

Estados contemporáneos y decisiones judiciales en la Argentina y Brasil: ambientes distintos, soluciones similares

POR **TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO** (*)

I. Introducción

La temática condice con la visión brasileña, o sea, desde la óptica, antecedentes y marco temporal brasileños, acerca de la referida independencia, siendo el objetivo sugerido del artículo el de propiciar una visión conjunta de los movimientos emancipadores hispanoamericanos que se realizaron en el siglo XIX.

Con gran satisfacción por el convite, e instigado por la materia escogida, presento, como resultado, el presente artículo que emprende un breve esbozo histórico acerca de las características del Estado en momento posiluminista y hasta los días actuales, tratando de la visión brasileña acerca de la producción decisoria argentina en el ámbito de su Corte Suprema de Justicia de la Nación, capaz de reflejar el actual estado de madurez institucional del país tras la fluencia de dos siglos de la Independencia Argentina. El objetivo de esta última parte será el de emprender un análisis puntual de algunos juicios emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, contrastándolos con decisiones del Supremo Tribunal Federal brasileño y, frente al panorama ofertado por el resultado de las actividades judicantes decisorias, verificar en qué punto de adjudicación, efectucción de derechos se encuentra el Estado argentino.

Al final, pretendo realizar una breve comparación, aun en el ámbito del Poder Judicial, de la visión externada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo tocante a algunos conflictos que se sometieron a su foro y el resultado dado a las cuestiones que, si no equivalentes, al menos se revelaron similares a aquellas en el contexto brasileño, en los meandros del Supremo Tribunal Federal.

Marchando como pretendo las cosas en el transcurrir de este artículo, espero, en momento conclusivo, poder resaltar que estamos, Brasil y la Argentina, en si-

(*) Doctor en Derecho. Magíster en Derecho. Prof. de cursos de graduación y posgrado. Asociado fundador del "Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica". Juez de Derecho Titular del Juzgado de 2ª instancia Contencioso administrativo tributario de la Comarca de Curitiba.

tuaciones muy similares en lo que se refiere a la adjudicación y efectución de derechos reconocidos judicialmente, de modo que, en dos siglos de independencia, la Argentina parece haber alcanzado, al menos bajo mi óptica de observador externo, madurez institucional en el ámbito de los pronunciamientos decisorios llevados a cabo por la Corte Suprema, discutiendo cuestiones actuales, de absoluta vanguardia en diversas ramas del derecho y, además, utilizando técnicas decisorias en la misma línea, de las más festejadas, sea por la cientificidad, sea por el alto grado de efectución de derechos, o, finalmente, por la capacidad dialógica al tratar conflictos multitemáticos y complejos por su naturaleza y resolución.

II. Configuración del Estado y sociedad: ¿dónde estamos actualmente?

II.1. Estado y sociedad - breve esbozo

Históricamente, las necesidades vividas por la sociedad vienen siendo experimentadas también por el aparato estatal, de tal manera que se puede observar un movimiento paralelo entre el caminar social y el desarrollo de las instituciones y aparatos públicos.

Si en determinado momento de la vida en sociedad se hizo necesario permitirle al ser humano experimentar sus valores y evolucionar de manera individual, el Estado se mostró liberal, encogiéndose, disminuyendo y enmarcándose en la exacta proporción en que su ausencia se revelaba imprescindible (Novais, 2006: 61) (1).

Posteriormente, ya por ocasión de la afirmación de valores que remiten al ámbito del individuo y alcanzan envergadura más compleja y atinentes al grupo, el Estado vino a suplir carencias y aplanar dificultades, nombradamente en la esfera del segmento más carente de la sociedad. Se trata del Estado social, preñado de reglas de contenido axiológico volcadas hacia la solidaridad (Pérez, 2009: 73).

La evolución del Estado se confunde, pues, con la consolidación del concepto que le es inherente y, en el mismo rumbo, con las características asumidas por la sociedad que lo compone. De esta forma, si en un dado momento histórico la sociedad demandaba la actuación diminuta, escudriñada y previamente definida del Estado, no se presentaba otra solución posible a no ser la configuración estatal, por medio de la ley, atendiendo a dichos parámetros, bajo pena de violar la propia libertad de los individuos (Zagrebeski, 1995: 23).

(1) Novais (2006), aclarando acerca de la doctrina sostenida por Adam Smith, la separación del Estado-economía y las limitaciones del Estado liberal, observa que “garantizada, así, la paz externa y la seguridad interna, toda acción política superviniente se revela no solo superflua como, eventualmente, perjudicial, a medida que surge como injerencia perturbadora de un orden natural”.

Con el suceder de los acontecimientos históricos, no obstante, se constató que el distanciamiento del Estado, con el pretexto de garantizar la libertad, ultimaba por imponer desigualdad, relegando al desdén las particularidades de los individuos, lo que exigía la actuación estatal para garantizar los derechos (Capella, 1998: 110).

Cuando *a posteriori* se retoma la fase liberal, ahora desde el enfoque regulatorio del denominado neoliberalismo, el sistema económico ya se encontraba inmiscuido en los meandros estatales de forma tal que vuelve deforme y, en gran parte desconectada, la actuación de los poderes constituidos, revelando crisis en la soberanía y en la división de poderes.

Con el fin, por lo tanto, de contextualizar la dinámica de la crisis e, inmediatamente, correlacionarla con los conflictos juzgados en el ambiente de las Supremas Cortes, paso a analizar las fases liberal, social y neoliberal del Estado, además del mismo movimiento desde el punto de vista de la sociedad.

II.1.1. Estado liberal

Paulo Bonavides, en obra intitulada *Do Estado liberal ao Estado social*, trata de los orígenes del liberalismo, el papel de la libertad como paradigma que define la actuación mínima del Estado y su posterior faceta social, ocasionada, entre otros factores, por la reducción drástica de la libertad como consecuencia de la propia libertad (2009: 38).

La libertad y su correlación con el Estado liberal debe, según el autor, colocarse en confrontación dialéctica con la realidad estatal, de forma que se pueda comprender el pensamiento político que por oportunidad de la Edad Moderna le dio cabida a la conquista de la democracia (Bonavides, 2009: 39).

Así que, haciendo mención a lo que Carl Schmitt denominó “Estado burgués de derecho”, alude que el Estado siempre fue el fantasma que asombró al individuo, de tal modo que el poder, imprescindible para el funcionamiento del aparato estatal, aparecía como el mayor enemigo de la libertad (Bonavides, 2009: 39-40).

Efectivamente, como señala el autor, siendo el Estado no un *prius*, sino un *posteriori* en la convivencia humana, no se podría cogitar sobre el monopolio estatal del poder, visto que la teoría iusnaturalista, como es sabido basada en el paradigma kantiano del respeto mutuo por la libertad de cada uno, impone el ejercicio de las aptitudes individuales al margen de todo esbozo de coacción estatal (Bonavides, 2009: 40-41).

De todas formas, con el debilitamiento del poder absoluto de los reyes e incremento del comercio practicado por la burguesía, el Estado se volvió una realidad incontestable. Con la revolución francesa, añade, la burguesía formuló principios filosóficos que inculcaban en la sociedad las premisas de la representación, positivismo desprovisto de construcciones interpretativas fundamentadas en la concepción de justicia de cada juzgador y, finalmente, como primera fase del constitucionalismo, la separación de los poderes (Bonavides, 2009: 42-45).

Jorge Reis Novais, observando que la caracterización liberal del Estado de derecho se funda en la ideal separación entre el Estado y la sociedad, señala las siguientes suposiciones –o, como alude, la ideología de las tres separaciones– para la correspondiente caracterización del período: a) separación entre política y economía, caracterizada por el hecho de que el Estado se debía limitar a garantizar la seguridad y la propiedad de los ciudadanos, dejando la vida económica a merced de la autorregulación del mercado (2006: 61); b) separación entre el Estado y la moral, considerando que la moralidad no representa un asunto que se pueda resolver con coacción externa o ser asumido por el Estado, sino apenas por la conciencia autónoma del individuo (2006: 66); c) separación entre el Estado y la sociedad civil (2006: 69), puesto que el Estado debe apenas tener como objetivo la garantía de la paz social para permitir, como consecuencia, el desarrollo de la sociedad civil según sus propias reglas (2006: 70-71). El instrumento a posibilitar las separaciones anunciadas sería la legislación.

La ley, preeminente en la época del liberalismo, revelaba la voluntad absoluta del pueblo, sin que se pudiera ni siquiera cuestionar su legitimidad, pena de ruina de la sistemática liberal fundamentada en la intervención estatal mínima. Entendimiento reverso, inequívocamente tenido como opresor, significaba con certeza el retorno a los parámetros dogmáticos propios del absolutismo en la línea de la Edad Media (Silvestri, 1984: 56-57) (2).

(2) Silvestri (1984), en un pasaje del libro *La Separazione dei poteri* en el que aborda específicamente la Revolución Francesa y la consecuencia para el liberalismo en la específica faceta de la división de poderes, así observa: “Tutto il sistema della separazione dei poteri presuppone la supremazia della legge. Ogni interferenza indebita di un potere nella sfera riservata ad un altro è un attentato al principio di legalità. Se la legge disciplinasse oggetti particolari o il corpo legislativo interferisse nell’attività amministrativa, la cura di interessi particolari inquinerebbe le assemblee e le leggi finirebbero di essere generali. Se il potere esecutivo potesse emanare regole generali o sottrarsi all’impero della legge, nessuno sarebbe più sicuro della persona e dei suoi beni. Se il potere giudiziario avesse la potestà di emanare regolamenti o annullare atti dell’amministrazione, la sua soggezione alla legge verrebbe meno, giacchè contro l’abuso perpetrato nell’esercizio di queste attribuzioni non sarebbe possibile far ricorso ad un altro potere indipendente per far valere, quanto meno ai vertici, una qualche forma di responsabilità” (traducción libre: Todo sistema de separación de los poderes presupone la supremacía de la ley. Cualquier interferencia indebida de un poder en la esfera privada

Tal vez la excepción a la dogmática vigente entonces estuviera por cuenta del particular desarrollo y consolidación constitucional de la sociedad estadounidense, debido a que en la época en la que en Europa se discutía, por oportunidad de la Revolución Francesa, la estricta aplicación de la ley sin cualquier interpretación que no fuera la meramente gramatical, poco tiempo después, por oportunidad del juicio del *leading case* “Marbury v. Madison”, la Corte Suprema de los EE.UU. asentó entendimiento en sentido diametralmente opuesto, habiendo afirmado, por medio del *chief justice* Marshall:

“Aquellos que aplican una disposición a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esa disposición. Si hay dos normas conflictivas entre sí, las cortes deben decidir en cuanto a la validez de cada una. Así también sucede cuando una ley esté en conflicto con la Constitución; si tanto la ley como la Constitución inciden sobre un caso particular, la Corte debe decidir sobre el caso confirmando la ley y desconsiderando la Constitución, o confirmando la Constitución y desconsiderando la ley. La Corte debe determinar cuál de las disposiciones conflictivas regulan el caso. Esto es propio de la esencia de la función judicial” (“Marbury v. Madison”, 1803: 5 US 137).

Obsérvese que el juicio del caso mencionado se dio en 1803, cuando todavía ni había siquiera despuntado el Estado social. ¿Cómo explicar, entonces, la diferencia en el desarrollo constitucional de la sociedad norteamericana? La doctrina que se debruzó acerca del tema parece haber consolidado entendimiento en el sentido de que el contexto histórico estadounidense no permitió la formación de clases en los moldes de la sociedad europea, en la que la burguesía perpetró, de hecho y de derecho, las revoluciones que ultimaron por limitar el poder estatal en pro de la libertad. En los meandros estadounidenses, la libertad se construyó considerando parámetros tópicos definidos por la Suprema Corte y no, propiamente, por la moldura normativa impuesta por el Parlamento (Silvestri, 1984: 02-03) (3).

frente a otro es un atentado al principio de la legalidad. Si la ley disciplinara objetos particulares o el cuerpo legislativo interfiriera en la actividad administrativa, el cuidado de los intereses particulares contaminaría las asambleas y las leyes acabarían siendo generales. Si el poder ejecutivo pudiera emanar reglas generales o no someterse al imperio de la ley, nadie estaría más seguro de su persona y de sus bienes. Si el poder judicial tuviera el poder de emanar reglamentos o anular actos de la administración a su sumisión las leyes valdrían menos, ya que contra el abuso en el ejercicio de esas atribuciones no sería posible solicitar recurso a otro poder independiente para hacer valer otra forma de responsabilidad).

(3) Silvestri (1984) se alinea con la doctrina mencionada, observando que: “È comune osservazione che la struttura costituzionale americana è nata nell’ambito di una società relativamente omogenea, dove non esistevano le stratificazioni sociali della vecchia Europa. In un simile contesto sociale, non aveva alcun senso la trasposizione della forma tradizionale del regime mixtum; i ter poteri dello Stato perdevano ogni residua connotazione di classe” (traducción libre: Se observa

Volviendo, todavía, al paradigma liberal clásico, se puede ver que el Estado liberal de derecho, consolidado en el siglo XIX, presentaba, según Zagrebelski, connotación substantiva, relativa a sus funciones y fines. En primer plano, por ende, tenía como objetivo la protección y promoción de todas las “fuerzas de la población” como objetivo de la vida de los individuos y de la propia sociedad. La sociedad, por lo tanto, con sus propias exigencias, pasaba a ser el punto central de la comprensión del Estado de derecho y la ley el instrumento de garantía de los derechos entonces generados (Zagrebelski, 1995: 23).

Otto Mayer, citado por Zagrebelski, destaca que el Estado liberal se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado del Parlamento representativo que sólo se concretiza cuando se verifican los siguientes factores: a) supremacía de la ley sobre la Administración; b) subordinación de los derechos de los ciudadanos solamente frente a la ley, con exclusión, entonces, de los poderes autónomos de la administración; c) presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para la aplicación de la ley en las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la Administración. El Estado liberal de derecho, para Otto Mayer, asumía significado que comprendía la representación electiva, derechos de los ciudadanos basados en leyes y la separación de poderes (Zagrebelski, 1995: 23).

La separación de los poderes, además, consustanciaba piedra de toque en el liberalismo, frente a la necesidad de limitación del poder estatal, que apenas se circunscribía al resguardo de la soberanía externa, paz interna y ejercicio de la autoridad por medio de las funciones policiales y judiciales (Freitas, 2009: 184; Kist, 2000: 87).

Conjugando la separación de poderes a hierro y fuego defendida con el paradigma legal inflexible verificado en el liberalismo, la libertad podría ejercerse a plenitud, lejana que se presentaba de la invasiva intromisión estatal (Zagrebelski, 1995: 28).

Ocurre, por otra parte, que la libertad figurante era, en realidad, la revelada por la burguesía, que se permitía hablar ilusoriamente en nombre de toda la sociedad (Bonavides, 2009: 44), proclamando bases teóricas que, al cabo de su idealización, tenían el *intuito* del comercio como telón de fondo. La división de poderes, en la época, sirvió para la limitación del Estado, de forma que la descomposición de la soberanía en la pluralidad de los poderes salvaguardaría la propia libertad y, por

comúnmente que la estructura constitucional americana nace de una sociedad relativamente homogénea, donde no había la estratificación social de la antigua Europa. En tal contexto social, no tiene sentido la transposición de la forma tradicional de régimen mixto; y el Poder del Estado pierde la connotación residual de clase).

consecuencia, los ideales burgueses aptos para denotar el ya incipiente capitalismo en formación (Bonavides, 2009: 45).

Amparados por la libertad, regulación mínima legal e imposibilidad de que el Poder Judicial asumiese posicionamientos contrarios al derecho puesto, abusos se verificaban, visibles en la celebración de contratos visando actividades desarrolladas por la industria. Registros históricos de declaraciones de la época cuentan que la libertad, ejercida en plenitud y con la anuencia legal del Estado (Nalini, 1997: 13), en realidad ultimaba por disminuir o cercenarse a sí misma (Birley, 1849; Downe: 1832) (4).

Como puso de relieve Paulo Bonavides (2009: 55), si antes de la Revolución Francesa el rey tenía ascendencia sobre el factor económico, tras la consolidación del liberalismo la situación se invirtió. Isaiah Berlin también observó, a propósito, que

“(…) ofrecer derechos políticos, o salvaguardas contra las intervenciones del Estado, para hombres que están semidesnudos iletrados, desnutridos y enfermos es chocotear de su condición; ellos precisan ayuda médica y educación, antes de poder entender o utilizar su ampliada libertad. ¿Qué es la libertad para quienes no pueden utilizarla? Sin adecuadas condiciones para la utilización de la libertad, ¿cuál es su valor?” (Vilhena, 1996: 201-214).

II.2. Estado social

Como *supra* fue mencionado, el ejercicio de la libertad, aunque fundamentado en parámetros legales consolidados por instrumento legislativo, viene a acarrear

(4) En mayo de 1849 el diario *Ashton Chronicle* entrevistó a John Birley que describe así su jornada de trabajo: “Nuestro período regular de trabajo iba de las cinco de la mañana hasta las nueve o diez de la noche. Los sábados, hasta las once, a veces media noche, y entonces éramos mandados para la limpieza de las máquinas el domingo. No había tiempo disponible para el desayuno y no nos podíamos sentar para la cena o cualquier tiempo disponible para la merienda. Íbamos para el molino a las cinco de la mañana y trabajábamos hasta las ocho o nueve horas cuando venía el desayuno, que consistía en flocos de avena con agua, acompañado de cebollas y torta de avena toda amontonada en dos tazones. Acompañando la torta de avena venía la leche. Bebíamos y comíamos con las manos y después volvíamos para el trabajo sin que pudiéramos ni por lo menos sentarnos para comer”. También niños trabajaban hasta el desmayo, en nombre de la libertad de contratación y actividades económicas entonces en ascendencia. Jonathan Downe fue entrevistado por un representante del parlamento británico en junio de 1832 y así expuso: “Cuando tenía siete años de edad fui a trabajar en la fábrica del Sr. Marshall en Shrewsbury. Si un niño se mostraba somnoliento, el responsable por el turno lo llamaba y le decía, “venga aquí”. En un rincón de la sala había un tanque de hierro lleno de agua. Él agarraba al niño por las piernas y lo sumergía en el tanque y después lo mandaba de vuelta al trabajo”. Datos obtenidos en <http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=504> [Fecha de consulta: 18/5/2011].

la pérdida de la propia libertad. El Estado, eficiente en el proceso de elaboración de leyes, pero ineficiente en lo referente a la garantía de la dignidad de la persona humana, se vio obligado a reevaluar los rumbos asumidos en virtud de la dogmática liberal entonces vigente.

Parece consenso exponer que dicha posición tuvo como marco histórico principal las experiencias políticas posteriores a la Primera Guerra Mundial; y como marco jurídico inicial la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar en 1919, sucedida por la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Novais, 2006: 179; Sarlet, 1998: 212-213) (5).

La idea de separación Estado-sociedad pasó a ser revista, frente al fracaso de su aplicación irrestricta. De tal modo que se le dio nueva lectura a sus proposiciones teóricas, verificándose por consiguiente el fenómeno descrito como estadualización de la sociedad y, como contrapunto, la socialización del Estado a tal grado de caracterizar la faceta social que se verificaba a continuación (Novais, 2006: 180).

Desde el aspecto filosófico, las vertientes teóricas denominadas Escuela Histórica del Derecho y neo escolástica, sostenidas recíprocamente por Von Savigni y Santo Tomás de Aquino, pretendieron rediscutir el positivismo y la propia sociedad industrial que se verificó en el auge del liberalismo (Kist, 2000: 90). Se pasó a concebir la propiedad bajo el aspecto aristotélico-tomista de la funcionalidad, de tal forma que no se negaba el derecho de propiedad, condicionándolo a servir, primordialmente, a la satisfacción de las necesidades humanas, siempre y cuando atendiera las justas necesidades del titular, beneficiando, al mismo tiempo, a todas las personas que conviven en sociedad (Kist, 2000: 94-95).

La doctrina individualista generó, de forma notoria con la Revolución Industrial, burgueses y proletarios, patrones y empleados y, casi como consecuencia, ricos y pobres, lo que se alejaba consustancialmente de la pregonada libertad otrora proclamada en todos los ámbitos y segmentos sociales (Kist, 2000: 90).

Karl Marx, frente a la constatación de la imposibilidad de que el liberalismo atendiera a los anhelos sociales, preconizaba que la clase proletaria tomara el poder, utilizando la fuerza, siendo esto quizá necesario. Entendía que el sufragio universal no se mostraba suficiente para superar los privilegios burgueses, debido esto a que las leyes estarían comprometidas políticamente en lo que a contenido se refiere. Así, se hacía necesario que se destruyese la burguesía a sangre y fuego, de forma tal que se estableciera la igualdad social con la consecuente abolición

(5) Sarlet (1998) identifica dichos marcos: "(...) Alemania fue no apenas la cuna del socialismo científico de Karl Marx y Friedrich Engels, sino también de la social democracia (con Lassale), bien como de la propia noción de un estado social y democrático de derecho, bastando aquí la referencia a la Constitución de Weimar (1919), vertiente del constitucionalismo social de este siglo".

del Estado y todos sus medios de control social, incluso el derecho, instituyéndose la sociedad comunista (Kist, 2000: 92-93).

Si, otrora, se direccionaba el enfoque de la actividad estatal hacia la libertad, más adelante, con mayor injerencia en el orden económico, social y la intención específica de auxiliar a los menos favorecidos, se encamina así hacia la igualdad, verificándose preocupación mayor con el bien común sustituyendo el individualismo del Estado liberal (Sarlet, 1998: 227) (6).

Igualmente, contribuyó para la situación mencionada el hecho de que el Estado dejó de tener su eje normativo y administrativo gestionado apenas y exclusivamente por una única clase social. Con la ampliación del derecho de voto entre las más diversas clases sociales y no solamente las privilegiadas, se pasó a trabajar los correspondientes intereses de aquellos en el campo parlamentario y administrativo, lo que posibilita consiguientemente valores y directrices principiológicos con gran apego social (Linhares, 2000: 217-218) (7).

Jean Jaques Rousseau, cuyas bases ideológicas fundamentaron el Estado social, no se preocupaba con la limitación al poder –a diferencia de Locke y Montesquieu que direccionaban la limitación al derecho natural y a la separación de los poderes, respectivamente–, sino con que este se entregara a quien realmente se revelara el titular. Como consecuencia, la burguesía no figuraba más como la única clase que detentaba el poder, aunque fuera por la legítima actuación estatal revestida por leyes y enunciados normativos amparados por decisiones jurisdiccionales, sino que eso ahora le correspondería a la totalidad del pueblo, bajo los auspicios

(6) Sarlet (1998) noticia que en Alemania, en cuya actual Constitución el Estado Social y Democrático de Derecho se prevé como postulado (artículo 20, inciso I, de la Ley Fundamental), el Tribunal Federal Constitucional definió que además de la propiedad vista bajo el aspecto funcional social, otros principios de índole constitucional también salvaguardan las posiciones jurídico subjetivas prestacionales de derecho público en el Estado. Ellas son: “a) el principio de la protección de la confianza, desarrollado a partir del postulado del estado de derecho (artículo 20, inc. III, de la LF); b) el principio fundamental de la dignidad de la persona humana (artículo 1º, inc. I, de la LF); c) el principio del estado social (artículo 20, inc. I, de la LF); y d) el principio general de la igualdad (artículo 3º, inc. I, de la LF)”.

(7) Linhares (2000) así explica el fenómeno que se verificó en el ámbito de la actividad estatal en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial: “Se consolida tras la Segunda Guerra Mundial el Estado Social, cuya misión es la búsqueda de la igualdad social, antes garantizada en su aspecto formal. Para alcanzar este escopo, el Estado debe intervenir en el orden económico y social para ayudar a los menos favorecidos; la preocupación mayor ya no es la libertad, sino la igualdad. Hay una preocupación con el bien común, en sustitución al individualismo del Estado Liberal. Añádase a eso el pasaje del Estado monoclasa liberal para el Estado pluriclasa. Con la ampliación del derecho de voto a las más diversas clases sociales, y no más apenas a las clases privilegiadas, también los intereses de aquellas clases pasan a contar con representantes junto al Poder Legislativo, lo que lleva a la positivación de los valores y aspiraciones de estos grupos sociales”.

contractuales, o gerenciamiento y conducción del Estado por medio de la participación política (Kist, 2000: 91-92).

Jorge Miranda se posiciona, a propósito de la sistemática estatal en el período posterior a la segunda guerra, diciendo que el Estado social no representaba sino una segunda fase del Estado constitucional, en tal medida que a despecho de las fundamentaciones e ideologías que se mantienen –tales como iluminismo, jusracionalismo y liberalismo filosófico–, la libertad, pública o privada, de las personas continúa siendo el valor básico de la vida colectiva y la limitación del poder político un objetivo permanente, y por otro lado, el pueblo continúa figurando como unidad y totalidad de los ciudadanos, tal como fue proclamado en ocasión de la Revolución Francesa (Miranda, 2005: 208).

Explicando la correlación entre libertad e igualdad, de modo de corroborar el primer argumento expuesto anteriormente, el autor observa que tanto en la concepción liberal como en la social, se verifican libertad e igualdad; sin embargo, en la primera igualdad figura como titularidad de los derechos, demandándose libertad para todos, al tiempo que en la concepción social la igualdad se revela como concreta forma de actuar y la libertad la propia igualdad inclinándose para la acción. Discurre que desde el enfoque liberal, la libertad de cada uno tiene como límite la libertad de los otros; y, en contrapartida, en la concepción social el límite mencionado se aúna a la igualdad material y situada, de tal forma que los derechos constitucionales de índole individualista se pueden resumir en un derecho general de libertad y los derechos de índole social en un derecho general de igualdad (Miranda, 2005: 209-210).

Concluyendo el raciocinio, Jorge Miranda (2005) expone que en el Estado social de derecho la libertad posible no se puede sacrificar a cambio de cualquier meta, por más justa que sea, para alcanzar el futuro. Se impone la creación de condiciones de libertad –de hecho y no meramente jurídica– de tal forma que se pueda alcanzar la libertad igual para todos, construida a través de la corrección de desigualdades y no a través de una igualdad sin libertad: “dependiente de las balizas materiales y procedimentales de la constitución”; y, por fin, “susceptible a las modulaciones que deriven de la voluntad popular expresada por el voto” (210-211).

Con la consolidación del Estado en su faceta social, las Constituciones que vinieron a continuación se revelaron preñadas de derechos fundamentales y sociales, exponiendo, por regla, amplio catálogo y balizas comunes unas a las otras, todas, no obstante, con la intención de salvaguardar al ciudadano y garantizarle el bienestar social. No es por acaso, incluso, que esta etapa del transcurrir estatal terminó por conocerse como Estado de bienestar social.

La Constitución Mexicana, promulgada el 5 de febrero de 1917, consagraba el nacionalismo, previendo expresamente el compromiso del Estado con la educación y reforma agraria. Preveía, de igual forma, disposiciones hostiles al poder económico representado por la burguesía, disponiendo, *verbi gratia*, prohibición del trabajo del menor de 14 (catorce) años, la garantía de la trabajadora gestante contra dimisión y la jornada especial, la participación en los lucros de las empresas y un sistema de previdencia social (Kist, 2000: 95).

La Declaración de los Derechos del pueblo Trabajador y Explorado editada en Rusia en 1918, adoptando premisas oriundas del pensamiento marxista, determinaba que la propiedad privada de la tierra estaba abolida. Determinaba también el confisco de los bancos, control de los trabajadores sobre las empresas, conteniendo, además, mensajes de “aplantar impiedosamente a todos los exploradores” y “repudio completo a la política bárbara de la civilización burguesa” (Kist, 2000: 96).

La Constitución Alemana de 1919 –conocida como la Constitución de Weimar, por haber sido promulgada en esta ciudad dado que Berlín se encontraba destruida por la Primera Guerra Mundial– determinó, en el artículo 153, que la propiedad privada se sujetara a una función social, disponiendo que “la propiedad está garantizada por la Constitución. Sus contenidos y límites resultan de las disposiciones legales (...). La propiedad obliga. Su uso debe, además, servir al bien común”. También trajo previsión de la reforma agraria (artículo 155), protección al trabajo (artículo 157), derecho de sindicalización (artículo 159), previdencia social (artículo 161), entre otros (Kist, 2000: 96-97).

Finalmente, todavía considerando el panorama internacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Organización de las Naciones Unidas, firmada el 1 de enero de 1942, trata, en el artículo 55, del compromiso de las naciones firmantes, incluso Brasil, de promover las condiciones sociales necesarias para una vida digna. Así, dispone que “(...) las Naciones unidas favorecerán: a) niveles más altos de vida, trabajo efectivo y condiciones de progreso y desarrollo económico y social” (Kist, 2000: 97).

Sintetizando las características del Estado social, menciona Paulo Bonavides, citado por Dário José Kist:

“En síntesis, cuando el Estado, coaccionado por las presiones y reivindicaciones de la clase trabajadora, le otorga a esta el derecho al trabajo, a la previdencia, a la educación; al intervenir en la economía, dicta el salario, manipula la moneda, regula los precios, combate el desempleo, protege a los enfermos, controla profesiones, compra producción, financia exportaciones, concede créditos, provee necesidades individuales, enfrenta crisis económicas, crea dependencia a su

propio poder económico, político y social, en fin, cuando extiende su influencia para todos los campos que antes estaban reservados a la iniciativa privada, este Estado será Social” (Kist, 2000: 98).

Sucedió, entretanto, que el crecimiento de los derechos sociales y económicos ultimó por burocratizar en demasía el Estado, que se vio en la condición de concretizar administrativamente exigencias legales con el objetivo de ajustar la libertad oriunda del Estado liberal a la igualdad del Estado providencia. En la misma vertiente, la hinchazón de la máquina estatal demandaba mayor recaudo y dispendio de verbas públicas, lo que, aliado al gerenciamiento ineficiente como consecuencia del agigantamiento de la máquina, viabilizaba la práctica de comportamientos proscriptos por parte de agentes públicos.

Idealizada la vertiente keynesiana del Estado para que actuara en los campos social y económico, se mostró ineficiente justamente en tal ámbito, haciéndose inviable, en vista de los factores *supra* mencionados, que asegurara el bien común por la realización de los derechos sociales e individuales en los varios sectores de la sociedad (Linhares, 2000: 218-219).

Paralelamente, el advenimiento de la posmodernidad (Agra, 2004: 576-577) (8), (9) –generada, según Danilo Zolo citado por Walber de Moura Agra, por el fenómeno de la complejidad social en las sociedades de economía avanzada y el proceso de integración en escala global, la globalización (Agra, 2004: 585)– expuso el debilitamiento del Estado como consecuencia de la imposibilidad de que el mismo atendiera las expectativas de una sociedad multicultural con marcada conflictuosidad oriunda de la desubstancialización (Agra, 2004: 577) (10).

(8) El término no sale ileso de las críticas académicas. Saldanha (2003), citado por Agra (2004) observa lo siguiente: “el término moderno está mencionado en el título con el sentido que le dio la historiografía de los siglos XVIII y XIX, o sea: aludiendo al mundo occidental que sigue al Renacimiento, al apareamiento del capitalismo y al de la Reforma. De dentro de lo moderno se desdobra lo ‘contemporáneo’, o surge como etapa posterior. Con esos conceptos, dispense personalmente el rótulo de posmoderno, que muchos vienen utilizando para designar las cosas correspondientes a la crisis de la modernidad. Para mí es, todavía, modernidad. Prefiero emplear para el tema el término secularización, que se refiere al pasaje del modelo sociocultural teológico para el lego (y luego después racional): el pasaje que se dio en el mundo clásico más o menos en los siglos V y IV a.C. y que ocurrió en Occidente en el trecho que abarca los siglos XVII y XVIII”.

(9) Agra (2004) explica el origen de la posmodernidad: “La posmodernidad es la consecuencia directa del desarrollo de la infraestructura económica de los países capitalistas desarrollados, fruto de la revolución tecnoinformática. Ese ritmo geométrico de modificaciones en la sociedad, en consonancia con las modificaciones tecnológicas, agravan aún más la posibilidad de encontrar principios que toda la sociedad pueda compartir, que por su vez está bastante fragmentada por la diversificación de lugares en la cadena productiva”.

(10) “La posmodernidad apunta para un proceso de desubstancialización porque la valoración científica pasa a hacerse con referencia al ciudadano, acumulando al mismo tiempo las funciones

La posmodernidad no solamente evidenció que el Estado social no se presentaba como solución definitiva para atender los anhelos sociales, sino también que los principios que habían servido de amparo desde el Estado liberal –entre los que estaban el de la separación de poderes y el de la soberanía– deberían sufrir serios cuestionamientos.

Como volver al Estado de cuño liberal no representa la solución viable y, en otro flanco, el Estado social tampoco se mostró eficaz lo suficiente para garantizar el atendimento a las necesidades sociales, se hizo necesario ajustar la senda entonces asumida en el andamio estatal para, observándose los parámetros posmodernos, consagrar los preceptos insertados en las Constituciones que en su estructura traían no apenas normas, sino también principios que, bajo el influjo pospositivista, permitieran que el derecho llegara finalmente a la sociedad.

II.3. Estado neoliberal

Si en un primer momento el Poder Legislativo se hizo diminuto (Estado liberal), viabilizando que el individuo ejerciera sus capacidades individuales; en secuencia se agigantó, regulando las relaciones sociales completamente (al menos se creyó que había llegado a tanto). El Poder Ejecutivo, en el auge del liberalismo, se limitaba a garantizar el ejercicio pleno de la libertad y, en perfil promocional y paternalista resultante del Estado social, se comprometió a llevar a cabo políticas públicas volcadas hacia la igualdad.

En el Estado social, el Poder Ejecutivo asumió una función de importancia candente, actuando más en el ámbito normativo que propiamente en el administrativo. Se percibe, entonces, que la separación de poderes ya se revela comprometida por lo menos en lo referente a la forma en la que fuera idealizada inicialmente (Dobrowski, 1985: 112-114).

Con referencia al Poder Judicial, la posmodernidad pasó a demandar una actuación que no restringía más sus funciones típicas al marco fáctico de conductas dentro de la moldura legal, sino al examen principiológico de los conflictos colocados a la tutela del magistrado. En este sentido, el pasaje de Estado liberal a social y, posteriormente a neoliberal, exacerbó dificultad en la concepción y separación

de sujeto y de objeto, autor de la producción científica y de la apropiación del conocimiento. Tomar al hombre como referencia significa que, como ‘sus intereses’ son cambiantes de acuerdo a sus relaciones sociopolítico-económicas, la producción de una ontología que contemple todos los intereses se muestra de difícil elaboración. Se descarta la posibilidad de mensurar una teoría a través de un único parámetro, que pasa a ser evaluada y mensurada bajo los más diversos prismas” (Agra, 2004: 577).

de funciones de cada uno de los vértices estatales, lo que se refleja directamente en la concepción de soberanía (Carvalho, 2001: 66-67).

Con el inicio de la década de los 80 en el siglo XX, el Estado social comienza a ceder el paso al nuevo liberalismo que se anunció como consecuencia de la imposibilidad de atender a los deseos de la sociedad, agigantamiento de la máquina estatal, inflación legislativa, burocratización excesiva, crisis económica y financiera, revolución tecnológica y, principalmente, la globalización (Lima, 2001: 134-135) (11).

El neoliberalismo se caracteriza, pues, como reacción teórica y política frente al Estado de bienestar. Frederick Von Hayek, considerado precursor del neoliberalismo, destaca, a propósito de la ruptura con el intervencionismo estatal, que dicha doctrina "(...) es mucho más que un programa económico, es en realidad una transformación global de toda la sociedad en todas sus dimensiones" (Carvalho, 2001: 64).

En consonancia con la visión liberal, las imperfecciones y crisis del mercado solamente se corrigen con más mercado, figurando la libertad económica como fundamento de la libertad política. La democracia estaría estructurada bajo el mantenimiento y afirmación del libre juego de las fuerzas del mercado, teniendo como prerrequisito que la economía global fuera autorregulable, tendiente a la natural superación de crisis, desequilibrios y capaz de distribuir equitativamente sus beneficios en todo el mundo (Carvalho, 2001: 65).

La formación teórica del economista austríaco Frederick Von Hayek llegó al punto de establecer concepción propia para el Estado de derecho, entendiéndolo apenas existente si y mientras apto para salvaguardar la libertad por medio del

(11) En cuanto a la globalización, aunque tratada como asunto recurrente y actual, importa mencionar, como recordado por Campos (1998), citado por Lima (2001), que tal no revela fenómeno reciente y, tampoco, nunca antes visto en la historia de la humanidad. Así menciona el autor: "Este siglo comenzó (hasta 1914) con la globalización de la 'belle époque'. Bajo ciertos aspectos, esa globalización fue más intensa que la actual, pues, además del libre comercio, existía el libre movimiento de capitales y de personas. Fue una época de 'grandes migraciones'. De esta forma, la globalización contemporánea pos muro de Berlín es apenas una retomada de tendencia tras un largo interregno colectivista. En los siglos XV y XVI existió la globalización geográfica, con los grandes descubrimientos de las Américas y de los nuevos caminos para la India, China y Japón. Más remotamente, aun, al inicio de este milenio, se dio la mayor de todas las globalizaciones, la formación del Imperio Romano. El latín se volvió la lengua franca de todo el mundo civilizado de entonces; el 'denarium' fue una especie de moneda única; el derecho romano pasó a moldar las instituciones jurídicas de la época; y los ingenieros de Roma desarrollaron y exportaron la tecnología de infraestructura (acueductos, puertos y carreteras). Sectorialmente, ocurrieron también varias globalizaciones. La globalización 'cultural' por la hegemonía de la cultura helenística del siglo 5 a.C. hasta el siglo 2 d.C. La difusión dramática del Cristianismo fue una especie de globalización 'religiosa'".

alejamiento de la intervención del Estado en la economía y del crecimiento del poder discrecional de los burócratas para establecer y llevar a cabo la realización de metas sociales que amenacen directamente la libertad.

Según Hayek, el Estado de derecho solamente se caracterizaría al presentar las siguientes características: a) la ley debe ser abstracta, general, prospectiva, para que el legislador no pueda escoger a una persona o grupo para ejercer coerción o demandar privilegio; b) la ley debe ser conocida y cierta (estable), para que las personas puedan planificar, c) la ley se debe aplicar de igual forma para todos, ciudadanos y autoridades, lo que ocasiona la disminución de la promulgación de leyes injustas; d) debe haber una división entre legisladores y aplicadores del derecho, jueces y administradores, de modo que las leyes no se hagan para solucionar casos concretos; e) se impone la existencia de control judicial de los actos discrecionales de la administración para la corrección de leyes mal aplicadas; f) legislación y políticas (públicas) también deben estar separadas, justificándose la coerción estatal apenas por medio de ley, para prevenir la coerción discriminatoria de individuos; g) debe haber, además, una carta de derechos no exhaustiva para la protección de la esfera privada (Vieira, 1996: 203-204).

Obsérvese que en la concepción del autor se evitan particularidades y se exige el alejamiento de la actuación estatal de la esfera económica y política, salvaguardándose las libertades individuales necesarias para mover el capital en el mercado.

Aun en la concepción del Estado de derecho desde el punto de vista de la protección a la economía de mercado, encontramos a Lon Fuller, que, en *The morality of Law*, se posiciona en el sentido de que el Estado se debe alejar de parámetros sustantivos de justicia y nociones de derecho natural. Para él, el propósito de los sistemas legales debe ser someter la conducta humana a la orientación y control de reglas generales; y, para alcanzar tal intento, los sistemas legales deben incorporar una serie de “excelencias” que constituirán “la moralidad interna del derecho” (Vieira, 1996: 205-206) (12).

No se exige, para el autor, una carta de derechos o, incluso, clara separación de poderes. El Poder Judicial, por otro lado, ni siquiera figuraría como la mejor institución para vigilar el proceso de aplicación del derecho. Importa, en realidad, verificar la relación de reciprocidad extraída de la moralidad y economía de mercado, pues a través de las instituciones y procedimientos adoptados por una socie-

(12) Vieira (1996) cita algunas excelencias, como, por ejemplo: a) la existencia de reglas, que deben ser públicas, prospectivas, no contradictorias entre sí, comprensibles y estables para que las personas puedan pautarse por ellas; b) congruencia entre las reglas y su efectiva aplicación y administración.

dad organizada se eleva una red anónima y constante de colaboración entre sus miembros.

Viendo las sociedades de troca como ambiente propicio para la realización de la moralidad interna del derecho, apunta “tres condiciones óptimas para la eficacia de la noción de deber”: a) la voluntariedad, de ambas partes, con la que la relación de reciprocidad, de la que la obligación deriva, se constituye; b) la igualdad de las obligaciones entre las partes, lo que sólo el mercado puede establecer; y c) la reversibilidad, o sea, que su posición en las relaciones contractuales no sea siempre la misma, pudiendo en cualquier momento determinada parte cambiar de lugar con la otra.

Adoptando tales premisas y teniendo el mercado como elemento formador inclusive del Estado de derecho, Lon Fuller entiende que quedará realmente facilitado el cumplimiento de deberes y obligaciones, independientemente de coerción estatal (Vieira, 1996: 205-207).

Con tal concepción, se pone de relieve la capacidad del autor de retirar de una sociedad regida por el mercado una formulación normativa del Estado de derecho; la idea de reciprocidad, inherente al mercado, de tal suerte que el derecho alcanza eficacia no apenas cuando es fruto de la voluntad consensual de los ciudadanos, sino cuando existe la disponibilidad de respetar mutuamente el ejercicio de los derechos (Vieira, 1996: 207).

De cierto, basándose en las concepciones teóricas anteriormente destacadas y considerando, además, la coyuntura político económica que se verificaba como fruto, entre otros factores, de la globalización, Estados Unidos e Inglaterra, bajo los gobiernos de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, concretizaron en el escenario mundial una nueva política económica, fundamentada en la reducción del Estado tal cual los parámetros liberales, aunque con el diferencial de la regulación de las actividades desempeñadas por las empresas (Lima, 2001: 133).

Lo que se pretende, por ende, es el Estado que estimula y subsidia la iniciativa privada; democratiza la Administración Pública por medio de la participación de los ciudadanos en los órganos de deliberación y de consulta y por la colaboración entre lo público y lo privado en la realización de las actividades administrativas del Estado; mengua para que la actuación de lo particular gane espacio; emprende asociaciones entre el poder público y los entes privados, de tal forma que sustituye a la Administración en lo referente a la elaboración de actos unilaterales, no más concibiéndose estrictamente la Administración bajo los parámetros autoritarios, verticales y jerarquizados (Di Pietro, 2002: 16).

En este contexto, pasa a ganar importancia el principio de la subsidiariedad, al exigir que la actuación directa del Estado solamente se verifique al demostrarse la incapacidad del mercado de resolver internamente el problema de los intereses colectivos (Linhares, 2000: 220) (13), o en casos que demanden la corrección de fallas concernientes a la actuación empresarial.

Evidentemente, no se confunde el Estado subsidiario con el Estado mínimo. Dado que en esta faceta, el ente estatal solamente ejerce actividades esenciales, relegando todas las demás a la iniciativa privada, de acuerdo con la idea de libertad individual del Estado liberal. En la primera, por otro lado, el Estado realiza las actividades típicas del poder público y también las sociales y económicas que los particulares no consiguen emprender en los meandros de la libre iniciativa y competencia (Linhares, 2000: 220), además, de corregir distorsiones provenientes de la propia actividad empresarial ambicionando el lucro (Jakobi, 2011).

Con todo, no se puede olvidar que, no obstante el principio de la subsidiariedad traiga en su cerne la reducción de las tareas atribuidas al Estado (Violín, 2006), la reducción de la intervención en el dominio económico no puede desconsiderar los principios jurídicos esenciales de la ciudadanía, dignidad de la persona humana, valores sociales del trabajo y del pluralismo jurídico, además de la erradicación de la pobreza y de la marginalización y reducción de las desigualdades sociales, bajo pena de negar la construcción de una sociedad justa, libre y solidaria, lo que vendría a confrontar lo establecido en la propia Constitución de la República (Linhares, 2000: 221-222).

Por otro lado, importa destacar el papel desempeñado por la sociedad civil con la idea de viabilizar que el Estado, aunque bajo el influjo del capital, pueda venir a desempeñar las actividades esenciales y caras a la Constitución, de suerte de engrandecer la democracia (Lima, 2001: 137-138) (14).

(13) Linhares (2000) aclara así la aplicación del principio de la subsidiariedad en el contexto del Estado neoliberal: “El principio de la subsidiariedad exige que la actuación directa del Estado en la actividad económica, entendida en sentido amplio, demande prueba específica de la incapacidad del mercado para resolver internamente el problema de la satisfacción de los intereses colectivos. Así, permanecerían a cargo del Estado las actividades que le son propias como ente soberano, y por eso consideradas indelegables a lo particular (seguridad, defensa, justicia, relaciones exteriores, legislación, policía) y deberían ser orientadas por el principio de la subsidiariedad las actividades sociales (educación, salud, investigación, cultura, asistencia), ejercidas apenas supletivamente por el Estado, cuando la iniciativa sea deficiente”.

(14) Torraine, citado por Lima (2001), observó, con razón, que “la democracia está amenazada, por un lado, por los regímenes totalitarios que utilizan el liberalismo económico para prolongar su propio poder, y, por otro, por los Estados comunitarios que se encuentran tanto en el Este como en el Oeste, en el Sur o en el Norte. Contra esas dos amenazas, las sociedades políticas democráticas

Juan Ramón Capella (1998: 226) en esta línea se posiciona en el sentido de que la creación de vínculos comunitarios viabilizará la toma de acciones en el espacio público estatal con el objetivo de, en el cerne político, “reinventar, con formas institucionales nuevas, (...) la democratización ya conocida”. De esta forma, se estará evitando que las cuestiones sociales y políticas se vean apenas como ajustes económicos emprendidos y adecuados en escala global (Lima, 2002: 507) (15).

En esta línea, o sea, de Estados de índole liberal, social o neoliberal, ¿cómo se puede esperar la actuación del poder investido en la actividad decisoria? Dicho de otra forma: ¿se puede esperar –y exigir– la utilización de técnica decisoria propia a una de las facetas del Estado, pero que, frente al alto grado de complejidad social, no se adecua a otras configuraciones? ¿Con base en qué matriz teórica se puede demandar la actuación del Poder Judicial? Es lo que pretendo responder a continuación, ahora sí, comparando las soluciones ofrecidas por la Corte Suprema de Justicia argentina y el Supremo Tribunal Federal brasileño.

III. El Poder Judicial en Brasil y la Argentina: países distintos, símiles dificultades

El recorrido de la configuración actual del Estado de derecho antes mencionado afectó, de forma incontestable, tanto a Brasil como a la Argentina, produciendo en sus respectivos poderes constituidos la necesidad de acomodación de los proveimientos que les son típicos y característicos a las dificultades de las sociedades más complejas cuya plataforma es, independientemente de controversia en lo referente a la denominación, lastrada por la necesidad de exposición de valores y resolución de conflictos cuyo acierto no se sitúa sólo en la adjudicación del derecho postulado, demandando también efectuación de forma impositiva, aunque convergente con el racionalismo dialógico que se comprende como lógica actual del ejercicio de la soberanía.

reaccionan sin vigor, más preocupadas con el consumo o empleo que con la política, mientras las instituciones nacionales están absorbidas por tareas de gestión económica. La acción democrática, que parece estar presente en toda parte, se refugia, al margen de las instituciones oficiales, en las asociaciones voluntarias que, habiendo surgido a partir de objetivos humanitarios, se volvieron las principales defensoras de los derechos de las minorías y de las naciones y categorías sociales oprimidas o excluidas”.

(15) Lima (2002), citando a Boaventura de Souza Santos, destaca que “el Estado se debe ver como un movimiento de fuerza social, un componente de espacio público no estatal impidiendo la apropiación de ese espacio por las fuerzas despóticas del mercado. Boaventura de Souza Santos trae la idea por nós acatada de un Estado como un joven movimiento social, un Estado articulador que no tiene más el monopolio de la gobernanza, sino que detiene el monopolio de la metagobernanza, el monopolio de la articulación”.

En este marco, tanto Brasil como la Argentina, dentro del ámbito específico del Poder Judicial presentaron problemas y soluciones parecidas, como paso a demostrar.

III.1. Relativización de la argumentación por deducción: una mirada al todo

En Brasil, por oportunidad del juicio de la acción popular que impugnaba la demarcación del área indígena Raposa Serra do Sol, el Supremo Tribunal Federal, reconociendo la complejidad del litigio sometido a su criba y las cuestiones involucradas a su alrededor, más que solucionar el caso, añadió a la parte dispositiva de la sentencia 19 (diecinueve) cláusulas condicionantes, las que pasarían a disciplinar la demarcación de cualquier área indígena que, a partir de entonces, se llevara a cabo en Brasil (Camilo) (16). Se emitió lo que se ha denominado de “sentencia aditiva” (Paulsen) (17), que, por su naturaleza, contiene determinaciones abstractas y genéricas que regulan determinado punto omiso que obste el cumplimiento de cláusulas constitucionales.

En efecto, la comprensión de las estimaciones judiciales decisorias como actos de adjudicación de derechos pasa por una nueva etapa en el ámbito de la procesalística moderna. Si, tradicionalmente, se tenía el micro litigio, el proceso subjetivo y los conflictos individuales como modelo, actualmente la misma situación ya no se verifica. Daños colectivos, conflictos en masa, procesos objetivos y decisiones que ultrapasan la tradicional lectura de institutos como el principio de la correlación (o congruencia), litisconsorcio y cosa juzgada, además del propio papel del juez desafían a los juristas y fomentan la revisión y la discusión de medios y modos capaces de alcanzar, al mismo tiempo, la efectividad que se espera de los derechos fundamentales y la máxima plenitud de las disposiciones constitucionales (Fiss, 1979; Hespanha, 2009: 149) (18).

(16) Todas las cláusulas se pueden verificar en el excelente trabajo desarrollado por Camilo, con especial realce de la cláusula 17. Camilo, Ana Sinará Fernandes. “O STF, a Condicionante n.º. 17 do caso ‘Raposa Serra do Sol’ e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará”. Integra del trabajo disponible en: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf> [Fecha de consulta: 17/1/2013].

(17) Para Paulsen, sentencia aditiva es aquella “decisión que, reconociendo la inconstitucionalidad de una ley, la dicta y la adecúa a la interpretación de la Constitución. En verdad, la sentencia aditiva manipula la norma que reputa inconstitucional, por insuficiencia de su enunciado, extendiendo su alcance, o sea, ampliando su ámbito de incidencia, con el escopo de volverla constitucional”. Paulsen, Leandro. A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade. Disponible en: http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33 [Fecha de consulta: 17/1/2013].

(18) Fiss (1979) observa, a propósito, que “(...) the legislative and executive branches of government, as well as private institutions, have a voice; so should the courts. Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for

En este contexto, no se puede olvidar que la función del Poder Judicial tampoco se resume a los embrollos existentes entre Ticio y Caio o Tiburcio y Marcius. Frecuentemente se entablan discusiones acerca de la posibilidad de realización de políticas públicas, medio ambiente o implementación de derechos que, a primera vista, se revelan investidos de normas programáticas o de eficacia inmediata (19).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tampoco salió invicta de esta constatación. En el juicio del caso alusivo al río Matanza-Riachuelo, como es de conocimiento de los lectores argentinos, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada el 20 de junio de 2006, no se limitó a reconocer el *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, determinando también la recuperación del daño ambiental que se debería efectuar –y aquí la parte que no se limita a la adjudicación de los derechos, pudiendo cualificarse por la nota de efectividad– por intermedio de informaciones otorgadas por las empresas demandadas, además del plan integrado realizado por la provincia de Buenos Aires, el Estado nacional, la Ciudad de Buenos Aires y el Cofema y designando a la Universidad de Buenos Aires como encargada de fiscalizar su cumplimiento. Plan que debería contemplar: i) el ordenamiento ambiental del territorio; ii) control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas; iii) estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas; iv) programa de información ambiental, y, por fin, v) la convocación de audiencia pública a realizarse en la Corte (Lorenzetti, 2009: 136-138).

Como se puede percibir fácilmente, esta decisión, en la misma línea que la que fue adoptada por el Supremo Tribunal Federal brasileño, se revela algo inédita, porque es fruto de un proceso dialógico de comprensión del tema versado y no se agota apenas en la adjudicación del derecho postulado, cuidando de, en esfera discursiva y dialógica, propiciar el decisivo papel de la sociedad sea en la resolución del asunto, sea en la fiscalización del orden judicial y, además, concitando al poder público de diversas esferas a participar de la elaboración del plan que

them to be silent. They too can make a contribution to the public debate and inquiry". Faculty Scholarship Series. Paper 1220. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220 [Fecha de consulta: 10/1//2014]. Hespánha (2009) parece inclinarse también a la relectura de la función judicial, observando que "(...) algunas de las más importantes cuestiones constitucionales estadounidenses hoy en día se relacionan con esta tensión entre lo judicial y lo legislativo (...)".

(19) Específicamente acerca de las políticas públicas, actual concepción como derechos pasibles de implementación y los esfuerzos estatales para tanto, obsérvese: Oliveira, Luciana Vargas Netto (2008). "Estado y políticas públicas en Brasil: desafíos ante la conyuntura neoliberal", en: *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 93, p. 101-123, 102, marzo. Thiago Lima Breus también destaca este punto. Breus, Thiago Lima (2007). *Políticas Públicas no Estado Constitucional - Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: editora Fórum, p. 217.

tenderá a la educación ambiental y a la descontaminación del río, objeto de la demanda.

La técnica estructurante utilizada se encuentra a la vanguardia de lo que se emprende en el escenario procesal mundial y, por eso, demuestra sintonía de las respectivas Cortes con lo que se practica de más actual en términos de técnicas decisorias.

Sérgio Cruz Arenhart (2013: 7) en el trabajo justamente intitulado *Decisiones estructurales en el Derecho Procesal Civil brasileño*, destaca que las decisiones estructurales pueden ser comprendidas como aquellas “(...) que se orientan para una perspectiva futura, teniendo en cuenta la más perfecta resolución de la controversia como un todo, evitando que la decisión judicial se convierta en problema mayor que el litigio que fue examinado”.

Owen Fiss aclara lo siguiente acerca del concepto de las decisiones en foco:

“Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values. Structural reform –the subject of this essay– is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central –maybe the central– mode of constitutional adjudication” (Fiss, 2011: 02) (20).

Aunque esto no es todo. También en la resolución de los casos: a) de la constitucionalidad de la ley 25.562 y del decreto 214, que establecían que los depósitos en dólares se devolverían en pesos y, además, que la cantidad de pesos que se fijaba no equivalía a la cantidad de dólares en el mercado (caso conocido como “pesificación”); b) del embate entre libertad de expresión y de prensa (caso “Urien Berri”, Fallo 248: 291, 325); c) de la constitucionalidad del uso de drogas en el ámbito privado, sin afectar a terceros (caso “Arriola”); d) de los límites de tiempo y valor establecidos por el dec. 690/2006, artículos 5° y 6°, para inclusión en el con-

(20) Otros autores que también vienen estudiando la temática tratada: citron, Rodger. “The case for a structural injunction to improve indigent defense services”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 101: 481; Chayes, Abram (1976). “The role of the judge in public law litigation”, en: *Harvard law review*, v. 89, n. 7, mai; Tushnet, Mark (2011). “Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century”, en: *NUJS law review*, 177, abr.

texto de programas sociales (caso “Sonia Quisberth Yolanda Castro – QCSY”); e) de la constitucionalidad de las leyes 23.492/86 (“Punto final) y 23.521/87 (“Obediencia debida”) entre varios otros más, la Corte Suprema de Justicia se deparó con situaciones que demandaban la prolación de estimación calcada no solo en la tradicional argumentación deductiva, basada en el clásico *modus ponens* que se popularizó por oportunidad de la escuela de la exégesis, sino también por otros factores, tanto a nivel político, económico, jurídico o meramente pragmático. En los casos mencionados se ha tenido en cuenta, para producir la decisión final, respectivamente, la situación económica del país y la posibilidad de su recuperación como consecuencia de la aplicación de la legislación cuestionada, los argumentos presentados en audiencia pública, la necesidad de instar a autoridades públicas a la reestructuración de determinado sector (como en el caso “Arriola”, en el que fueron convocadas autoridades públicas para crear una política de Estado contra el tráfico de drogas, además de la adopción de medidas preventivas), la vulnerabilidad, requisito que puede hasta mismo derrotar limitaciones legales, y la necesidad de ajustar los rumbos políticos del país a la directriz de derechos humanos practicada alrededor del mundo.

Como se puede percibir, la técnica deductiva no auxilió de forma exclusiva en la resolución de los casos llevados a juicio ante la Corte Suprema de Justicia argentina, imponiéndose la observancia de factores muchas veces conexos, aunque externos a las cuestiones jurídicas, discutidos y juridicizados por técnicas decisorias de diferentes matices.

El Supremo Tribunal Federal brasileño siguió semejante senda, al decidir: i) por la posibilidad de aborto en el caso de fetos anencefálicos (Alegación de incumplimiento de precepto fundamental - ADPF nº 54/DF); ii) postergación de la ablaición (retirada de la norma entendida como inconstitucional del ordenamiento jurídico) por cuestiones de conveniencia administrativa (declaración de inconstitucionalidad de la ley que autorizó la creación del Municipio de Luís Eduardo Magalhães, en el Estado de Bahia, por medio de la Acción directa de Inconstitucionalidad nº 2.240/BA)(21); iii) efectos progresivos de la inconstitucionalidad, incapaces de alejar de pronto la norma del ordenamiento jurídico (22); entre otras situaciones, también aptas a denotar qué técnicas decisorias vienen siendo utilizadas por la Corte Suprema brasileña, alineándose también con lo que se en-

(21) Íntegral del voto, disponible en: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms [Fecha de consulta: 12/5/2016].

(22) STF; RE 135328; SP; Tribunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 29/06/1994; DJU 20/04/2001; p. 00137) (Publicado em: DVD Magister nº 17, Repositorio Autorizado del TST nº 31/2007 [Fecha de consulta: 12/5/2016].

cuentra en la pauta y agenda más actuales de la doctrina procesalística y que aúna teoría del derecho y filosofía al tema de la efectución de derechos, sobre todo aquellos de naturaleza fundamentales. Por lo que se puede deducir de los juicios mencionados, las Cortes brasileña y argentina, identificando similares dificultades, caminan por caminos semejantes, observando y puntuando la existencia de cuestiones externas a las meramente jurídicas y materializándolas por intermedio de técnicas decisorias actuales.

IV. Notas conclusivas

En este trabajo, fruto de la gentil invitación que me fue dirigida por los profesores doctores Juan Carlos Corbetta y Vicente Atela, pretendí exponer algunos aspectos pertinentes a la configuración de los Estados contemporáneos, con el fin de situar el marco temporal con el que trabajan los poderes constituidos por fuerza de reglamento constitucional, tanto en la Argentina como en Brasil.

Pretendí, además, demostrar, a la luz de juicios emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y del Supremo Tribunal Federal, que ambos Tribunales identifican la complejidad oriunda de esta configuración del Estado y, por consiguiente, los conflictos derivados, para cuya solución no se puede esperar apenas la utilización de argumento por deducción, basado en el tradicional *modus ponens*. Al contrario, para adjudicación de derechos y su correspondiente efectución a cada momento se vuelve fundamental y necesario que técnicas decisorias de vanguardia se vengán a utilizar, tales como las decisiones intermedias, aditivas, estructurantes, etcétera.

En este contexto, se percibe, también a la luz de los juicios aludidos, que ambas cortes vienen operando de una forma satisfactoria en lo referente a la percepción de la problemática involucrada en los casos juzgados y a su resolución de la forma más apropiada a los programas y pautas delineados por la Constitución. De esta percepción deviene, inexorablemente, la constatación de que la democracia, conturbada por veces en lo tocante a los aspectos económicos y políticos, al menos en el ámbito jurídico está encontrando, en la Argentina al cabo de este bicentenario de la Independencia y en Brasil, a lo largo de un poco más de historia, una conformación que, en las correspondientes Supremas Cortes, parece estar coadunándose con los derechos fundamentales y los valores que emanan de las respectivas Constituciones.

Ojalá podamos esperar que los demás poderes constituidos, en ambos países, alineen sus conductas a lo que se viene observando por lo menos en los Poderes Judiciales a nivel Supremo en cada Nación. Tal vez en el próximo centenario de la declaración de la Independencia, brasileña o argentina, tengamos esta respuesta.

V. Bibliografía

AGRA, Walber de Moura (2004). “Pós-modernidade, crise no estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional”, en: *Revista da esmape. Escola superior de la magistratura de Pernambuco*. Recife, v. 9, n. 19, pp. 575-610.

ARENHART, Sérgio Cruz (2013). *Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro*. RePro 225.

BONAVIDES, Paulo (2009). *Do Estado liberal ao Estado Social*. São Paulo: editora Malheiros.

BREUS, Thiago Lima (2007). *Políticas Públicas no Estado Constitucional - Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: editora Fórum.

CAMILO, Ana Sinara Fernandes (2010). “O STF, a Condicionante nº 17 do caso ‘Raposa Serra do Sol’ e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará”, en: *CONPEDI. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito [online]*. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf> [Fecha de consulta: 17/5/2016].

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CARVALHO, Thiago Fabres de (2001). “A teoria da divisão de poderes no contexto do neoliberalismo: alguns dilemas da democracia em tempos de globalização econômica”, en: *Revista de Estudios Criminales*. Sapucaia do Sul, v. 1, n. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2002). *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas.

DOBROWLSKI, Sílvio (1985). “A expansão do poder no estado social - aspectos ideais para contê-las”, en: *Revista de información legislativa*. Brasília, v. 86, n. 23.

FISS, Owen M. (2010). “The forms of justice”, en: *Yale Law School, Faculty Scholarship Series [online]*. Paper 1220. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220 [Fecha de consulta: 10/1/2014].

FREITAS, Maria Cecília Weigert Lomelino de (2009). “O Estado e os meios alternativos de resolução de conflitos”, en: *Revista del Tribunal Regional del Trabajo de la 9ª Región*. Curitiba, volumen 34, pp. 179-210.

HESPANHA, António Manuel (2009). *O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina.

JAKOBI, Karin Bergit (2011). *A atuação da CVM na regulação do mercado de capitais e na consagração do full disclosure, sob o enfoque da análise econômica do direito*, 182f. Disertación presentada para obtener el título de Magíster en derecho en el programa de maestría en Derecho Socioambiental - Pontificia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

KIST, Dário José (2000). “O Estado Social e o surgimento dos direitos fundamentais da segunda geração”, en: *Ajuris*. Porto Alegre, v. 26, n. 80.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de (jul/set 2001). “Neoliberalismo e globalização: para entender o mundo em que vivemos”, en: *Revista de derecho administrativo*. Rio de Janeiro, v. 225.

LIMA, Vivian Cristina (2002). “A Teoria da Constituição: limites, possibilidades e perspectivas na pós-modernidade”, en: *IDAF - informativo de derecho administrativo y responsabilidad fiscal*. Curitiba, v. 1, n. 6.

LINHARES, Marcel Queiroz (2000). “O Estado social e o princípio da subsidiariedade: reflexos sobre o conceito de serviço público”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal del Estado de Paraná*. Curitiba, volume 33.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2009). *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

— (2015). *A arte de fazer Justiça. A intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

MACHADO, João Luís de Almeida (2006). “As condições de trabalho na Revolução Industrial”, en: *Planeta Educação* [online]. Disponible en: <http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=504> [Fecha de consulta: 18/5/2011].

MIRANDA, Jorge (2005). “Estado social e direitos fundamentais”, en: *Revista del Superior Tribunal de Justicia*. Brasília, edición conmemorativa.

NOVAIS, Jorge Reis (2006). *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina.

PAULSEN, Leandro. “A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade” [online]. Disponible en: http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalle.asp?ID=33 [Fecha de consulta: 17/1/2013].

PÉREZ, José Luis Monereo (2009). *La defensa del estado Social de Derecho*. España: El Viejo Topo.

SARLET, Ingo Wolfgang (1998). "O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade", en: *Ajuris*. Porto Alegre, volume 25, n. 73.

SILVESTRI, Gaetano (1984). *La separazione dei poteri*. Milano: Dott A. Giuffrè editore.

STF, 27/4/2005. "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" [online]. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> [Fecha de consulta: 12/5/2016].

STF, 9/5/2007. "Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240-7 Bahia" [online]. Disponible en: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=184820&modo=cms [Fecha de consulta: 12/5/2016].

VIEIRA, Oscar Vilhena (1996). "Neoliberalismo e estado de direito", en: *Revista Brasileira de Ciencias Criminales*. São Paulo, v. 4, n. 14 p. 201-214.

VIOLIN, Tarso Cabral (2006). "Uma análise crítica do ideário do terceiro setor no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública", en: *Revista zenite de Licitaciones y Contratos - ILC*. Curitiba, v.13, n.150, pp. 678-685.

ZAGREBESLKI, Gustavo (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE MAYO DE 2017
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA