ACTIVISMO JUDICIAL E IMPOTENCIA DE LA POLÍTICA

ATIVISMO JUDICIAL E IMPOTÊNCIA DA POLÍTICA

Jorge Eduardo Douglas Price¹
Universidad Nacional del Comahue

Resumen:

El artículo propone reflexionar sobre las implicancias de los conceptos “impotencia de la política” y “activismo judicial” desde una perspectiva sistémico-crítica. Sostiene que dichos conceptos son parte de la tensión inescindible entre los sistemas del derecho y de la política, que no pueden procesar las comunicaciones del “otro” sistema, sino en términos de sus propias operaciones. Que la Constitución es la comunicación fundante, a partir de la cual se diferencian los dos sistemas y, en el sistema de derecho, el dispositivo de procesamiento de la diferencia, por antonomasia, es el sistema de control de constitucionalidad. Se afirma que, en el uso de este dispositivo, en cualesquiera de los sistemas desarrollados, las decisiones “controlantes” serán tachadas de activismo por quienes pretenden “otras decisiones”, que las consecuencias en el sistema de la política, no hacen más que revelar el carácter paradójico del funcionamiento del sistema del derecho y de las decisiones judiciales, esto es que la función evolutiva del derecho que es construida por la jurisprudencia; opera través del control de constitucionalidad/convencionalidad, “manteniendo la diferencia”, actuando como un dispositivo homeostático.

Palabras clave:

Activismo judicial. Impotencia de la política. Control de constitucionalidad

Resumo:

O artigo se propõe a refletir sobre as implicações dos conceitos "impotência da política" e "ativismo judicial" a partir de uma perspectiva sistêmico-crítica. Argumenta que esses conceitos fazem parte da tensão inseparável entre os sistemas de direito e política, que não podem processar as comunicações do "outro" sistema, exceto em termos de suas próprias operações. Que a Constituição é a comunicação fundacional, da qual se diferenciam os dois sistemas e, no sistema jurídico, o dispositivo de processamento da diferença, por excelência, é o sistema de controle da constitucionalidade. Afirma-se que, no uso desse dispositivo, em qualquer dos sistemas desenvolvidos, as decisões "controladoras" serão rotuladas de ativismo por aqueles que buscam "outras decisões", que as consequências no sistema da política, nada mais fazem do que revelar o caráter paradoxal do funcionamento do sistema de direito e das decisões judiciais, ou seja, a função evolutiva do direito que é construído pela jurisprudência; a que opera por meio do controle da constitucionalidade/convencionalidade, "mantendo a diferença", atuando como um dispositivo homeostático.

Palavras-chave:

Ativismo judicial. Impotência da política. Controle de constitucionalidade

Introducción

Como resulta fácil observar, no son dos temas sino uno.

Estamos hablando del punto de fricción, del punto de irritación recíproca de dos de los sistemas de la sociedad moderna caracterizada por su división en funciones: el del derecho y el de la política.

Partimos de aceptar que la distinción sistema-entorno constituye el punto de partida de la teoría de sistemas, según ella: *«un sistema no puede darse independientemente de su entorno, en cuanto que se constituye precisamente al trazar, mediante sus operaciones, un límite que lo*

¹ Profesor Titular Teoría General del Derecho en Universidad Nacional del Comahue (Argentina).

distingue de lo que, como ambiente, no le pertenece» (Corsi, Esposito, & Baraldi, 1996, pág. 148)

Esto nos obliga entonces a distinguir cuáles son las operaciones que se llevan a cabo en uno y otro sistema, que, vale recordar, son el uno “entorno” del otro, y, a partir de esa distinción, analizar qué significa decir que la política es “impotente”, o que la administración de justicia es “activista”.

También debemos recordar que otro punto de partida radical de la teoría luhmanniana, es aquel del rechazo, o antes bien el despeje, de los obstáculos epistemológicos que constituían el pensar clásico acerca de la sociedad, básicamente: 1) que la sociedad está constituida por los seres humanos físicos, dividida en regiones territoriales del mundo conforme sus agrupaciones históricas, y 2) que puede ser observada desde fuera.

La sociedad es, diversamente², las comunicaciones que los aparatos psíquicos producen, y debemos recordar que las comunicaciones mueren apenas producidas y si la sociedad subsiste es porque a una comunicación le sucede otra, lo que implica - en un salto muy extenso - que la sociedad persiste por la continua retomada de comunicaciones pasadas, a través de nuevas comunicaciones, en cada una de las cuales se reproduce el proceso de construcción de sentido en base a la cual opera toda comunicación (lo que nos lleva al campo de la semiosis; al reconocimiento del fenómeno de la “deriva” perpetua y al debate sobre la existencia/inexistencia de sus límites)³.

La diferenciación de los sistemas y sus funciones

Si se puede aceptar esto, debemos aceptar también la altísima inestabilidad de los sistemas sociales, su ínsita contingencia, lo que nos pone ante la paradoja de que aquello que permite que la sociedad se autorreproduzca, sea al mismo tiempo lo que podría destruirla.

Se puede entonces advertir sin mayor dificultad porque se puede hablar de *democracias a soberanía viral*: la soberanía, una invención semántica del siglo XVII, se ha asociado al estado, como la “otra parte de la distinción”, en la que éste funda su poder de

² Lo que no significa “*por el contrario*”, pero este matiz – pese a su importancia – no puede ser desarrollado aquí.

³ Hago alusión al debate sobre la tesis de Charles Sanders Peirce de la “semiosis ilimitada o infinita” y la interpretación dada por Umberto Eco, al señalar que: “suponiendo que el interpretante sea el conjunto de las denotaciones de un signo, que las connotaciones sean el interpretante de las denotaciones subyacentes, y que una nueva connotación sea el interpretante de la primera, el concepto de Peirce no queda todavía agotado» (Eco 1977: 136). Puesto que el interpretante es cualquier signo que traduce un primer signo en circunstancias adecuadas, implica «un desarrollo del signo, un incremento cognoscitivo estimulado por el signo inicial [...]. La teoría de los interpretantes, por consiguiente, cumple la función que le asignaba Peirce, de hacer de la vida de los signos — 190→ el tejido del conocimiento como progreso infinito» (Eco 1976: 173).

vincular mediante decisiones, ocultando la violencia fundante. El “soberano” fue y sigue siendo el pretexto para el uso legítimo del poder, más allá de las disputas sobre “quién” ocupa ese lugar.

En tanto, en la modernidad, al interior de la “forma” estado, se diferenciaron dos sistemas que se retroalimentan: el de la política y el del derecho; por lo que, si aceptamos que los sistemas sociales son, como fuera afirmado por Luhmann, operativamente cerrados y cognitivamente abiertos, también podremos observar por qué se habla de impotencia de la política y activismo judicial. Son las dos partes de una distinción, que, como enseña Raffaele De Giorgi, no permite observar desde “dónde” es formulada.

Ahora, si aceptamos también, congruentemente, que la función del sistema del derecho, es la de estabilizar las expectativas normativas, a partir de formular comunicaciones vinculantes desde la distinción *legal/ilegal* y que la del sistema de la política es la de orientar la comunicación que hace probable la obediencia de órdenes, a partir de la distinción *tener poder/no tener poder*, podemos observar, al mismo tiempo, que «*esto no significa que todas las comunicaciones políticas sean uso o amenaza de uso de 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* (Corsi, Esposito, & Baraldi, 1996, pág. 128)».

Luego podremos observar la interrelación entre ambos sistemas, la que no por casualidad, ni por exceso de imaginación, fue representada en modo distinto en los facsímiles de la primera edición del Leviatán de Hobbes, en Inglaterra y en Francia, asociando en la primera el cetro con la espada y en la segunda con la balanza de la justicia.

En el título de artículo está presupuesta la idea de que un sistema viene sustituido o absorbido por el otro, o, al menos, que amenaza hacerlo.

Aquí se hace necesario aclarar que, desde la perspectiva de los sistemas, cada sistema es “entorno” de los otros, y procesa las comunicaciones, mensajes, que ellos producen como “irritaciones” que son tratadas al interior de ellos mismos, conforme sus propias estructuras y operaciones, lo que permite entender por qué Luhmann afirma que son “operativamente cerrados y cognitivamente abiertos”.

Ello significa sólo que están “interrelacionados” e interrelación no significa colonización, o asunción de las funciones de un sistema por parte de otro, si esto ocurriera, el sistema “colonizado” dejaría de existir. La colonización, en esos términos, equivale a la

“muerte” biológica; simbiótico no quiere decir necesariamente parasitario, por continuar con las metáforas biológicas.

Ese no es el problema, sino aquel que se puede plantear con la pregunta: ¿podría la sociedad contemporánea subsistir, si uno de estos sistemas, permítaseme el neologismo, se “desdiferenciara”, es decir, dejara de mantener el límite con su entorno?

La pregunta es capciosa, esta sociedad, diferenciada por funciones que generan y reproducen los sistemas sociales, generados autopoieticamente, no puede sino reelaborar las diferencias una y otra vez, tentando mantener los límites “entre” sistemas, aumentando la complejidad recíproca, lo que implica que tenderán a conservar, su autonomía, sin que ello implique garantías de autoconservación; el riesgo de implosión (revolución) de cada sistema individual y del entero sistema está siempre latente.

Ahora bien, límite no significa aislamiento, sino solo diferencia; allí en el borde, en la frontera donde se producen los mensajes recíprocos que los sistemas procesan como “autoirritaciones”, aparece ese fenómeno que nos lleva a hablar de impotencia de la política y activismo judicial, expresiones a las que se llega, en mi parecer, solo por falta de comprensión del funcionamiento de aquellos, sin perjuicio de que ese “desconocimiento” opere como parte del mismo problema que dice atender.

En mi parecer, el fenómeno que se expande no es el de la judicialización de la política, como se acostumbraba, decir en la década del 90 del siglo pasado, tampoco el de la politización de la justicia, que era el cliché inverso al que se recurría, sino que es el de la expansión creciente de las áreas de conflicto que son tratadas, procesadas (en sentido sistémico) por los tribunales del sistema judicial o sus aparatos complementarios (como el de los medios alternativos de *reconducción de conflictos*⁴).

El conflicto, consubstancial a la existencia misma de la sociedad, que en otras épocas se tramitaba por prácticas comunicativas diferentes a las actuales, como puede verse en el Kanun de las montañas de Albania o en las prácticas de la comunidad Ayllu en la Guajira (donde hoy se asientan los estados nación de Colombia y Venezuela), la sociedad contemporánea lo tramita por ante los tribunales de justicia, una invención de la modernidad que ofrece mayores expectativas de estabilidad normativa (por razones psico sociales que no podríamos tratar aquí pero que se vinculan, precisamente, con la estructuración de la sociedad a partir de la división de funciones), aún si esas expectativas resultan con mucha asiduidad

⁴ Término que uso como sustituto del de “resolución de conflictos” que juzgo equivocado desde el punto de vista sociológico y sistémico.

defraudadas. De ello se ocupa el derecho precisamente, como cuando manda indemnizar un desastre ambiental.

Activismo judicial e impotencia de la política

Entonces podrá verse porqué se habla de activismo judicial e impotencia de la política. Para ello me veo precisado de hacer brevísimas distinciones para entender que entiendo por uno y otro concepto.

Se considera *activismo judicial* al ejercicio del poder de revisión judicial sobre áreas consideradas como reservadas exclusivamente al sistema de la política.

Como se sabe el deslinde, entre uno y otro sistema, fue propuesto en la célebre decisión del juez Marshall en *Marbury vs Madison*⁵, esto es: existe un área donde el poder judicial puede controlar que el sistema de la política no contradiga la Constitución (y es ese “control” el que frecuentemente viene designado como “activismo”), y otra área reservada, una especie de coto de caza, donde ese control no es verificable: son las cuestiones políticas no justiciables (como bien dice Paula Viturro (Viturro, 1998), Marshall no inventó un dispositivo, sino dos).

Se trata de los dos lados de la distinción.

Como también ha explicado con su notoria lucidez Celso Campilongo, la Constitución es la comunicación a partir de la cual, se diferencian sendos sistemas y, en el del derecho, el dispositivo de procesamiento de la diferencia es el sistema de control de constitucionalidad, que, como es bien sabido, desde los estudios de Kelsen, no tiene la misma extensión en los diversos sistemas nacionales (e internacionales), pues los diseños institucionales marcan señaladas diferencias entre sí:

“Es claro, la Constitución promueve una especie de acoplamiento estructural entre los dos sistemas, entre el sistema político y el sistema jurídico. Ahora, la política es capaz de mirar a la Constitución con los ojos del sistema político, como quien tiene la capacidad, por ejemplo,

⁵ Se ha afirmado repetidamente que el precedente de esta *ratio decidendi* se encuentra en el dictum del Juez Coke, en el célebre “*Bonham’s case*” y que Estados Unidos, instituyó este principio en la Constitución de Filadelfia de 1787, en las siguientes partes de su texto: “El poder judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución...” (Art. III, secc.)2) y “esta Constitución... será suprema ley del país... y los jueces de cada Estado estarán obligados a obedecerla...” (Artículo VI, sección 2). El primer principio es conocido como Judicial Review. Este sistema atribuye a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes, en el campo privado y público mediante los procedimientos jurídicos ordinarios. Lo cierto es que, si bien se discute si tal fue el sentido de la decisión de Coke, lo cierto es que así fue receptada en la teoría norteamericana durante mucho tiempo, y es, según nuestro parecer, lo que cuenta, pues de comunicaciones se trata. Y lo que nadie disputa es que se trata de un fallo con repercusiones políticas, era conocida la animadversión de Coke por los intentos absolutistas de Jacobo I, y que aún si se admitiera que el argumento que se considera el anticipo del *judicial review* fuese sólo un *obiter dictum*, lo cierto es que está planteando “ese punto de contacto” del que habla Campilongo.

de detentar el poder constituyente originario, tiene la capacidad de cambiar la Constitución, tiene la capacidad de tomar las decisiones que vinculan a la colectividad. Ahora, el sistema jurídico, y particularmente los Tribunales, también miran a la Constitución, más son capaces de mirar a la Constitución, o por lo menos deberían ser capaces de mirar a la Constitución, con los ojos del sistema jurídico, como quien tiene la obligación de efectivizar los derechos garantizados constitucionalmente. Si, eventualmente, los Tribunales dejan de lado la lógica del derecho, la potencialidad que posee el Derecho e pasan a interpretar, a condicionar, a ensanchar o a restringir la Constitución a partir de criterios de naturaleza política, y no jurídica, orientados por el sentido mayoría/minoría, gobierno/oposición, los riesgos de que los Derechos Fundamentales se perviertan y se corrompan son extremadamente elevados. (Campilongo, 2000, pág. 108)”

Sin poder extendernos aquí, baste recordar las diferencias entre el sistema de control a posteriori y difuso, adoptado en la tradición norteamericana, argentina y brasileña, entre otras; y el sistema a priori y centralizado, tal como propuso Kelsen originariamente y que ha sido adoptado por algunos países europeos tales como España y Austria). Como se sabe, se aduce que la diferencia entre el control efectuado por uno y otro consiste en que, mientras que el primero solo se aplica al caso en el que el acto judicial es dictado, el segundo, al proceder a la anulación de una norma general, realiza un acto de naturaleza legislativa.

Sostengo que, si bien existe una diferencia, esta se diluye rápidamente a la luz de los efectos prácticos de ambos sistemas (más aún en los modelos híbridos⁶).

En efecto, las circunstancias que llevaron al diseño de ambos se basan en el otro lado del par que nos ocupa, el de la “impotencia de la política”, pero ¿es que puede ser “impotente” la política? ¿no constituye esa expresión una contradicción en los términos? ¿no se trata de una visión simplificada de la política y su relación con el poder?

Si abandonamos la idea en cierto modo mecanicista, algo newtoniana y hobbesiana de un poder “ubicado en un lugar” y adoptamos una más *cuántica*, en algún modo *foucaultiana* y *luhmanniana*, podríamos pensar que cuando se acusa *impotencia de la política* se habla de la relativa incapacidad de este sistema para crear vínculos con el futuro a partir de las comunicaciones de los llamados “poderes políticos” de los actuales modelos de estados nación; que “impotencia de la política” es un diagnóstico equivocado o una mala designación semiótica, para aludir al proceso de franca decadencia de los estados nación al interior de sistema político global, que los excede cada vez más claramente, obligándolos a una transformación análoga a

⁶ Bien que podríamos afirmar que existen hoy modelos “híbridos” o “mixtos” de origen, y modelos que aproximan a esa hibridez en su propia evolución.

la que provocó la iglesia de la reforma gregoriana en relación a los poderes feudales, que dio origen, mutatis mutandis, a estos mismos estados.

Entonces podríamos ver que “*activismo judicial*” aparece como un recurso retórico universalizado en las democracias actuales (al menos en las occidentales y capitalistas). Como bien ha señalado Kermit Roosevelt la frase, que se usa de modo frecuente y típico, está esencialmente vacía de contenido; es simplemente una invectiva para dar cuenta de la desaprobación de una decisión; se supone que indica que un juez ha decidido un caso basado en preferencias políticas personales en lugar de la ley.

En primer lugar, sostiene, aun cuando se deciden casos de este modo, no lo es con la frecuencia que se acusa; y, en segundo lugar, lo que es más importante, la mayoría de los casos constitucionales difíciles y controvertidos no tienen respuestas correctas claras (no existe una respuesta “correcta”, como sostenía Ronald Dworkin). La acusación de activismo, se basa frecuentemente, en la idea de que hay una respuesta clara que los jueces están ignorando (y por lo tanto que deben estar motivados por algo más que un deseo de buena fe para aplicar la Constitución). Pero, este llamado “significado simple”, resulta ser indeterminado en muchos casos, por ejemplo, afirma, la Cláusula de Igualdad de Protección no nos dice qué tipos de discriminación están prohibidos y cuáles están permitidos (Roosevelt & Garnett, *Judicial Activism and Its Critics*, 2006).

Roosevelt coloca la cuestión en su lugar y esto nos permitiría preguntar: ¿Qué quiere decir que debe primar la constitución sobre la ley, o, más contemporáneamente, que los Derechos Humanos que integran el *ius cogens* del Derecho Internacional, pueden importar un límite a las decisiones de los poderes políticos de los estados nación? ¿Es, esta, una «impotencia de la política»?

Aquí tenemos una paradoja que nos permite repensar el dilema: de una parte decimos impotencia de la política, y pensamos en la “debilidad” de los estados nación, aún de aquellos que aparecen como jugadores preponderantes del tablero político internacional, de frente a las corporaciones transnacionalizadas, que es como decir “deslocalizadas”; de la otra decimos activismo judicial, y pensamos en la ultraactividad de tribunales que ordenan a los otros poderes del sistema hacer o no hacer algo, esto es: llevar o no llevar a cabo determinadas acciones⁷. Sin embargo, en el primer caso la decisión de “localizar” a las transnacionales y sujetarlas a un código de poder nuevo, es una opción solo excluida por la *ceguera funcional* de los sistemas

⁷ Como ejemplo paradigmático podríamos citar el de la “Declaración de estado de cosas inconstitucional”, acuñada por la Corte Constitucional de Colombia, que, pese su rol de tribunal “constitucional”, integra explícitamente, según el texto de la misma Constitución de 1991, el poder judicial. Dicha declaración supone

políticos que siguen operando según el modelo surgido de la Paz de Westfalia en 1648⁸, mientras que, en el segundo, en muchísimos casos se verifica que la delegación de la decisión, por omisión, en los tribunales es una decisión del propio sistema de la política, que utiliza como herramienta de legitimación de sus decisiones al sistema del derecho.

El control de constitucionalidad y la violencia fundante

Allí aparece, o, más bien, reaparece el *judicial review*: como en el Bonham's case, podríamos preguntar, ¿es que acaso no podía Jacobo I deshacerse de Coke y suspenderlo como de hecho lo había ya hecho en otro caso? ¿Por qué, el supuesto “soberano”, deja en manos de un “subordinado” - no otra cosa era un juez inglés en 1608 - la decisión de determinar si delegar la represión de la actividad médica «ilegal» en un «Colegio» constituye una violación de las reglas del “common law”? y, aún más, ¿por qué también le delega determinar qué cosa sea el mismo “common law”? La respuesta desde el punto de vista sistémico está en observar que el razonamiento de Coke, es muy análogo al de Marshall, y al de Kelsen, tanto como el de Jacobo I, es análogo al de Federico I: a medida que el estado moderno se complejiza el “soberano” no puede acumular sobre sí todas las decisiones so riesgo de que implosione su propia soberanía, el poder no puede asentarse sólo sobre la obediencia o sobre el poder devenido de la posibilidad del ejercicio de la fuerza bruta (es un lugar común recordar que se le atribuye a Talleyrand haberle dicho a Napoleón que las bayonetas sirven para muchas cosas, menos para sentarse sobre ellas).

Tanto en las circunstancias que llevaron a la revolución en Norteamérica, donde imperaba una gran desconfianza en el parlamento, como en las del sistema inglés construido con una cierta desconfianza en los jueces, cuanto en las condiciones de Austria en 1930 (donde Kelsen imaginara el tribunal constitucional originariamente como un árbitro entre el Estado y los Lander, rol que – dicho sea de paso – también le fue atribuido a la Corte norteamericana y a la argentina), se puede ver que estos órganos, tienen un rol de homeostasis que es el propio de todo sistema jurídico, en relación a los otros subsistemas sociales.

En suma, lo que se denomina “impotencia de la política” no expresa más que la idea de la necesidad de obtener “legitimidad por otras vías”, lo que a partir de Luhmann se podría

⁸ En alusión, claro está, a los tratados de paz de Osnabrück y Münster, firmados el 24 de octubre de 1648, este último en la Sala de la Paz del Ayuntamiento de Münster, en la región histórica de Westfalia, con los cuales finalizó la guerra de los Treinta Años en Alemania y la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos; que dio origen al primer congreso internacional basado en el reconocimiento de la existencia de estados nacionales que reemplazarían el régimen feudal, basándose en el principio de soberanía e integridad territorial.

explicar así: “...la vida social cotidiana está determinada en un grado mucho mayor por el poder normalizado, es decir el poder legal, que por el ejercicio brutal y egoísta del poder...la brutalidad y el egoísmo son fenómenos compatibles con muchas condiciones sociales, en tanto que no debiliten el dominio del poder institucionalizado. (Luhmann, 1995)”;

Pero cuando los supuestos detentadores del poder se ven cada vez más, una y otra vez, necesitados de apelar a la brutalidad para sofocar alternativas de decisión que no están dispuestos a admitir porque ponen en riesgo al propio código sobre el que se basa su posición en la comunicación, se lee como “impotencia”. Pero hablar de impotencia de la política puede ser, precisamente, un argumento para reclamar el uso de la violencia⁹, tal como cuando se criminaliza la protesta social, paradójicamente a través del derecho, lo que lleva directamente al tema de las relaciones entre violencia, política y derecho:

La creación del derecho es una creación de poder, y de tal modo consiste en un acto de presa expresión de violencia. La justicia es el principio de cualquier finalidad divina y es el poder un principio de cualquier derecho mítico. Este último principio posee un campo de aplicación de consecuencias muy graves en el derecho público. Este es un medio del que el establecimiento de los límites – tal como son consagrados a través de “la paz” en la suma de los episodios bélicos en los tiempos míticos – configura el arquetipo de aquella violencia que alumbró el derecho. En ésta se percibe nítidamente que el poder es aquello que se debe garantizar mediante la violencia que funda el derecho, en mayor proporción que el beneficio más grande de la posesión. Allí donde se establece límites, el antagonista no es meramente aniquilado por su oponente. Aunque el que sale victorioso posee la mayor autoridad, al derrotado le son reconocidos determinados derechos, o sea, de un modo diabólicamente difuso. “Derechos Iguales”; es esta la misma frontera que no debe ser superada por los que celebran el pacto y en esta peculiaridad es que surge, del modo más aterrador y primigenio, la misma ambigüedad mítica de aquellas leyes que no pueden ser presa de la “transgresión”, de las que Anatole France señala sarcásticamente que vedan tanto a los pobres como a los ricos dormir bajo los puentes. Según parece, Sorel rasguña algo que es cierto no solamente desde el punto

⁹ Así por ejemplo en la Argentina, donde desde el poder ejecutivo actual se despliega un discurso congruente de este tipo, habiendo llegado al extremo de sancionar un “PROTOCOLO PARA EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO ANTE EL CORTE DE VÍAS DE CIRCULACIÓN, baste como ejemplo la cita textual del artículo 3ro. del mismo: *Artículo 3°.- Por impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación debe entenderse cualquier concentración de personas o colocación de vallas u otros obstáculos que disminuyeren, para la circulación de vehículos, el ancho de las calles, rutas o avenidas, o que estorbaren el tránsito ferroviario, aun cuando no crearen una situación de peligro, o que impidieren el ingreso de personas a lugares públicos o empresas. No se tomará en cuenta, a tales efectos, el hecho de que los perjudicados tuvieren otras vías alternativas de circulación.* (Ministerio de Seguridad de la República Argentina, 2023)

de vista de la historia y la cultura, sino también contemplado bajo la óptica de la metafísica, como cuando formula la hipótesis de que en una primera instancia el derecho fue una prerrogativa del monarca o los más poderosos...Eso mismo seguirá siendo, cambiando lo cambiado, en tanto y en cuanto siga existiendo, porque desde donde lo observa la violencia – única que puede garantizar el derecho- no hay igualdad de derecho, sino que existen en el mejor de los casos, unos poderes que son similarmente grandes...”

Esto se ve claro cuando, frente a situaciones problemáticas, frente a selecciones que podrían haber sido hechas por el sistema de la política, pero no son preferidas o, lo que es lo mismo, no obtienen consenso, en lugar de ser adoptadas por el sistema de la política son “derivadas” al entorno, por ejemplo, al sistema del derecho, esta es la mecánica que explica el “lawfare”, por ejemplo, mecánica mediante la que se busca la aceptación de una proposición política a través del sistema del derecho.

En la base de esta aparente antinomia, entre *“El código del poder es aportado por la distinción superiores e inferiores. Se trata de un código de preferencia, en cuanto que es positivo ser superiores (someter) y negativo ser inferiores (sumisos). Sin embargo, tal código no puede por sí mismo motivar la aceptación de las comunicaciones: Ego no puede ser motivado a aceptar su inferioridad. Con base en la sola distinción superiores/inferiores se producen sólo choques, con frecuencia basados sólo en el uso de la fuerza física. Consecuentemente se requiere de una codificación secundaria, aportada por el derecho (véase **derecho**): el código jurídico legal/ilegal le permite a Ego distinguir un poder legítimo de un poder ilegítimo, y por tanto, motivarse a aceptar el primero. Sin una codificación secundaria de este tipo, el código del poder (véase **código**) no es tecnicizable: no se logra pasar automáticamente de la parte superior a la inferior; o viceversa (Corsi, Esposito, & Baraldi, 1996, pág. 127)”*.

El tema nos hace retornar, una y otra vez, al punto de “sinapsis” entre los dos sistemas: el del control de constitucionalidad, que – en la tensión que se verifica en el mundo globalizado – se expande a través del control de convencionalidad, que emerge como parte del movimiento gestado como reacción al Holocausto y en prosecución de limitar el principio de soberanía que había emergido, como ya dijimos, como elemento fundante del orden internacional a partir de Westfalia. Esa es la tensión: soberanía del estado versus autonomía de las personas.

La experiencia de las décadas finales del siglo pasado y de las primeras del presente, muestran que, de una parte, se ha diversificado la tipología de métodos de control, pero – además – le han incorporado un rol que Kelsen no imaginaba en 1927, cuando las tragedias que estaban por venir darían, finalmente, al Derecho Internacional el rol que hoy despliega:

“[...] el derecho internacional no pronuncia por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios. No se ha elaborado todavía un procedimiento mediante el cual estos actos irregulares pudieran ser anulados por un tribunal internacional. [...] El derecho internacional no tiene, en última instancia, más sanción que la guerra, sanción que no hace desaparecer el acto que es contrario a sus normas. Esto último no impide que el derecho internacional, si se supone su primacía, pueda constituir una medida de la regularidad de todas las normas estatales, que comprenda a la más importante de entre ellas, es decir, la Constitución...[pero] “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque, en general, no se tenga conciencia de ello – porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia –. Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos – sin poder anular su inconstitucionalidad – equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de esta Constitución – a la cuál estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos derivan su validez – ya que el derecho positivo vela porque todo acto que esté en contradicción con una norma superior puede ser anulado salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución.” (Kelsen, 2001)

Como se ve, la llamada lógica de Marshall (en *Marbury vs Madison*), también está presente en Kelsen y queda claro que éste último advierte aquello que señalábamos en un principio a partir de la obra de Celso Campilongo: la constitución es el punto de diferenciación del sistema político, respecto del sistema jurídico, de allí que los sistemas de control de constitucionalidad adquieran la entidad que han adquirido, y que los esfuerzos por su diversificación se hayan extendido también, imaginando sistemas diferentes al “difuso” o al “concentrado”, de naturaleza mixta, tal como es el caso del diseño introducido en Colombia a partir de 1991.

El mismo argumento encontramos en el número 78 de los papeles de *El Federalista*, donde Hamilton afirma que:

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para

sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.//Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.”

Las diferencias harán que se hable de Cortes más progresistas o conservadoras como ocurre en el Estados Unidos actual; pero la función allí está, y es la misma, y el signo positivo o negativo dependerá, como sostiene Javier Espinoza de los Monteros, de la mirada del observador; en efecto, tal como él sostiene (compartiendo la opinión de Raffaele De Giorgi) dicho concepto ha sido utilizado para identificar ejercicios deseables e indeseables de la facultad de control, pero hay poco acuerdo sobre qué sea lo indeseable, por ende, dice, la lectura de lo deseable y lo indeseable, del activismo «positivo» y del «negativo», depende del punto de vista del observador, lo mismo afirma

En efecto: el término ha sido usado frecuentemente para designar la actitud de los tribunales inclinada a decidir cuestiones constitucionales e invalidar las acciones legislativas o ejecutivas, y, aunque los debates sobre el papel del poder judicial podrían rastrearse hasta los orígenes de la república norteamericana, la frase le es atribuida al historiador estadounidense Arthur M. Schlesinger, y fue utilizada recién a mediados del siglo pasado.

Paradójicamente, aunque activismo judicial sugiere un avance del poder judicial sobre los otros poderes, ese mismo autor utiliza el término *Presidencia Imperial*, para referirse al crecimiento del poder y la influencia del poder ejecutivo en el gobierno estadounidense, que desbalanceaba el juego de pesos y contrapesos. Así lo corrobora el mismo Kermit Roosevelt al sostener que:

*“El término activismo se utiliza tanto en la retórica política como en la investigación académica. En el uso académico, el activismo generalmente significa solo la voluntad de un juez de anular la acción de otra rama del gobierno o de anular un precedente judicial, sin un juicio implícito sobre si la decisión del activista es correcta o no. Los jueces activistas hacen valer sus propias opiniones sobre los requisitos constitucionales en lugar de remitirse a las opiniones de otros funcionarios del gobierno o tribunales anteriores. Definido de esta manera, el activismo es simplemente el antónimo de la moderación. No es peyorativo, y los estudios sugieren que no tiene una valencia política consistente. Tanto los jueces liberales como los conservadores pueden ser activistas en este sentido, aunque los jueces conservadores han sido más propensos a invalidar las leyes federales y los liberales más propensos a anular las de los estados¹⁰. En la retórica política el activismo se utiliza como peyorativo. Describir a los jueces como activistas en este sentido es argumentar que deciden los casos sobre la base de sus propias preferencias políticas en lugar de una interpretación fiel de la ley, abandonando así el papel judicial imparcial y "legislando desde el banquillo". Las decisiones pueden ser etiquetadas como activistas, ya sea por anular la acción legislativa o ejecutiva o por permitir que se mantenga. A principios del siglo 21 una de las decisiones más criticadas de la Corte Suprema en los Estados Unidos fue en *Kelo v. City of New London* (2005), en la que el tribunal permitió a la ciudad ejercer su eminente poder de dominio para transferir la propiedad de los propietarios de viviendas a un desarrollador privado. Debido a que los jueces pueden ser llamados activistas por anular la acción del gobierno o permitirla (en *Kelo* la permitieron) y porque el activismo en el uso político siempre se considera ilícito, este sentido de activismo no es el antónimo de la moderación. (Roosevelt, Britannica, 2021)”*

Las cuestiones políticas no justiciables y el carácter paradójico del derecho

Según el principio del *self restraint* los jueces deben abstenerse de decidir cuestiones políticas, especialmente constitucionales, a menos que la decisión sea necesaria para la resolución de una controversia concreta entre partes adversas, e insta a los jueces que consideran cuestiones constitucionales a que concedan una importancia decisiva a la opinión de los poderes electos e invaliden sus acciones sólo cuando se hayan violado claramente los límites constitucionales.

¹⁰ Una demostración de ello podría verse en la jurisprudencia sobre el aborto en la decisión *Roe vs Wade* y el reciente *overruling Dobbs*.

Pero ¿cuándo violan “claramente” los límites constitucionales los jueces? ¿Cuáles son esos límites y cuándo, excepcionalmente, pueden ser transgredidos? El activismo judicial, fue motejado en los 60s por autores como Maurice Duverger, como “dictadura de los jueces”, se lo identificaba ya entonces, mucho antes de que se hablara de judicialización de la política, como un peligro para el ideal del autogobierno que supone la democracia, pero lo cierto es que en el caso de los Estados Unidos, el activismo judicial ha dado por resultados casos reputados como deleznable tal como *Lochner v. Nueva York*¹¹ y el tristemente célebre *Dred Scott v. Sandford*¹², pero también algunos de los más celebrados, como *Brown v. Junta de Educación*.

Debemos recordar que ese fallo, dictado en 1954, de forma unánime, por la denominada Corte Warren, estableció que las «*instalaciones educacionales separadas son inherentemente desiguales*», pero es menos citado que con el mismo se revocaron los precedentes existentes desde *Plessy contra Ferguson* de 1896, donde se había establecido el

¹¹ 198 US 45 - El contexto en el que se emite la sentencia es el de un activismo judicial contrario a la legislación social protectora. Una ley de New York de 1895 prohibía que los trabajadores de panaderías hicieran jornadas de más de diez horas diarias o de más de sesenta horas semanales. Joseph Lochner, propietario de una panadería fue sancionado por haber hecho laborar a uno de sus empleados más del tiempo permitido. Impugnó la multa, pero perdió en los tribunales del Estado y acudió a la Suprema Corte. En la sentencia de *Lochner vs. New York* (1905) la Suprema Corte anuló la ley estatal de regulación de los horarios de trabajo por ser contraria a la libertad de contratación y a la propiedad. La Corte, en ese momento, militaba en contra de las tímidas reformas sociales y así lo puso de manifiesto el juez Holmes en su voto particular con el que acompañó a la sentencia, criticando el activismo judicial, que empujaba a la Corte a inmiscuirse en asuntos políticos e impusiese su propio criterio frente al Poder Legislativo (*Lochner vs New York*, 1905).

¹² Este fallo considerado como una de las causas principales de la guerra civil de secesión, que causara la muerte de aproximadamente un millón de personas y diera luego origen a las enmiendas constitucionales que abolieron la esclavitud, es otro ejemplo claro del “activismo regresivo”. En el caso, el voto del Presidente Taney fue seguido por otros seis miembros de la Corte (solo hubo dos disidencias) y entre los puntos más destacados de la decisión pueden mencionarse, según resumen con acierto Gabriela Elgul y Liliana B. Zagert (*Elgul & Zagert*, 7): - Un negro libre de la raza Africana, cuyos ancestros fueron traídos a este país y vendidos como esclavos, no es un “ciudadano” dentro del sentido de la Constitución de los Estados Unidos. - Cuando la Constitución fue adoptada, no eran considerados en ninguno de los Estados como miembros de la comunidad que constituye el Estado, y no eran numerados entre su “pueblo o ciudadanos”. Consecuentemente, los derechos especiales e inmunidades garantizados a los ciudadanos no se aplican a ellos. Y no siendo “ciudadanos” dentro del sentido de la Constitución, no están intitulado a litigar en ese carácter en un tribunal de los Estados Unidos, y el Tribunal de Circuito no tiene jurisdicción en un tal juicio. - Las únicas dos cláusulas en la Constitución que señalan a esta raza los trata como personas a quienes era moralmente legítimo tratar como artículos de propiedad y mantenerlos como esclavos. - El cambio en la opinión pública y sentimiento en relación a la raza africana que ha tenido lugar desde la adopción de la Constitución no puede cambiar su interpretación y sentido, y debe ser interpretada y administrada ahora de acuerdo a su verdadero sentido e intención cuando fue formada y adoptada. - Durante el tiempo que permanece un Territorio, el Congreso puede legislar sobre él dentro de la competencia de sus poderes constitucionales en relación a ciudadanos de los Estados Unidos, y puede establecer un Gobierno Territorial, y la forma del Gobierno local debe ser regulada por la discreción del Congreso, pero con poderes no excediendo aquellos que el Congreso mismo, por la Constitución, está autorizado a ejercer sobre ciudadanos de los Estados Unidos respecto de los derechos de personas o derechos de propiedad. - La Constitución de los Estados Unidos reconoce a los esclavos como propiedad, y compromete al Gobierno Federal a protegerla. Y el Congreso no puede ejercer ninguna mayor autoridad sobre propiedad de esa descripción que pueda constitucionalmente ejercer sobre propiedad de cualquier otro tipo. - La ley del Congreso, por lo tanto, prohibiendo a un ciudadano de los Estados Unidos llevar consigo sus esclavos cuando se traslada al Territorio en cuestión para residir es un ejercicio de autoridad sobre propiedad privada que no está asegurado por la Constitución, y el traslado del actor por su propietario a ese Territorio no le otorgó título a la libertad.

principio de que la educación “separada, es decir segregada, pero igual (en cuanto a la atribución de fondos)” era constitucional. El resultado de la sentencia en “Brown”, fue que la segregación racial pasó a ser considerada como una violación de la Cláusula sobre Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos¹³.

La secuencia de estos fallos y sus consecuencias en el sistema de la política, no hacen más que revelar el carácter paradójico del funcionamiento del sistema del derecho y de las decisiones judiciales, esto es de la función evolutiva del derecho que es construida por la jurisprudencia, constituida por la jurisprudencia, de donde resulta necesario preguntarse: ¿cómo opera la jurisprudencia sobre el derecho? ¿qué significa que la jurisprudencia es resultado de su jurisprudencia? La jurisprudencia no está fuera del derecho, sino que está dentro del derecho, pero opera como si estuviese fuera de él (como un extraño “loop” o bucle, en la expresión de Hofstadter. (Hofstadter, 2010)).

Como afirma Luis Raigosa, el derecho se prohíbe a sí mismo, pero eso plantea muchos problemas, por ejemplo, como acabamos de ver en los ejemplos de la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana, el del carácter dilemático de toda decisión; si se observa el uso de conceptos como igualdad, dignidad, libertad, se ve la paradoja de la tautología del derecho, o de cómo usar el derecho ... podría ser contrario a derecho.

Es difícil, decía Luhmann, saber cuándo el derecho deja de ser derecho, al utilizar argumentos consecuencialistas; según él, esto ocurrió en el siglo XX cuando el sistema del

¹³ En 1896, la Corte Suprema falló en *Plessy v. Ferguson* diciendo que las instalaciones públicas racialmente segregadas eran legales, siempre y cuando las instalaciones para negros y blancos fueran iguales, el principio fue conocido como la doctrina de "separados pero iguales" que se mantendría por casi 60 años. En la década de 1950, la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color (NAACP) se propuso atacar las leyes de segregación en las escuelas públicas, y en 1951 Oliver Brown presentó una demanda colectiva (acción de clase) contra la Junta de Educación de Topeka, Kansas, en 1951, después que le fuera negado, a su hija Linda Brown, el ingreso a las escuelas primarias totalmente blancas de Topeka. En su demanda, Brown afirmó que las escuelas para niños negros no eran iguales a las escuelas blancas, y que la segregación violaba la llamada "cláusula de igualdad de protección" de la 14ª Enmienda, que sostiene que ningún estado puede "negar a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes". El caso fue ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Kansas, que acordó que la segregación en las escuelas públicas tenía un "efecto perjudicial sobre los niños de color" y contribuía a "un sentido de inferioridad", pero aun así defendió la doctrina de "separados pero iguales". Cuando el caso de Brown y otros cuatro casos relacionados con la segregación escolar llegaron por primera vez a la Corte Suprema en 1952, la Corte los combinó en un solo caso bajo el nombre de *Brown v. Junta de Educación de Topeka*. Thurgood Marshall, el jefe de Defensa Legal y Educación de la NAACP, se desempeñó como abogado jefe de los demandantes. (Trece años más tarde, el presidente Lyndon B. Johnson nombraría a Marshall como el primer juez negro de la Corte Suprema). Al principio, los jueces estaban divididos sobre cómo dictaminar sobre la segregación escolar, con el presidente del Tribunal Supremo Fred M. Vinson sosteniendo la opinión de que el veredicto de *Plessy* debería mantenerse. Pero en septiembre de 1953, antes de que *Brown v. Junta de Educación de Topeka* fuese escuchada, Vinson murió, y el presidente Dwight D. Eisenhower lo reemplazó con Earl Warren, entonces gobernador de California. El nuevo presidente del Tribunal Supremo obtuvo un veredicto unánime contra la segregación escolar al año siguiente. En la decisión, emitida el 17 de mayo de 1954, Warren escribió que "en el campo de la educación pública la doctrina de 'separados pero iguales' no tiene lugar", ya que las escuelas segregadas son "inherentemente desiguales". Como resultado, el Tribunal dictaminó que los demandantes estaban siendo "privados de la igual protección de las leyes garantizadas por la 14ª Enmienda".

derecho se volvió hacia las consecuencias, es decir hacia el output; pero las consecuencias, afirmaba, son imposibles de calcular. Coincido con Luhmann en que las consecuencias son “incalculables”, pero, contra él, afirmo que el sistema no podría funcionar de otro modo; ejemplos muy claros del derecho de familia, del derecho laboral o el ambiental, podrían ser presentados para probar que es el propio sistema el que demanda utilizar esa “orientación” y también podrían ser tildados de “activistas”, esto que, cuando las decisiones no responden al padrón predominante, o simplemente al del autor de la crítica, son el resultado de “activismo”; y se habla de impotencia de la política, porque se reclama a la política imponer las decisiones “preferidas”.

Si lo consideramos con detenimiento, en el presente toda decisión se toma en condiciones de relativa de ceguera, de no saber, de no ver; por lo que las consecuencias tanto podrían ser usadas como no, para decidir: Jon Elster, por ejemplo, ha sostenido – a mi juicio con éxito – que, frente al sistema de decisión previsto en buena parte de los Estados Unidos, para decidir el régimen parental de niños cuyos padres se separan, sería mejor instituir un régimen de decisión por sorteo, si se tuviera en cuenta el daño irremediable que causa a los niños (y también a los adultos) la sola prolongación del conflicto (Elster, 1991). Esto es una buena demostración de que “cálculo de las consecuencias” significa sólo apreciar posibles incidencias de la decisión en el futuro, que podrán o no verificarse, a eso se lo puede denominar “tecnología del riesgo”.

Pero nuevamente nos preguntamos: ¿a qué llaman “impotencia de la política”? La enumeración de “síntomas” es muy extensa: ineficacia del estado frente al mercado, ausencia de respuestas ante las demandas del entorno, falta de representatividad en los órganos de representación, corrupción estructural, incompetencia de la burocracia estatal, abulia participativa; etc.

En un artículo de *El País*, de un ya muy lejano 1995, se decía: *“Pero ese sentirse impotentes para determinar el curso político es, sobre todo, consecuencia de conocer la inadecuación a la sociedad actual de los sistemas, formas y modelos que nos rigen y de que nos servimos. La democracia, el menos malo de los sistemas políticos, funciona cada vez peor, sometido a una quiebra múltiple que ha privado de sentido a la representación, que es su piedra angular; ha acabado con la participación ciudadana, que es su motor principal, y ha hecho imposible el debate político, que era su mecanismo privilegiado de implicación. Sin que aparezcan por parte algunas alternativas, ni siquiera teóricas, susceptibles de dar efectividad a los irrenunciables valores democráticos (Vidal-Beneyto, 1995).”*

Podríamos observar los más de 25 años transcurridos, ¿qué observamos? o ¿qué observaríamos? Todo dependería de nuestras anteojeras ideológicas podríamos decir parafraseando a Žižek.

En mi parecer, el debate se ha quedado estancado en aquellas viejas categorías, y en la medida que usa los mismos anteojos, ve los mismos problemas, usa los mismos conceptos.

No se ve que los sistemas funcionan a partir de sus propias distinciones, y procesan como autoirritaciones las comunicaciones de los otros sistemas. Las recurrentes crisis políticas, económicas y sociales de la Argentina, son un claro ejemplo de ello.

De todos modos, no deberíamos olvidar que, si bien la sociedad se constituye a sí misma a partir de imágenes que adopta para autorrepresentarse, esas “representaciones” tienen efectos sobre los aparatos psíquicos que contingentemente participan en sus comunicaciones.

¿Toda comunicación puede volverse viral? ¿Toda comunicación puede introducir en otro sistema un “desorden” que acabe por “variarlo” y hasta “desautonomizarlo”? Entiendo que sí, y la paradoja es que la sociedad humana es, como Gaia, un sistema en el que cada subsistema vive a partir de la existencia del contiguo, hasta que pierde la diferencia con el entorno, lo que significa decir que se disuelve en el ambiente, que muere.

¿Quiere decir esto que podría acaso disolverse la tensión entre el sistema de la política y el del derecho? En mi opinión no hasta que el sistema social especializado por funciones mute a “otras formas”, lo cual es una respuesta tautológica. Recordemos nuevamente: los sistemas sociales como los biológicos se adaptan a las “irritaciones” que provienen del ambiente y modifican sus estructuras y operaciones, a partir de sus propias estructuras y operaciones.

El control de constitucionalidad/convencionalidad, sostenemos aquí “mantiene la diferencia”, opera en el sistema del derecho como el sistema de “recepción” de las señales que provienen del sistema de la política, actuando como una llave de apertura y cierre, que tal como el sistema inmunitario de los cuerpos vivos, emplea estrategias paradójicas para mantener la homeostasis y la comunicación bidireccional, esto es para permitir que ambos sistemas funcionen.

Que esta función del poder judicial, principal, pero no exclusivamente, sea calificada de “activista” no es sino expresión de una estrategia de comunicación que busca descalificar unas decisiones para reemplazarlas por otras; la impotencia de la política no se manifiesta precisamente de cara a las decisiones judiciales, sino de cara a otros sistemas que producen comunicaciones que podrían colonizarlo o disolverlo, tal el caso de la expansión de la economía a través del fenómeno dado en llamar “globalización”. Pero ese es un tema que merece otro ensayo.

Bibliografía

(s.f.).

Campilongo, C. (2000). *O Direito na sociedade complexa. Celso Fernandes Campilongo*. São Paulo: Max Limonad.

Corsi, G., Esposito, E., & Baraldi, C. (1996). *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. México D.F.: Universidad Iberoamericana.

Douglas Price, J. (2012). *La decisión judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Elgul, G., & Zagert, L. (7). ACTUALIDAD E INTERES PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL CASO DRED SCOTT. *Revista FDSC UNNE -*, 183-194. doi:<http://dx.doi.org/10.30972/rfd.7133962>

Elster, J. (1991). *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa.

Hofstadter, D. (2010). *Escher, Gödel, Bach. Un eterno y gracil bucle*. Buenos Aires: Tusquets Editores.

Kelsen, H. (2001). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 33-34. Obtenido de <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/Justicia-Constitucional-Hans-Kelsen.pdf>

Lochner vs New York, 198 (US 1905).

Luhmann, N. (1995). *Poder*. México: Anthropos.

Ministerio de Seguridad de la República Argentina. (15 de Diciembre de 2023). *boletinoficial.gob.ar*. Obtenido de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/300917/20231215>

Roosvelt, K. (15 de Junio de 2021). *Britannica*. Obtenido de <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism>

Roosvelt, K., & Garnett, R. (2006). Judicial Activism and Its Critics. *Law Review Pen*.

Vidal-Beneyto, J. (9 de Septiembre de 1995). La impotencia de la política. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/diario/1995/09/16/opinion/811202409_850215.html

Vituro, P. (1998). El decisionismo en la Corte Suprema argentina. *Tesis de maestría*. Buenos Aires: Universidad Internacional de Andalucía.

Submissão: 15/11/2024. Aprovação: 19/11/2024.