II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

A JUDICIALIZAÇÃO DO DESC. UMA CONTRIBUIÇÃO PELA SUA RACIONALIDADE

LA ADJUDICACIÓN DE LOS DESC. UN APORTE PARA SU RACIONALIDAD

Maria Carlota Ucín [1]

Resumo

No presente trabalho proponho um olhar sobre a adjudicação ou judicialização dos direitos sociais. Em particular, focalizarei a possibilidade de estabelecer mecanismos para assegurar a racionalidade das decisões judiciais adotadas nesses casos. Assim, tendo em conta a imprecisão relativa com que esses direitos aparecem formulados e seu conteúdo prestacional - o que nos obriga a entrar em questões relacionadas a políticas públicas - sugiro rever a estrutura da decisão judicial e motivação com a incorporação de normas normativas que definem o conteúdo de direitos sociais e permitir tanto a integração normativa, quanto a adequada avaliação das circunstâncias factuais submetidas à revisão nesses casos. A delimitação de certos padrões normativos permitiria, então, ter elementos objetivos para uma adequada justificação da decisão judicial, facilitando o controle intersubjetivo de sua qualidade racional.

Palavras-chave: Desc, Judicialização da política, Razoabilidade, Racionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

En el presente trabajo propongo una mirada sobre la adjudicación o judicialización de los derechos sociales. En particular, me centraré en la posibilidad de establecer mecanismos que aseguren la mayor racionalidad de las decisiones judiciales adoptadas en estos casos. Así, atendiendo a la relativa vaguedad con que estos derechos aparecen formulados y a su contenido prestacional -que obliga a ingresar en cuestiones vinculadas a políticas públicas- sugiero revisar la estructura de la decisión y motivación judiciales con la incorporación de estándares normativos que definan el contenido de los derechos sociales y permitan tanto la integración normativa, cuanto la adecuada valoración de las circunstancias fácticas sometidas a revisión en estos casos. La delimitación de ciertos estándares normativos permitiría, entonces, contar con elementos objetivos para una adecuada justificación de la decisión judicial, facilitando el control intersubjetivo de su calidad racional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Desc, Judicialización de la política, Razonabilidad, Racionalidad

---

[1] Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad de Palermo.

La adjudicación de los DESC.
Un aporte para su racionalidad

María Carlota Ucín[1]

En el presente trabajo propongo una mirada sobre la adjudicación o judicialización de los derechos sociales. En particular, me centraré en la posibilidad de establecer mecanismos que aseguren la mayor racionalidad de las decisiones judiciales adoptadas en estos casos. Así, atendiendo a la relativa vaguedad con que estos derechos aparecen formulados y a su contenido prestacional -que obliga a ingresar en cuestiones vinculadas a políticas públicas- sugiero revisar la estructura de la decisión y motivación judiciales con la incorporación de estándares normativos que definan el contenido de los derechos sociales y permitan tanto la integración normativa, cuanto la adecuada valoración de las circunstancias fácticas sometidas a revisión en estos casos. La delimitación de ciertos estándares normativos permitiría, entonces, contar con elementos objetivos para una adecuada justificación de la decisión judicial, facilitando el control intersubjetivo de su calidad racional.

∞∞∞∞∞

[1] Doctora por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Máster en Argumentación Jurídica (U. de Alicante), Esp. en Derecho Procesal (U. Notarial Argentina). Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Procesal Civil, Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad de Palermo. Funcionaria del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Contacto: macucin@yahoo.com.ar

I.- Delimitación preliminar del tema: algunas premisas basales

Las presentes reflexiones deben ser leídas a la luz del desarrollo actual del Constitucionalismo democrático. Y por éste me refiero, no sólo a las cláusulas contenidas en las Constituciones actualmente vigentes en la mayor parte de los Estados organizados a partir de las prescripciones de una norma suprema, sino también, a las construcciones jurídicas que en su práctica constitucional han venido desarrollando los Tribunales con funciones constitucionales, así como los teóricos dedicados a su estudio.

En consecuencia, parto de la asunción de que en la mayor parte de estos ordenamientos jurídicos existe alguna norma protectoria de los derechos sociales,[2] sea por su inclusión directa en la Constitución o indirecta por la suscripción de instrumentos internacionales a los que se otorgue dicha jerarquía constitucional.[3] Y es entonces en relación a estos ordenamientos que refiero las siguientes consideraciones.

También, asumo que dada la rigidez y supremacía que se suele reconocer a las Constituciones, los Tribunales Constitucionales o incluso también, algunos tribunales inferiores, según el ordenamiento de que se trate, tendrán que decidir acerca de la constitucionalidad de acciones u omisiones de parte de los particulares o del propio Estado, que importen una vulneración de algún derecho social. Con lo que doy aquí por superada la discusión acerca de la "exigibilidad de los DESC", al menos a los fines de poder concentrarme en la tesis central del presente trabajo.[4] Sin perjuicio de destacar además, que en la experiencia de algunos ordenamientos esta cuestión teórica no ha sido óbice para que los tribunales admitieran la discusión judicial abierta ante planteos, algunas veces individuales y otras veces colectivos, que procuraban la vigencia de los derechos sociales.[5]

---

[2] Me referiré en adelante y de manera indistinta a éstos como derechos sociales, derechos económicos, sociales y culturales o simplemente, por su acrónimo: DESC. Y considero parte de esta categoría a los derechos que protegen la salud, la seguridad social, la vivienda digna, el trabajo en sus diversas formas. Así como aquellos que se reconocen a partir de ciertas propiedades en determinadas categorías o grupos de personas, derechos de las "mujeres", de los "adultos mayores", de los "niños" o "aborígenes", considerados éstos en tanto grupos.

[3] Así por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-, o las Convenciones específicas como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW- o la Convención sobre los derechos del niño –CDN- entre otras.

[4] Para una discusión de este punto, y sin pretensión de exhaustividad, remito al lector a: Abramovich, V.- Courtis, Ch., 2001; 2004; Abregú, M. – Courtis, Ch., 1997; Grosman, 2008; Ferrajoli, Luigi, 2010; Pisarello, 2007.

[5] Véase: Puga, 2012; Gauri, V. – Brinks, D., 2008; Abramovich, V. – Pautassi, L. (comps.), 2009; Ely Yamin, A.- Gloppen, S., 2013.

Así entonces, el punto de la judicialización de los derechos sociales, presenta rasgos particulares y coloca fuertes dosis de discrecionalidad en cabeza de los jueces para su aplicación. De hecho, es con ellos con los que mejor se patentiza la injerencia de los jueces en cuestiones de índole política. En este sentido se ha dicho que a raíz del fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico *"Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticos entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas."* (Aguiló Regla, 2007, p667).

Esto conduce a explorar la relación entre los jueces y la política, pudiendo coincidirse con la descripción que de la misma ha hecho Taruffo, como una relación que aunque pudiera ser conflictiva entre ambos términos, debe mantenerse dentro de los márgenes de una "dialéctica institucional correcta", que no puede implicar el sometimiento de los jueces a la política ni el sometimiento de la política a las decisiones del Poder Judicial (Taruffo, 2005, pp 9 y 17). Por ello, debe manejarse con cautela la atribución a los jueces de un excesivo poder que pudiera traducirse en arbitrariedad a la hora de decidir. Lo que se debe evitar en todo caso es el llamado "populismo de los jueces" que poco haría a favor del desarrollo de estos derechos, que entonces, sólo dependerían de la voluntad del magistrado de turno.

Por su parte, cabe destacar que los DESC no casan perfectamente en las nociones técnicas creadas a la imagen de los derechos individuales y aún no adaptadas para recoger las particularidades de aquéllos.[6] Sus rasgos particulares se centran en su contenido prestacional, generalmente a cargo del Estado y en su dimensión colectiva, que garantiza el goce de los bienes que tales derechos protegen, de modo "universal" o al menos, sin discriminaciones arbitrarias a todos sus titulares. Por eso, en el contexto de su judicialización, lo esencial es comprender cuáles deben ser los elementos objetivos que el juez ha de valorar al momento de decidir si se está incumpliendo con la garantía de un derecho social.

Esta evaluación, debe considerar que en la mayoría de los casos, el contenido prestacional de los derechos sociales se encuentra indeterminado en el nivel constitucional y

[6] En el mismo sentido, y por resumir la idea que aquí sostengo, remito a: Bidart Campos, 1987; De Lima Lopes, 1999, Guibourg, 2014.

pendiente de la organización de los programas específicos que den contenido a las políticas públicas de tipo social. Así, se puede asumir que para la puesta en vigencia de derechos tales como la salud, la educación, la seguridad social, el acceso a la vivienda digna de los ciudadanos, el Estado debe poner en marcha planes de gobierno concretos, que respondan a una planificación específica de cómo se prevea resolver el problema social de tal protección. Para referirme a éstos, tomaré la noción de "políticas públicas", entendidas como aquellas que se estructuran a partir de un programa de acción coordinado, que intenta modificar el ámbito cultural, social o económico de actores sociales considerados en general dentro de una lógica sectorial. Estas estrategias de acción, racionales y sistemáticas, implican la atención, intervención y solución de problemas de interés público en áreas tales como el bienestar, la salud, la educación, la seguridad, la cultura, entre otros (Valenti Nigrini, G. – Flores Llanos, U., 2009, pp 177; también Muller, 1998, pp99-109).

Y entonces resulta éste el verdadero sentido de la programaticidad de los derechos, lo que sin embargo no es sinónimo de falta de exigibilidad directa y en este sentido, de operatividad, de las cláusulas constitucionales. Es decir, se puede afirmar que los DESC son tan programáticos como operativos. Acerca de la superación de la dicotomía entre cláusulas operativas y programáticas, a raíz del desarrollo del Constitucionalismo, ha dicho Aguiló Regla: *"Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan —independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de «normas programáticas», entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas."* (2007, p. 667). Es que como resulta evidente, sin la posibilidad de control de estas cláusulas y sujetando su cumplimiento a la buena voluntad de las autoridades políticas, la Constitución aparecería "lavada" de toda autoridad.

Esta configuración de los derechos en el plano constitucional, con rasgos estructurales afines a los principios, imponen una mayor prudencia a la hora de evaluar y justificar su (in)cumplimiento. En todo caso, y partiendo de la premisa de que: "*a mayor injerencia en cuestiones de índole política, corresponde una mayor carga de la argumentación en cabeza de los jueces",* resulta de importancia desarrollar esquemas racionales que sujeten la decisión judicial para la demostración de su corrección.

Entonces la tesis que aquí sostengo es que resulta posible evitar que la discrecionalidad de los jueces al momento de decidir sobre la vigencia de los derechos sociales se traduzca en arbitrariedad. Para ello, la determinación de contenido obligacional a partir del desarrollo de estos derechos en el ámbito de protección internacional de los

derechos humanos, aporta estándares que pueden servir de marcas objetivas para la evaluación de la actividad de los poderes políticos de parte del juez, así como también para la determinación de sus condenas. Como todo estándar, sirve así, de "umbral" y en este caso, se trataría de "umbrales de obligación o de cumplimiento". Esta determinación de contenido normativo, serviría de guía a su vez, en la determinación de qué es lo que se debe probar en el proceso judicial, estableciendo una interrelación entre las premisas normativas y fácticas de tal proceso y por ende de la decisión judicial.

Es en este sentido entonces, que propongo pasar revista a las relaciones de los jueces con la política para señalar la incidencia de su actual configuración sobre la manera en que deben motivarse las decisiones judiciales.

II.- Jueces y política: una relación dialéctica

Se ha citado más arriba a Taruffo (2005), quien ha calificado como dialéctica la relación entre los jueces y la política. No parece desdeñable recoger la ambigüedad ínsita en tal término. Así, miradas las cosas desde la perspectiva hegeliana se podría afirmar que, considerados estos dos términos como opuestos, pudieran evolucionar hacia una forma de síntesis, que resuma en su proceder algunas notas de ambos términos de la relación.

En todo caso, la especulación anima la posibilidad de pensar en nuevas formas de proceder tanto de la justicia como de la política, de cara a las adecuaciones que impone la versión actual del Constitucionalismo democrático especialmente a partir de la incorporación de los derechos sociales como derechos exigibles en los textos constitucionales. Y tales modalidades, pueden a la vez ser "sintéticas" y "dialécticas", en el segundo sentido posible, entendida ésta como el arte de dialogar, discutir o argumentar.

Así, puede pensarse en la posibilidad de un constitucionalismo dialógico o deliberativo (Gargarella, 2014) que refuerce los lazos institucionales a través del diálogo y la interacción de los poderes estatales. Pero en el seno del proceso, también se podría pensar en el establecimiento de mayores espacios de deliberación, reforzando las exigencias argumentales para los jueces cuando se trate de justificar sus decisiones sobre cuestiones que importen la "judicialización de políticas públicas". Además, nada obstaría al diseño de nuevos procesos judiciales, que contemplen la creación de espacios de mayor participación de los "afectados" en la discusión de las cuestiones que les atañen, replicando los foros de deliberación democrática, en respuesta a las adecuaciones impuestas por la particular incidencia colectiva de los derechos sociales.

Así, a la luz de la configuración actual del Constitucionalismo democrático, parece quedar atrás, al menos en su postulación teórica, la subordinación de los jueces a la política. Posición subordinada que determinaba conceptualmente la forma en que los jueces

podían ejercer su función decisoria. Cabe recordar que la versión de los jueces que se desprendía del ideario iluminista no permitía que éstos tuvieran injerencia alguna en cuestiones de índole política. Su función no era sino la de meros "aplicadores" del Derecho, como una boca inanimada que sólo podía "pronunciar" las palabras de la ley, en la versión de Montesquieu. Y como correlato de ello, se sostenía la concepción silogística del razonamiento judicial, como modelo prescriptivo de un razonamiento de tipo deductivo.

En las versiones más sofisticadas de este modelo y para el caso de que las premisas normativas no estuvieran adecuadamente determinadas, se excluía la posibilidad de que el juez adoptara cualquier decisión política al interpretar la norma. Por ello, se prescribía que se respetaran rigurosos cánones interpretativos prefijados, tal como el canon de la interpretación sistemática, coherente con una concepción objetivista del Derecho como conjunto coherente y cerrado de normas establecidas por el legislador. No obstante la crítica que hoy se dirige a este rol del juez, es de destacarse, como lo hace Taruffo, que esta concepción tuvo la finalidad de introducir un importante factor de racionalidad en las decisiones judiciales, eliminando el arbitrio incontrolable que caracterizaba las decisiones judiciales con anterioridad, sobre todo en materia penal (Taruffo, 2005, pp 11-12).

En cambio, las Constituciones sancionadas a partir de la segunda mitad del siglo pasado, como por ejemplo en varios países de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, no sólo atribuyeron un rol independiente y autónomo al Poder Judicial, sino que también, por la función de control de constitucionalidad que le han asignado, lo colocan muchas veces frente a los demás poderes del Estado. En congruencia con ello, el juez ya no puede ser considerado un aplicador pasivo de las normas fijadas por el legislador, sino que tiene también, en su función de intérprete, la posibilidad de adoptar decisiones políticas o valorativas (Taruffo, 2005, p 13).

Por su parte, y como es sabido, la solución de los casos no siempre aparece "clara". En los casos "difíciles", la tarea del juez resulta notablemente más compleja que la que se le atribuyera otrora. Entonces, dada la existencia contigua de reglas y principios como "piezas" del ordenamiento jurídico, el juicio pasa a tener cada vez más componentes valorativos que no deben ser entendidos como sinónimo de arbitrio (Dworkin, 1967, 1984; Atienza, M. y Ruiz Manero, J., 1991 -pp 101-120- y 2007). Y así, como no puede sostenerse que tengan las normas un sentido *a priori*, que deba ser descubierto, le cabe al juez una función creativa, de atribución de sentido y de argumentación ulterior acerca de la corrección de la misma.

Como ya lo he anticipado, esto se vuelve más evidente en el caso de los derechos sociales, cuyo contenido prestacional muchas veces aparece indeterminado. De hecho, uno podría preguntarse con razón: ¿A cuánta salud tengo derecho? Y con ello se

iniciaría, sin más un discurso práctico como el que con optimismo imaginamos tuvo lugar antes de la incorporación de dicha cláusula en las Constituciones. Sin embargo, no es posible que el texto constitucional dé acabada respuesta a tales cuestionamientos sobre los alcances de un derecho. En cambio determinará alcances más o menos amplios y establecerá sujetos titulares y obligados, dejando el resto sujeto a la decisión de los poderes constituidos.

Así, su especificación corresponde a la política en sentido estricto, a los Poderes Legislativo o Ejecutivo, como ya se expuso. Esto permite que en este nivel infra-constitucional se puedan ir produciendo las modificaciones necesarias para adecuar el contenido del derecho a los cambios que la realidad determine. Ello, sin embargo, siempre dentro de los lindes constitucionales. Además, esta distinción no puede ser óbice para que a falta de tal previsión legal, no puedan/deban los jueces desempeñar una función "supletoria", dando sentido a los valores garantizados constitucionalmente. En este sentido, el juez resulta también un intérprete de los valores constitucionales y la garantía de dichos valores y derechos se delega particularmente a los jueces que deben interpretar y aplicar de diferentes maneras las normas que los expresan a nivel constitucional y legislativo. Y esta función es política, en un sentido amplio, importando adoptar elecciones que inciden en la determinación de arreglos económicos, establecen la distribución de riqueza y condicionan el desarrollo de relaciones políticas individuales y colectivas (Taruffo, *2005,* pp 14-15).

En el desempeño de esta función, siempre habrá márgenes de indeterminación que impongan una aguda actividad argumentativa al juez. De hecho, siempre aparecerán los casos difíciles en que resulte tan evidente cuál sea el alcance que deba darse a un derecho. Ya sea porque se enfrenta con otro, *prima facie*, igualmente valioso, sea porque la legislación deja alguna ambigüedad o incluso, por la ausencia total de tal legislación. Y aquí entonces, es donde cobra sentido la regla presentada en el apartado anterior, acerca de una reforzada carga de la argumentación para estos casos.

Con ello entonces, la motivación de las decisiones judiciales en estos casos habrá de tener algunas particularidades. Es decir, que en la fase de identificación de las premisas normativas, no habrá de intervenir solamente una actividad interpretativa sino también de índole valorativa, apoyada en opciones éticas, políticas, económicas, a partir de la propia percepción que tenga el juez de los problemas sociales o individuales. Y es en este preciso punto en el que reviste trascendental importancia la posibilidad de controlar el ejercicio que los jueces hagan de tal discrecionalidad.

III.- Una racionalidad posible para la judicialización de los derechos sociales

A partir del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos y de los desarrollos de los organismos internacionales con competencia jurisdiccional o consultiva,

se ha desarrollado un *corpus* de valores y principios que dan contenido más preciso a los derechos contenidos en los tratados de la materia. Es entonces en base a tales postulados que hoy se puede reconocer un enfoque teórico autónomo, identificado con la denominación de un "enfoque de derechos" (Pautassi, 2010).

En tal sentido, se piensa a los derechos humanos como programas que sirven de guía en el diseño de las políticas públicas de los Estados, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos (Pautassi, 2010, p16). Desde este enfoque resulta posible entonces, evaluar las políticas sociales a la luz de los estándares de Derechos Humanos. Con él se impone una mirada jurídica sobre los programas y políticas sociales para asegurar que las mismas sean la puesta en vigencia de los derechos humanos y no, meras concesiones graciosas de los gobiernos de turno. Así, si bien el lenguaje de los derechos no incide necesariamente sobre el contenido puntual de las políticas públicas, sí dice algunas cosas sobre su orientación general, brindando para ello un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación (Abramovich, V. - Pautassi, L. 2009).

En esa línea, capturando los estándares que se han ido elaborando en relación a los derechos sociales, se puede objetivar el contenido de las obligaciones estatales y por ello mismo, otorgar a los jueces herramientas concretas para la evaluación de la conducta de los Estados. Entonces, además de las obligaciones que surgen de la determinación del contenido de cada derecho en particular,[7] existen obligaciones que resultan comunes a todos ellos. Se alude así al "contenido mínimo" de los derechos o su "contenido esencial", como umbral de respeto de los derechos, a partir del cual a su vez, surge la obligación complementaria de "adoptar medidas progresivas" para su mejoramiento, rechazando medidas "regresivas" y utilizando hasta el "máximo de los recursos disponibles". Además, de garantizar el goce de los derechos en condiciones de "igualdad" y sin "discriminaciones arbitrarias", garantizando la "producción de información" que facilite la "participación de los afectados" en el diseño de las políticas públicas así como el "acceso de éstos a la justicia" (Art. 2.1 del PIDESC y Observación General N°3, *Pautassi*, 2010, p17; Courtis, Christian, 2006, pp 3-52).

Todos estos elementos conceptuales resultan de suma utilidad a los fines de establecer un adecuado control judicial aplicado a la revisión de políticas públicas, dando contenido concreto al "control de razonabilidad" que los jueces pueden realizar sobre las políticas sociales sometidas a su revisión. Con esto se lograría delimitar la noción de razonabilidad, entendida como lo justificado o como la "proporción o ajuste entre dos

[7]Para lo que también cabe integrar el sentido normativo con los principios incluidos en las Opiniones Consultivas o en las Observaciones Generales emitidas por los órganos de los sistemas protectorios de Derechos Humanos en particular.

términos" (Bazán L., J. - Madrid R., R., 1991, pp 179-188; Atienza, 1987, pp 189-200). Asimismo, esta noción puede ser tomada como equivalente de la de "debido proceso sustantivo" (Linares, 1970) y del "Principio de proporcionalidad".[8]

Según Linares, el debido proceso sustantivo opera como un estándar o módulo de justicia para determinar, dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo o judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos. Es decir, hasta dónde puede la autoridad, en el ejercicio de su arbitrio, restringir la libertad del individuo (Linares, 1970, p 25). Entonces, puede afirmarse que esta garantía se traduce en una exigencia de razonabilidad de los actos estatales. Razonabilidad, que habrá de medirse en cuanto a la adecuación, del medio empleado para alcanzar ciertos fines. O también, evaluando el equilibrio entre las cargas impuestas para alcanzar tales fines y las ventajas que los mismos reportarán, así como la conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos y sociales a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad.[9] No resulta forzado, entonces, hallar la compatibilidad entre la noción de debido proceso sustantivo y el principio de proporcionalidad alexiano (Alexy, 2008).

En el caso de judicialización de los DESC, el control de proporcionalidad habrá de recaer en la revisión de las intervenciones legislativas en el ámbito de estos derechos fundamentales a la luz de los estándares constitucionales y convencionales que han ido conformando el núcleo protectorio de los derechos. La referida evaluación de la proporcionalidad de una medida –en el caso de una política pública-, habrá de atender a la adecuación entre la medida analizada y el o los fines perseguidos al momento de diseñarla, cuidando de no alterar el derecho que se pone en vigencia. Entonces, los jueces al decidir sobre la razonabilidad de una política pública deberán evaluar si la medida es adecuada para lograr el resguardo del "contenido mínimo" de los derechos, si representa un ejercicio "progresivo" de la regulación del derecho y si dispone por ejemplo, del "máximo de los recursos" estatales para el cumplimiento de tales obligaciones. También podrá evaluar si la misma resulta adecuada a los fines de garantizar la "igualdad", la "participación" de los afectados y el "acceso a la información" y a la "justicia" de éstos.

Así, también cabe decir que estos elementos objetivos a ser evaluados indican el recorrido argumental que el juez tendrá que hacer en la decisión para demostrar además, la

[8] Criterio seguido por el Tribunal Constitucional Alemán, además del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y en alguna medida también, a partir de la noción de debido proceso sustantivo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

[9] Ello de conformidad con la "Regla del equilibrio conveniente" (*Balance of convenience rule*). Si bien este autor da la traducción referida, pienso que sería más exacta su traducción por "regla de evaluación de adecuación".

corrección de su decisión. Así, dando cumplimiento al deber de fundamentación –que puede entenderse parte del debido proceso adjetivo- los jueces habrán de hacer explícitas las razones tenidas en cuenta para definir el sentido de la decisión. En este sentido, resulta interesante destacar, así como lo hace Bernal Pulido, que el análisis de la estructura del principio de proporcionalidad esclarece qué es lo que el Tribunal debe fundamentar y de qué manera debe hacerlo (Bernal Pulido, 2003, p 172). Es decir, el Principio de Proporcionalidad, desenvuelto en sus tres sub-principios, indica que los jueces habrán de justificar sus conclusiones luego de analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida en cuestión. Y en coincidencia con ello, estimo que el principio de proporcionalidad en conexión sustantiva con los estándares proporcionados por el Derecho de los Derechos Humanos suministra un esquema argumental para la demostración de la corrección de las decisiones judiciales. Ello por cuanto estos estándares orientan la evaluación de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las políticas públicas bajo análisis.

V.- Aportes para la justificación decisión judicial en materia de DESC

En el caso de los DESC, como ya se ha destacado, nos encontramos con normas que presentan caracteres particulares. De hecho, en muchos casos presentan la forma de principios jurídicos, con un amplio margen de indeterminación. Es por ello que la tarea de "interpretación" en un sentido amplio de este término, consiste en la definición del contenido de la obligación en ellos impuesta. Para ello, puede ser necesario abastecer el recorrido argumental de la Ponderación. Justamente en este trance de definir los términos normativos de la obligación implícita en un derecho social, los estándares normativos de derechos humanos antes citados asumen un rol trascendente. Éstos, junto con la ponderación, pueden colaborar para racionalizar la calificación que haga el juez de las circunstancias de la causa.

Así entonces, al momento de decidir sobre la violación de un derecho social en un caso determinado, el juez habrá de proceder al análisis de los hechos a la luz del contenido normativo aplicable al caso. Pero como se ha dicho, éste último, justamente, tiene una textura indeterminada, que obliga a los aplicadores a definir su contenido. El ejercicio virtuoso, implicaría que el legislador o el administrador hubieran dictado las políticas públicas correspondientes, determinando el contenido del derecho en cuestión. En este caso, la determinación del contenido del derecho servirá de fiel para evaluar la razonabilidad de tal medida. Sin embargo, en nuestros países latinos, la mora del legislador en estas materias resulta un reflejo de nuestro carácter anómico. Por ello, en muchos casos, será el juez quien deberá proceder a tal determinación normativa a fin de valorar y sancionar la omisión del legislador.

Por su parte, asumiendo la distinción habitual para la teoría de la Argumentación jurídica, podemos pensar que existen dos momentos en el proceso intelectual del juez. La etapa "decisoria" y la "justificatoria" (Taruffo, con cita de Wasserstrom, 1961; Atienza, 2005, pp4-7). La primera etapa, que equivaldría al "contexto de descubrimiento" del ámbito científico, se configura con la búsqueda de la adecuada solución para el caso. Si bien ésta resulta menos atada a las formalidades de la lógica que habrá de guiar la justificación ulterior de la decisión, no deja de estar guiada por cánones racionales que orientan la decisión. Por ello su racionalidad se apoyará en el procedimiento del que deriva y también de las conexiones entre los enunciados.

En la etapa decisoria se debe determinar la norma aplicable como paso previo para la calificación de los hechos. Como se ha dicho, puede ser necesario integrar dicho elemento normativo con los estándares de protección de derechos humanos y eventualmente, recurrir a la ponderación para fijar los alcances del derecho. Una vez determinado este plexo, se podrán analizar los hechos alegados y probados en la causa. Esta prueba debe orientarse a la demostración del grado de satisfacción de los "niveles mínimos" de un derecho, o la "no discriminación" en el goce de ellos. Así como el uso del "máximo de los recursos disponibles" y la "adopción de medidas no regresivas". Como se puede apreciar, estos estándares tienden a desplazar la carga de la argumentación y prueba a las autoridades demandadas.

Las fases (F) del proceso de decisión, vinculadas con las señaladas evaluaciones, son las que a continuación se explicitan.

- F1/H: análisis de los hechos a partir de los cuales se invoca la violación de uno o varios derechos sociales, en busca de una *ratio decidendi*;

- F2/N: determinación del sentido y alcance de las normas *prima facie* aplicables, determinado los alcances de la obligación a cargo del Estado (delimitando los estándares normativos aplicables al caso y ponderación de principios en caso de corresponder);

- F3/C1: Valoración de la prueba y a partir de ella, de la conducta de la autoridad demandada a la luz de tales estándares (calificación jurídica de la conducta)

- F4/C2: Conclusión respecto de la razonabilidad de la medida o, incluso, en casos de omisión, declaración de incumplimiento estatal y elaboración de la orden de cumplimiento conforme al estándar que debe ser satisfecho.

Asimismo, sobre éstas, se habrá de construir la motivación de la sentencia, debiendo justificar cada uno de dichos pasos (Taruffo, 2011). Esto determinará la estructura de la sentencia e indicará el esquema argumental que deberá abastecer la misma para

cumplir con la carga de la motivación, que resulta, a su turno, garantía de legitimidad del ejercicio de la magistratura en cuestiones de índole política a la vez, que garantía del debido proceso de los ciudadanos.

En la fase dos (F2), de determinación normativa, será necesario poner el mayor énfasis, pues es aquí donde se desenvuelve el mayor poder discrecional de los jueces. La determinación precisa de los estándares empleados, así como la indicación explícita del juicio de proporcionalidad realizado es un recaudo fundamental de las decisiones adoptadas en casos de derechos sociales. Se habrá de exponer la valoración de tales estándares conforme las normas protectorias de índole constitucional o internacional invocadas. Todo ello demostrando que la decisión final por la que eventualmente se imponga una conducta determinada a las autoridades políticas no responde al capricho de un juez "activista" sino que deriva de las premisas normativas del sistema jurídico y de los valores que lo guían. Desde esta mirada, la sentencia podría verse como un aporte concreto a la dialéctica en el sentido antes presentado, exponiendo una justificación que se dirige a un auditorio universal, en términos perelmanianos, buscando la demostración de su corrección (Taruffo, 2011, p361; Perelman, CH. – Olbrechts – Tyteca, L-, 1989, pp71-78).

IV.- Conclusiones

A lo largo de estas líneas, analicé las relaciones entre los jueces y la política, afirmando que las mismas hoy deben tender a una vinculación dialéctica. En este sentido, las decisiones judiciales que dirimen cuestiones políticas, como las que emergen en la adjudicación de los derechos sociales, deben cumplir con una carga argumentativa reforzada. Además, alegué la posibilidad de aplicar los desarrollos de la doctrina de defensa de los Derechos Humanos, en particular los sociales, para poder establecer estándares normativos que, aplicados a la actividad decisoria, aporten elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sometidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales.

Entonces, la utilización de dichos estándares, junto con los restantes criterios de interpretación de las normas, resulta de utilidad para enmarcar la actividad justificatoria de los jueces. El hecho de explicitar los estándares normativos con los que se dará contenido a los derechos sociales, contribuye a dejar en claro cuáles han de ser los hechos que se deben acreditar en la causa. Pero a la vez, este modo de hacer explícito el contenido de un principio constitucional, indica cuáles son las premisas que el juez debe justificar adecuadamente. De esta forma, se contiene la discrecionalidad judicial imponiendo un recorrido argumental que resulte no sólo coherente en términos lógicos, sino también ajustado materialmente a los valores constitucionales vigentes.

Con estas breves líneas me he propuesto abrir el debate sobre la necesaria adecuación de las formas procesales y legales para el adecuado tratamiento de los derechos sociales. La judicialización de estos derechos pone en evidencia una variada gama de problemas teóricos y prácticos, muchos de los cuales se relacionan con la falta de desarrollo de categorías conceptuales suficientes para darles tratamiento efectivo a sus notas particulares. Sin embargo, no puede asentirse a la inercia que parece querer derivarse de tales obstáculos.

Que los DESC no cuadren perfectamente en los esquemas de judicialización creados para la reivindicación de los derechos individuales, no puede ser óbice para el desarrollo de los moldes procesales adecuados. Por ello, no puede postularse la pasividad pero tampoco parece admisible la defensa de un "gobierno de los jueces". Estimo, en cambio, que debe ser la Academia la que discuta y provea los instrumentos adecuados para encauzar la actividad de los magistrados dentro del cumplimiento de su deber de ser custodios de la Constitución, sin olvidar a su paso, el deber de guiar su obrar hacia la "corrección" como si realmente dirigiera su argumentación hacia un "auditorio universal".

Bibliografía.

- **Abramovich, V.- Courtis, Ch.,** *(1997) Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en: *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales,* Abregú, M. – Courtis, Ch., compiladores, Editores del Puerto, Buenos Aires;

  (2001) Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 4;

  (2004) *Los derechos sociales como derechos exigibles,* 2° Edición, Trotta, Madrid;
- **Abramovich, V. – Pautassi, L.** (comps.), (2009), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos,* Editores del Puerto, Buenos Aires;
- **Aguiló Regla, Josep** (2007)*, Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras,* Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, pp 665-675;
- **Alexy, Robert** (1997) *Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales de Madrid;

  (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º edición, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid;
- **Atienza, Manuel** *(1987), Para una razonable definición de "Razonable",* Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 4, pp 189-200;

  (2005)*, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* UNAM, México;
- **Atienza, M. y Ruiz Manero, J.,** (1991) *Sobre principios y reglas*, Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Nº 10 , págs. 101-120;

(2007) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* 2º edición, 4º impresión, Ariel, Barcelona;
- **Bazán L., J. - Madrid R., R.** (1991), *Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho,* Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, N°2, pp 179-188;

- **Bernal Pulido, Carlos** (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid;
- **Bidart Campos, Germán**, *Las obligaciones en el Derecho Constitucional,* Ediar, Buenos Aires, 1987;
- **Courtis, Christian** (2006), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios,* en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Courtis (Comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, pp 3-52;
- **De Lima Lopes, José R.,** *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de Direito,* en Direitos Humanos, direitos sociais e justiça, José E. Faria (Org.), 1° edición, Malheiros Editores, São Paulo, 1999;
- **Dworkin, Ronald** (1967), *The Model of rules*, The University of Chicago Law Review, Vol. 35, Nº1;

  (1984) *Los derechos en serio*, (traducción de Marta Guastavino), Editorial Ariel, Barcelona;
- **Ely Yamin, A.- Gloppen, S.,** (2013) *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?,* Siglo XXI Editores, Buenos Aires;
- **Ferrajoli, Luigi** (2010) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 7° Edición, Madrid;
- **Ferrer Beltrán, Jordi** (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid;
- **Gargarella, Roberto** (comp.) (2014) *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática,* Siglo XXI Editores, Buenos Aires;
- **Gascón Abellán, Marina** (2004), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba,* Marcial Pons, 2° Edición, Madrid;
- **Gauri, V. – Brinks, D**. (2008) *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world,* Cambridge University Press;
- **Grosman, Lucas S**. (2008), *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Libraria, Buenos Aires;
- **Guibourg, Ricardo A.** (2014), *Derechos difusos, teoría confusa,* Revista Jurídica La Ley (Argentina), 28-X-2014, p1;
- **Linares, Juan F**. (1970)*, Razonabilidad de las leyes,* Editorial Astrea, Buenos Aires;
- **Muller, Pierre** (1998)**,** *Génesis y fundamento del análisis de políticas públicas,* Innovar: Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, N° 11 (Enero –Junio, 1998), pp99-109;
- **Pautassi, Laura** (Organizadora), (2010) *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina,* Biblos, Buenos Aires;
- **Perelman, CH. – Olbrechts – Tyteca, L**- (1989), *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica,* Gredos, Madrid, 1989;
- **Pisarello, Gerardo** (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Trotta, Madrid;
- **Puga, Mariela (2012)***, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, CLACSO, Buenos Aires;
- **Taruffo, Michele** *(2005) Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica*, Isonomía, N° 22, Abril 2005, pp 8-18;

  (2010) *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid;

  (2011), *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid;
- **Toulmin, Stephen**, (2003) *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2003;
- **Valenti Nigrini, G. – Flores Llanos, U.** (2009) *Ciencias sociales y políticas públicas,* en Revista Mexicana de Sociología, Vol. 17, Dic. 2009, pp 167-191;
- **Wasserstrom, Richard A**, *The judicial decision. Toward a theory of legal justification,* Stanford, 1961.