natural que se verifiquen diferencias, y también fuertes conflictos entre las directrices de la Magistratura y las elecciones adoptadas por el Poder Político. ( Taruffo, 2005, p.14).

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

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

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

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

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

Sin perjuicio de las prestigiosas opiniones colacionadas, debe quedar ineludiblemente claro, que los jueces, por obligación y vocación, al momento de emitir su *decisión*, deben autocensurar su opinión *político partidaria*, de tal manera que ésta evite contaminar gravemente el acto decisorio que se dicte. La presente conclusión, parece demasiado evidente, y hasta pecar de trivial. Pero no, no es así.

Pese a que se argumenta generalmente desde el campo jurisdiccional que efectivamente esta auto restricción se cumple a rajatabla, no ha de ser seguramente tarea fácil, y menos cuando se va ascendiendo en las jerarquías orgánicas judiciales, en las que los jueces suelen tener contactos más fluidos con las estructuras políticas orgánicas, que ejercen el poder o aspiran a ejercerlo, en el sentido que se ha visto. De todos modos, sin duda que se puede. Depende de aspectos morales, pero también profesionales y formativos.

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

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

Dentro de este complejo escenario, el rol de los jueces y la manera en que el Derecho debe ser entendido, está cambiando. Y realmente, está cambiando mucho en nuestra compleja realidad Latinoamericana.

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

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

Si en el S XIX y gran parte del S XX el poder judicial se caracterizó por la tutela casi en exclusiva del derecho de propiedad, el último cuarto de ese siglo y lo que va del presente Siglo XXI, existen indicadores precisos de esta tendencia del avance de los jueces hacia el espacio de la política, a saber: a) aumentan los casos en que la política no puede decidir ( derechos de libertad negativa que implican una obligación de no hacer por parte del Estado o su contracara, derechos que marcan obligaciones de hacer por parte de éste, en donde se indica al Estado que es lo que debe hacer), b) se legitima el aumento de la capacidad de fiscalización del poder Judicial sobre los funcionarios públicos; c) aumenta la capacidad de revisión del Poder Judicial, respecto de normas sancionadas por el Poder Político, a través del control de constitucionalidad y d) aumenta la capacidad para resolver conflictos políticos, constituyéndose instancias en que se recurre a la intervención judicial para la resolución de conflictos entre Poderes del Estado.- El Poder Judicial, controla y revisa las acciones del Poder Político, de manera que se constituye en un actor clave del juego político. (Ansolabehere, 2005, ibid.)

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

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

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

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

A ello debemos agregar un fenómeno que se ha redimensionado profundamente en muchos de los países de la región, y es el análisis y juzgamiento de posibles actos de corrupción – a veces reales a veces no tanto - de distintos funcionarios, que generalmente se hace más intensa, cuando éstos ocupan cargos de relevancia o cuentan con alta proyección política en las distintas fuerzas que operan en ese subsistema y la praxis que le es inherente.

No es este un tema menor. Basta echar una mirada hoy a la Región, aún de soslayo, y bastará para corroborar lo que viene de exponerse

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

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

Se instala así el tema políticamente desde el punto de vista casi radicalmente partidario, en un eje binario que funciona sobre los parámetros subjetivos de *corrupto-no corrupto*, eje binario en el que juegan tanto las certezas como todo lo contrario. La intervención judicial con pretensiones reparatorias, cuando ocurre, es obviamente - pues en esta situación no puede ser de otra manera - *ex post facto*.

## 6 JUECES, IDEOLOGÍA Y DECISIÓN.

En la forzosa y acotada exposición que se ha hecho de las tesis principales de Douglas Price, se expuso que en su opinión, los Jueces, cuando “hacen de Jueces”, se dejan guiar *por una red de sentidos que proviene del ambiente y que los orienta bajo pretensiones ideológicas y culturales también continuamente cambiantes, donde formas argumentativas se imponen, creando sus propias restricciones. Ello es claramente histórico.* (Douglas Price, 2012, p. 473).

Se percibe a través de la afirmación de nuestro autor y de lo ya insinuado en este trabajo en el apartado precedente, ámbito en donde es notorio que se cruzan perspectivas teóricas de distinto cuño, que se plantea una cuestión particularmente importante: un Juez *nunca puede*, aunque lo intente, ocultar su *ideología*.

Pero, sin perjuicio de ello, deben precisarse algunas cuestiones.

En el sentido que se trata en el presente texto, en perspectiva “crítica”, cuando se alude a una *ideología*, ésta puede ser considerada como *un conjunto de creencias y conceptos que refieren a una*

*acumulación de información y experiencia sobre la realidad, y que además, esas creencias y conceptos son factuales y normativos, esto es, implican también comportamientos de los individuos y los grupos.* En principio es una explicación de la realidad social, más o menos simplificada en base a creencias, que tiene un valor subjetivo y en donde suele haber también, elementos irracionales. En general pretende ser secular, aunque hay algunas que pueden tener elementos religiosos. Todos los seres humanos, en mayor o menor grado, y según su circunstancia de vida, responden de alguna manera a ella.

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

En este escenario se piensa que el Derecho, no es neutral, en varios sentidos.

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

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

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

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

De todos modos, se requiere un acto de profundo reconocimiento de quienes ejercen el poder decisorial jurisdiccional, que no es otra cosa que parte del poder político del Estado en el acotado y “crítico” que ha sido considerado en este trabajo.

Y ese sinceramiento pasa - entre otras cosas- por asumir y admitir desde el comienzo, que ese acto notoriamente tan importante para la suerte del Estado democrático, no es el mero resultado de un trabajo de ingeniería desde el material dado por un entramado normativo aplicado al caso. Es mucho más que eso.

Es este también – sin duda - un campo en que la Dogmática entendida de la forma más propia y benévola que se pueda, como conjunto de principios, fundamentos, incluso exposición de metodologías que son regularmente expuestas doctrinariamente en el ámbito del Derecho, aunque pueda llegar a entenderse que no sea una ciencia, debe jugar un rol esencial.

## **7 CONCLUSIONES.**

En forma provisional, y en contexto conclusivo de acuerdo a lo expuesto, puede llegar a afirmarse que en Latinoamérica, sobre todo en nuestra Región en el marco de la actual complejidad societaria, la reflexión en torno a la *decisión judicial* como acto arquetípico de los Jueces, requiere una atención especial. Por ende, es de suma importancia que tanto la Filosofía, la Teoría General del Derecho, y la Sociología Jurídica, se encuentren atentas al mismo. Por supuesto, que el tema repercute también en el campo de la Dogmática Jurídica, por lo que ésta debe capitalizar los aportes de aquellas disciplinas.

En tal contexto reflexivo, puede sostenerse;

1) que la actividad de los jueces, en su faz decisorial, puede ser estudiada desde distintos núcleos teóricos desde la Filosofía y Sociología jurídicas, no por ello exclusivos ni excluyentes, y por lo demás, sus respectivos insumos deberían ser tenidos en cuenta recíprocamente, desde el marco de sus diferentes perspectivas de abordaje;

2) que el singular tratamiento sistémico del tema, en perspectiva luhmanianna, propuesto por Douglas Price, desborda por su solidez y coherencia, y revela aspectos de especial relevancia que resultan particularmente capitalizables desde el punto de vista teórico, en relación a la fisiología misma del constructo decisorial, que se cohesionan orgánicamente en función de dos principios capitales; el de congruencia (al interior de la decisión) y desde el punto de vista externo: el de la analogía (aunque sólo en relación a otras decisiones), sin perderse de vista que finalmente, la decisión judicial, es en sí misma, un conjunto de otras decisiones, resultado de una

metodología que opera en “espiral”, dentro de un sistema parcial como es el del Derecho, claramente autopoiético.

3) que el diálogo que se ha intentado establecer entre la perspectiva sistémica y el abordaje “crítico”, en el sentido señalado en este texto, se complementan adecuadamente, proporcionado marcos de reflexión destacables para ambos tipos de referencias teóricas;

4) que éste contexto de reciprocidad y complementariedad, se revela aún en aspectos claramente discutibles como el de la relación entre “decisión judicial y política”;

5) que el acto fundamental de la actividad judicial, *la decisión judicial*, se muestra también para ambas perspectivas, como inherentemente *ideologizado* y además, en el contexto “crítico”, como *político* en el sentido que se señala en el presente texto, en donde existe siempre un *riesgo disruptivo* que debe prevenirse, lo que desplaza claramente una visión reduccionista generalmente emitida y sostenida a través del discurso decisorio judicial, en el sentido de que solo se responde en su generación, a las directivas de un *entramado legislativo*;

6) que puede verse que en los países latinoamericanos de la Región muchas veces, con mayor o menor suerte, el Poder Judicial comenzó a controlar y revisar las acciones del sistema político, de manera tal, que se ha constituido en un actor clave del juego político y en sentido inverso, el Poder Político ha puesto su mirada atenta en el Poder Judicial fundamentalmente reflejada en sentido positivo o negativo, a través de las claves del dominio presupuestario. La decisión judicial, como centro discursivo final y procesal de la actividad jurídica, es entonces para un sector de la “crítica”, una forma de ejercicio del poder político del Estado por parte de los Jueces, en su calidad de sujetos políticos no tradicionales. Esta situación estratégica, ha propiciado que la relación entre la Judicatura y el Poder Político, transite según los casos, por momentos de sano relacionamiento o de intensa conflictividad;

7) que todo lo expuesto se potencia claramente a partir de la sensación de clara inestabilidad política y jurídica, imperantes en la complejidad Latinoamericana, y más aun teniendo en cuenta que todos los vaticinios y planes que puedan hacerse para frenar este proceso, caen por ahora en lugares huecos;

8) que, finalmente, la prevención del *riesgo disruptivo* resulta imprescindible, con la implementación de políticas públicas que atienden definitivamente el tema, tanto desde el interior mismo del sistema parcial del Derecho, como desde fuera. Si tal prevención fallara, con ella fallaría la confianza en la institucionalidad judicial, se daría paso a la pérdida de confianza en el razonamiento judicial, se perdería también la confianza en la Magistratura, la confianza en la legislación y por ende terminaría sucumbiendo el Estado Democrático de Derecho, en cualquiera

de sus formas. Prevenir estas patologías, sería claramente saludable para un balance sustancial positivo y un crecimiento correcto, de las democracias Latinoamericanas.

Julio de 2019.

## 8 BIBLIOGRAFIA

Acosta: Yamandú: Sujeto y democratización en el contexto de la globalización. Perspectivas críticas desde América Latina. Editorial Nordan-Comunidad, Montevideo, 2005.

Ansolabehere, Karina : “Jueces, Política y Derecho”. Particularidades y alcances de la politización de la justicia”. Isonomía, No. 22, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, abril de 2005, pp. 39-64, 2005

Añón, Ma. José : “Jueces y control de calidad de los sistemas políticos”, en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 30, pp.53-59, 2007.

Bauman, Zigmunt: “Modernidad líquida”, FCE, Argentina, (3ª- Ed), 2004.

Beck, Ulrich: “¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”. Paidós, Barcelona, 1998.-

Cárcova, Carlos Ma.: “Las Teorías Post Positivistas”, Buenos Aires, Lexis- Nexis, 2007.

Douglas Price, Jorge E.. “La Decisión Judicial”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores,( la. Ed.), 2012.

Douglas Price, Jorge E.: “La introducción de la Teoría de los sistemas de Niklas Luhmann en la filosofía jurídica y social argentina, en “ Problema”. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, No. 8, UNAM, enero-diciembre de 2014, pp. 95. 124, recuperado de versión electrónica, ISSN, 2448-7937 el 20/7/19, 2014.

Dworkin, Ronald: “Una cuestión de principios”, Grupo Editorial S XXI, la. Ed., Buenos Aires, 2012.

Eco, Umberto: “De la estupidez a la locura. Crónicas para el futuro que nos espera”. Barcelona, Lumen, 2016.

Corsi, Giancarlo; Espósito, Elena; Baraldi, Claudio: “Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann”, la Edición en español de “Universidad Iberoamericana”, en coedición con Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara México, Antrophos, 1996.

Fernández Oliva, Marianela : “Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del Common Law.”, en Investigación y Docencia, No. 48, Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, 2014.

García Rubio, nMaría Paz: “ Sociedad líquida y codificación”, en Anuario de Derecho Civil, V.69, No. 3, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, España, 2016.

Garzón Valdéz, Ernesto: “ El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía*, No. 18, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, pp. 27-46. 2003.

Luhmann, Niklas: “ Poder”, Universidad Iberoamericana, “Antrophos”, primera reimpresión, 2005.

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

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

Meliante Garcé, Luis: “Derecho y Política”: una relación conflictiva”, Revista Crítica de Derecho Privado No.6, La Ley Uruguay, Montevideo, pp.68-95, 2009

Meliante Garcé, Luis : “La crítica jurídica latinoamericana en sentido estricto. De la indivisibilidad a su consideración en la doctrina nacional”., en Revista de la Facultad de Derecho No. 36. Universidad de la República, Facultad de Derecho,FCU,pp. 153-184, 2014.

Meliante Garcé, Luis : “Derecho, comunidades interpretativas y movimientos sociales: una fisura en la ortodoxia.”, en Revista Anales, año 14, No. 47. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, ISSN 0075-7411, pp. 833-863, 2017.

Meliante Garcé, Luis: “Latinoamérica en la Región: sociedad “líquida”, decisión judicial y política: un conflicto agudo apenas disimulado. En Revista “Anales”, Año 15, No. 48, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad la Plata, República Argentina, ISSN\_ 0075-7411, pp. 1075-1105, 2018.

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

Ross, Alf; “Sobre el Derecho y la Justicia”, Eudeba, Bs. As., 1997

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