

Jurisdicción y conflictos de poder

por ENRIQUE ZULETA PUCEIRO^(*)

Sumario: PRESENTACIÓN. – 1. UNA TENSIÓN ESENCIAL. – 2. ¿ECLIPSE DEL CONSTITUCIONALISMO? – 3. CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISDICCIÓN. – 4. JURISDICCIÓN Y GOBIERNO EN TIEMPOS DE TRANSFORMACIÓN. – 5. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA REGULACIÓN. – 6. NUEVAS FRONTERAS Y LÍMITES DE LA COMPLEJIDAD. – 7. HACIA NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA SOCIAL.

Presentación

El conflicto creciente al interior de las estructuras del poder es el dato central y definitorio de la crisis del Estado constitucional de Derecho. La casi totalidad de los sistemas políticos de América Latina vive, en efecto, un conflicto abierto entre las estructuras gubernativas, los poderes legislativos y el poder jurisdiccional, que abarca un arco extenso de experiencias tan diversas como las de México, Brasil, Chile, Colombia, Perú o Argentina. La deriva autoritaria que se avizora a partir de la reciente victoria de Donald Trump en los Estados Unidos, completa un pronóstico reservado para la salud de las instituciones republicanas.

Los problemas de la teoría y la práctica constitucional frente a los conflictos de poder preocuparon desde siempre y de un modo central a Néstor P. Sagüés. Desde su perspectiva de realismo tridimensional, vio en ellos una muestra evidente de las insuficiencias de la perspectiva normativista y la existencia de verdaderas lagunas o vacíos constitucionales. De allí –pensaba Sagüés– que el tratamiento judicial de las “crisis de poder” careciera de una perspectiva sistemática, sin que por ello dejaran los poderes judiciales de atender este tipo de conflictos mediante soluciones jurídicas efectivas, atentas a la responsabilidad política del poder, a través de soluciones basadas en una interpretación integradora no muy diferente a las ensayadas en muchos otros casos de lagunas o vacíos constitucionales⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El Preámbulo*, por FELIPE SEISDEDOS, ED, 91-913; *Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2003-302; *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)*, por DIEGO A. DOLABJIAN, EDCO, 2010-226; *La invocación a Dios como fuente de toda razón y justicia del Preámbulo de la Constitución Argentina*, por FÉLIX A. MONTILLA ZAVALÍA, EDCO, 2010-445; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Las invocaciones religiosas en los preámbulos*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2017-455; *¿Existen normas inconstitucionales en la Constitución? (En torno al preámbulo de la Constitución como silogismo práctico teleológico)*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, El Derecho Constitucional, Marzo 2021 - Número 3; *El Preámbulo de la Constitución Nacional en la doctrina y la jurisprudencia*, por JAVIER MARCELO AYALA, ED, 298-759; *La fraternidad como categoría político-jurídica en la Constitución de 1853*, por LUCIO PALUMBO, El Derecho - Constitucional, Agosto 2023 - Número 8; *1° de mayo. Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años*, por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306-1265; *A treinta años de la reforma constitucional y en el Día de la Constitución: nuestro programa de Estado es el programa constitucional para el desarrollo humano y federal*, por PABLO MARÍA GARAT, El Derecho Constitucional, Mayo 2024 - Número 5; *La Convención Constituyente de 1994: un ejemplo de convivencia política*, por MARÍA CRISTINA BENZI, El Derecho Constitucional, Agosto 2024 - Número 8. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor Emérito (Universidad de Buenos Aires). Profesor Titular de Teoría General del Derecho y de Sociología Jurídica (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Académico de Número de la Academia Nacional de Educación. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

(1) Para un análisis de las ideas de Sagüés respecto al papel de la Corte Suprema ante las crisis de poder o “crisis institucionales”, expuestas a lo largo de toda su obra, cabe subrayar Sagüés, Néstor P., “La Corte Suprema y los conflictos de poderes”, en Santiago, Alfonso (h)

La temática del tratamiento judicial de conflictos extremos entre poderes tiende a cobrar en la actualidad una importancia creciente. La doctrina comparada habla así de “*constitutional showdowns*”, para aludir a la idea de “enfrentamientos decisivos” o instancias de resolución final a través del desencadenamiento de choques institucionales entre poderes. La idea de “*showdown*” refleja casi gráficamente la existencia de decisiones importantes adoptadas ante situaciones de choques que enfrentan a poderes públicos en casos complejos o controvertidos, que carecen de procedimientos de resolución preestablecidos⁽²⁾.

Una idea complementaria es la de “*constitutional hardballs*”, referida a la práctica cada vez más frecuente de conflictos institucionales, en los que las partes escalan el nivel del conflicto hasta un punto en el que no caben más que soluciones transaccionales, basadas en el temor al daño que puede generar una situación en la que una de las partes inflija una derrota a la otra parte, de consecuencias mutuamente inconvenientes para todos. El conflicto se resuelve a través de una fórmula que innova en la situación crítica planteada⁽³⁾. Como en los supuestos de “*chicken game*”, las partes en conflicto aceleran, confiando en el reflejo defensivo de la contraparte, que, en el último instante, depondrá su actitud ante la evidencia de los daños y los costos que un choque “a todo o nada” significará para todas las partes enfrentadas.

Ambas ideas reflejan, complementándose entre sí, la situación de vacío de una respuesta institucional satisfactoria frente a la escalada de conflictos entre los poderes públicos enfrentados entre sí. En el final, se especula, prevalecerá la decisión de evitar males mayores, a través de la adopción de soluciones que tengan ese objetivo.

Se trata de situaciones sin soluciones aparentes a la luz de los patrones establecidos. Fenómenos cada vez más frecuentes en el contexto democracias fragmentadas y desbordadas por la entidad e intensidad de problemas que superan la capacidad de respuesta desde los marcos institucionales establecidos.

La situación de *showdown* ocurre cuando uno de los poderes o una rama del gobierno confronta con otra en torno a un tema constitucional en un contexto de incertidumbre acerca de la legitimidad de las posiciones que se contraponen. En tales situaciones, las partes en conflicto perciben que la confrontación mutua producirá seguramente los peores resultados para ambas partes. Ejemplos de este tipo de situaciones pueden ser los casos de juicio político o los de decisiones parlamentarias que establecen barreras para las funciones de control judicial de constitucionalidad de una reforma constitucional o de una determinada legislación.

Las reflexiones que siguen se inspiran en una visión de este tipo de problemas como la que Sagüés desarrolló a partir de un muy cultivado sentido de la prudencia judicial, ilustrada por una singular erudición en el campo del derecho constitucional comparado, aplicada a conflictos que tienden a situar a los ordenamientos constitucionales actuales ante los límites extremos del constitucionalismo convencional.

1. Una tensión esencial

El derecho público contemporáneo sufre una tensión esencial entre, por un lado, la necesidad de asegurar y garantizar la vigencia y eficiencia de su sistema institucional, y por otro, las presiones desbordantes propias de la dinámica social de las sociedades democráticas avanzadas.

De un lado, el esquema de fuentes del derecho y los principios, reglas y procedimientos heredados de la gran tradición institucional del liberalismo republicano, inspirado en los valores y concreciones del Constitucionalismo

y Álvarez, Fernando (coord.), *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, cap. III.

(2) Para una visión de conjunto, cfr. Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, “Constitutional showdowns”, 156 *University of Pennsylvania Law Review*, 2008, pp. 991-1048.

(3) Al respecto, puede verse el tratamiento de conjunto de Tushnet, Mark, “Constitutional hardball”, 37 *J. Marshall Law Review*, 2004, pp. 523-553.

del siglo XIX –heredado en nuestros países como legado central de la tradición de la Revolución Atlántica–. Por otro, la presión de una revolución vertiginosa de expectativas crecientes, que desafía los equilibrios cada vez más precarios de un sistema de frenos y contrapesos desbordada por conflictos ni siquiera imaginados en los tiempos fundacionales del Constitucionalismo clásico.

El derecho y sus operadores centrales afrontan desafíos inéditos, generados por un estado de emergencia permanente. Sociedades fragmentadas, cada vez más desiguales, enfrentadas en conflictos de intensidad creciente, agravados por el deterioro de los mecanismos tradicionales de representación, participación y cooperación social y amplificadas por climas crecientes de insatisfacción e indignación colectiva y agravados.

La crisis de gobernabilidad es desde hace ya décadas uno de los datos centrales en la agenda actual y futura del Estado Constitucional de Derecho. Compromete no solo el desempeño futuro de sus instituciones, sino también el mecanismo de protección de los derechos y libertades fundamentales. De allí el reto para los valores y principios que informan su plexo axiológico y la idea misma de ciudadanía.

Las nuevas preguntas giran en torno a un interrogante central: ¿cómo explicar el proceso a través del cual instituciones inicialmente diseñadas para afirmar y proteger los derechos y libertades contra el riesgo de los abusos del poder hayan comenzado a experimentar interpretaciones “alternativas” que tergiversan su sentido originario y pasan a operar, en los hechos, como instrumentos que cuestionan la vigencia efectiva de los valores inicialmente consagrados?

El rasgo fundamental de los nuevos cuestionamientos es que ya no provienen tanto de los poderes gubernativos –ejecutivos o legislativos– como de los propios poderes judiciales, pensados como poderes contramayoritarios, orientados a la protección de las libertades.

Los cambios provienen, en efecto, de la energía desequilibrante que ejercen los poderes jurisdiccionales. El riesgo al equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos viene del propio poder judicial y su pretensión de pasar del papel de un poder contramayoritario de control y salvaguarda de los equilibrios al de una fuerza innovadora que influye y condiciona el sentido del cambio constitucional.

El derecho y la jurisdicción dejan así de ser instrumentos de una cultura del encuentro y el diálogo plural entre los poderes y de la sociedad con el poder, para operar como instrumentos y maquinarias bélicas de nuevas formas de guerra social. La propia jurisdicción abandona sus tradiciones de autorrestricción y asumen las tendencias negacionistas desde siempre presentes en las dinámicas conflictivas de las democracias. Contribuyen así a la desarticulación de la lógica de las instituciones, erosionando su autonomía y su sentido originario. La justicia pasa a constituir un nuevo frente de batalla, una continuación de la lucha social por otros medios. La judicialización de la política obedece a un conjunto de fuerzas externas e internas. Por un lado, la instrumentación de la justicia desde el poder político y los poderes sociales que procuran monopolizarlo; por otro, desde fuerzas internas que luchan por ejercer un nuevo protagonismo social.

Emergen así nuevas formas de “legalismos autocráticos”. Formas de dominación política nacidas al amparo de las instituciones, como respuesta a tensiones sociales que someten a los equilibrios institucionales recibidos a presiones imposibles de soportar. Es lo que algunos analistas no dudan en caracterizar como una nueva forma de dictadura: la dictadura de minorías extremas, capaces de capitalizar los “resquicios institucionales” pensados para proteger las libertades en un sentido favorable a las nuevas minorías⁽⁴⁾. Se habla incluso de una nueva forma de tiranía. No necesariamente antidemocrática ni ilegítima, aunque sus riesgos sean evidentes. Es la tiranía de minorías extremas que, a través de un “uso alternativo” de las instituciones, pasan a ocupar resortes centrales de las estructuras formales e informales del poder. No preten-

den, por cierto, resolver mejor los muchos problemas no resueltos en la sociedad.

Las nuevas formas de autocracia democrática aspiran a capitalizar el descontento y la insatisfacción de sectores en estado crítico, situados al límite de su resistencia social. Es la sociedad de la indignación⁽⁵⁾. Ricos y pobres dispuestos a cuestionar de modo radical el orden recibido. A cuestionarlo desde la raíz y sin importar los costos ni las consecuencias, y avanzar como sea hacia un nuevo orden.

No cabe buscar nuevas ideologías ni concepciones alternativas. Se trata de corrientes heterogéneas que atraviesan en horizontal a la sociedad y que serán ultraliberales o ultrasocialistas en lo económico. Poco importa, ya que su sentido programático es algo secundario que irá siendo definido por los “nuevos estrategas del caos”, en función de lo que sugieran la guerra abierta en las redes sociales.

En todos los casos, el estilo de ejercicio del poder será el mismo: concentrado, despiadado, reactivo a cualquier tipo de acuerdo, y orientado contra todo lo que implique debilidad hacia las dinámicas tradicionales del diálogo republicano, el respeto, la concertación social o los esfuerzos de construcción de escenarios de paz. Pensar que se está ante una simple anomalía transitoria de la democracia, de esas que se curan con más y mejor democracia, puede llegar a constituir una peligrosa equivocación.

Lo cierto es que las democracias afrontan, en realidad, una verdadera mutación de sus contenidos y promesas originarias. Ante el desencadenamiento de las consecuencias sociales e institucionales de un proceso social de larga gestación, con raíces filosóficas muy profundas, que viene siendo estudiado desde siempre⁽⁶⁾.

La política contemporánea afronta el estallido de formas de antipolítica que ya no responden al desinterés o la indiferencia de la sociedad hacia la política y las instituciones. Más bien al contrario, es un antipolítica altamente politizada. Es la expresión de un sentimiento de negatividad profunda que emerge no solo como un reflejo antioligárquico o “anticasta”, del tipo que sufrieron otras experiencias del pasado. Es más bien un cuestionamiento abierto a toda forma de poder “cartelizado”.

De allí que se cuestione ante todo a la justicia, en lo que muchos sectores sociales ven hoy una expresión paradigmática de grupo de poder social privilegiado, autosostenido y blindado a toda forma de innovación. De allí que el cuestionamiento se extienda también a los grandes medios de comunicación, las universidades, los partidos, sindicatos o a cualquier otra instancia de mediación social institucionalizada.

Tampoco debe verse en las nuevas formas de política un reflejo contra los poderes económicos, porque la nueva antipolítica reverencia a los mercados y, en especial a la nueva élite del hipercapitalismo tecnológico, del cual admira su individualismo radical y extremo, su agresividad despiadada, y su capacidad para destrozarse las fronteras y límites del orden establecido.

Para comprender las formas de expresión de este nuevo fenómeno en el ámbito del poder jurisdiccional, es necesario entender que negatividad y desconfianza no quieren decir “despolitización”. La revolución contra los jueces y su poder en la sociedad es una revolución *política*, que busca volver a la justicia contra sí misma, politizarla y convertirla así en un ariete contra el orden establecido. Es un rechazo a “los políticos”, no a la política. Busca, por tanto, someter a la justicia a las formas más extremas de la politización, que son precisamente las de la campaña electoral permanente⁽⁷⁾.

La agenda que nos ocupa es amplia. Sobre todo, en la cultura jurídica de democracias inacabadas y siempre en transición. De allí que los ejemplos de “jurisdicción sin Constitución” –o contra la Constitución– tengan que ver con procesos de transiciones políticas, con el ejercicio del poder jurisdiccional en zonas de guerra o de conflicto armado permanente, la ocupación de zonas enteras de los territorios nacionales, o los casos de *lawlessness*, y las políticas de *shock* antiinflacionario planteadas por los

(5) Cfr. Innerarity, Daniel, *La política en tiempos de indignación*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2015.

(6) Acaso convenga recordar la reflexión de la gran filosofía de entreguerras en el siglo XX –como Jaspers, Heidegger y su meditación sobre el humanismo–. O recordemos la meditación de Max Scheler, en la línea de Nietzsche, sobre el papel fundamental del resentimiento en la moral en el hombre contemporáneo.

(7) La reforma judicial mexicana ofrece un banco de pruebas de esta nueva concepción.

(4) Para el caso de la democracia estadounidense, Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *La dictadura de la minoría. Como revertir la deriva autoritaria y forjar una democracia para todos*, Gómez Sesé, Guillem (trad.). Barcelona, Planeta, 2024. En general, véase: Schepel, Kim Lane, “Autocratic legalism”, 85 *University of Chicago Law Review*, 2018, p. 545 2018 y Ginsburg, Tom, “Authoritarian international law”, 114 *The American Journal of International Law*, 2020, p. 221.

experimentos de estabilización drástica de las economías latinoamericanas.

Abarca, de modo creciente, situaciones aún más dramáticas, cuando la ausencia o el anacronismo de las normas constitucionales generan un campo abierto a la discrecionalidad del poder. Constituciones sin respuesta ante innovaciones sociales, políticas o tecnológicas que desencadenan riesgos para las garantías del Estado de Derecho y para la protección de derechos individuales y sociales.

Casos en los que se desencadenan auténticas guerras abiertas a través del derecho. Procesos extremos de judicialización de la política, en los que la política cede espacios ante la ofensiva de posiciones extremas, sin límites, que combina acciones y reacciones desde la política, las redes sociales, los medios de comunicación y el compromiso militante de la judicatura. Situaciones en las que la sociedad vuelve a interrogarse sobre el sentido y los límites entre el derecho, el poder y la moral.

Las democracias actuales viven un proceso de auténtica mutación institucional. La vigencia de las notas propias del Estado de Derecho no puede darse por supuesta. Atraviesan por situaciones de emergencia y cuestionamiento casi constantes. Enfrentan retos desconocidos para las visiones tradicionales y nada lleva a pensar en un futuro de características como las conocidas.

2. ¿Eclipse del Constitucionalismo?

Sería ingenuo postular la idea de que el Constitucionalismo clásico ha entrado en un crepúsculo final. Nada indica, en efecto, que haya perdido su fuerza estructuradora de los sistemas institucionales. Sin embargo, parecería también claro que los desafíos que afronta y que lo condicionan sean cada vez más importantes.

El Constitucionalismo superó los desafíos de la sociedad de masas y sobrevivió incluso a las catástrofes bélicas y a las “cortinas de hierro” de la Guerra Fría. A partir de los años 70 logró animar las cuatro últimas olas de transiciones democráticas iniciadas desde la segunda posguerra hasta la actualidad⁽⁸⁾. Sin embargo, el hecho es que el ritmo de evolución actual de los sistemas constitucionales comparados ha desbordado con rapidez las predicciones iniciales de la promesa republicana clásica.

El reconocimiento de estas ideas por parte de la teoría y la teoría constitucional parecería a salvo de dudas fundamentales. De hecho, su vigencia no parece amenazada en el plano de las ideas. Los problemas surgen en el plano de las realizaciones, a partir, sobre todo, de una serie de fenómenos que parecerían erosionar la base cultural y política que garantizó su vigencia a lo largo más de trescientos años.

Cabe considerar, sin embargo, la evolución profunda de la idea de “poder jurisdiccional”. En el cuarto de siglo transcurrido desde el final de la Guerra Fría, el cuerpo de instituciones que forzaron su derrumbe parece haber entrado en un período de cuestionamientos abiertos. Las olas diversas de cambio abarcan desde la teoría y las formas de la representación hasta la participación y la movilización política, cimientos centrales de la idea y la práctica de la democracia. Las presiones se manifiestan bajo la forma de nuevos liderazgos, la multiplicación de escenarios y modalidades inéditas de conflicto y la multiplicación de canales alternativos de resolución de controversias cada vez más profundas, que paralizan la dinámica básica de los sistemas democráticos.

Frente a la idea de la unidad del sistema jurídico, expresada a través de la pirámide normativa, en un análisis de conjunto de la fragmentación creciente de los sistemas jurisdiccionales, Fischer-Lescano y Teubner señalan la existencia de 125 Cortes y Tribunales Internacionales, en las que jueces independientes toman decisiones judiciales finales.

Ello sin contar la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la Corte Marítima Internacional, varios tribunales de reparación, tribunales penales internacionales, tribunales híbridos nacional-internacionales, tribunales internacionales y nacionales de derechos humanos, además de la fuerza expansiva de tribunales internacionales de alcance regional que han pasado a desempeñar funciones globales cada vez más importantes, tales como el Tribunal de Jus-

ticia de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia del Benelux o los tribunales arbitrales de diversa naturaleza como el CIADI o los tribunales arbitrales europeos⁽⁹⁾.

Los métodos alternativos de resolución de controversias desplazan a los tribunales ordinarios, tanto nacionales como internacionales. Una proporción abrumadora de las grandes causas planteadas a partir de los grandes conflictos derivados de las regulaciones económicas globales tramita a través de formas diversas de resolución alternativa de conflictos. Los MARCs han dejado de ser “la otra justicia”, para convertirse en un cauce principal de sustanciación de conflictos que, por su naturaleza y características no pueden ya ser sometidos a los procedimientos judiciales propios de la jurisdicción ordinaria.

El derecho asume la demanda de una nueva cultura del derecho como instrumento de consolidación de una cultura de la paz. En este contexto, el derecho se afianza como un instrumento colaborativo. El nuevo derecho es un derecho flexible y abierto a la colaboración entre las partes. Proporciona soluciones equilibradas, en las que no hay ganadores ni perdedores netos y sí equilibrios sostenibles a lo largo del tiempo, que permiten a las partes seguir interactuando y colaborando, una vez resueltas diferencias sobre aspectos no definitivos de la convivencia.

Una nota característica del derecho contemporáneo es la apertura de un arco cada vez más diverso y completo de soluciones transaccionales. No todas las soluciones están, por cierto, al alcance del acuerdo entre las partes, así como no todas pueden tampoco ser resueltas autoritativamente desde la decisión jurisdiccional.

Surge así un arco de soluciones que recorre una gradación de soluciones, entre las que cabe mencionar, de un modo sucinto, el arbitraje y sus formas híbridas de arbitraje-mediación, la investigación neutral de los hechos mediante el concurso de terceros expertos, el juicio provisional, el juicio privado, la evaluación natural temprana, la conciliación, la facilitación, la mediación, las prácticas colaborativas, la negociación y la construcción de escenarios de paz.

El análisis de estas nuevas realidades ha dejado hace tiempo de ser la descripción de una anomalía del derecho estricto. Se está más bien, simplemente, frente a un mundo nuevo, producto de cambios estructurales del fenómeno jurídico, de sus funciones en la sociedad y de la reflexividad pronosticada por la teoría de sistemas en sus comienzos en primeros los años 70.

Los juristas convencionales apuntan a una serie de razones explicativas y depositan una confianza en la propia evolución del derecho global como factor de normalización y equilibrio. Nada permite, sin embargo, ser optimistas. Se habla, en efecto, de ausencia o falta de órganos centralizados de producción normativa y arbitraje de conflictos, de niveles crecientes de especialización, diferenciación estructural de las normas, superposición de regulaciones, proliferación de normas secundarias y avance en las regulaciones económicas transnacionales. Se postulan, en consecuencia, nuevas estrategias de diseño institucional y esfuerzos de cooperación y convergencia normativa internacional. Cualquiera de estos escenarios está, sin embargo, lejos de ofrecer evidencias tangibles de progreso.

El punto de vista de la teoría actual reconoce como referencia básica una sociedad horizontal, en la que tienden a desdibujarse las demarcaciones axiológicas y normativas tradicionales. Una sociedad en la que tienden también a difuminarse los factores tradicionales de la confianza apriorística en las instituciones recibidas, cuestionadas de modo radical desde una actitud de ansiedad crítica y exasperada por parte de la sociedad.

Es la sociedad red, caracterizada por la extensión, la intensidad, la velocidad y el impacto potencial sobre las comunidades del proceso de interconexión entre las redes institucionales. La globalización puede ser comprendida si se la considera como un proceso o conjunto de procesos superpuestos que vinculan e integran entre sí a sistemas nacionales e internacionales.

(9) Para un análisis de conjunto de las nuevas colisiones normativas y sus efectos sobre la formación de las nuevas categorías dogmáticas, es de utilidad Fischer Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *Coliciones entre regímenes jurídicos. Análisis de la fragmentación del Derecho Global*, Alex Valle, Franco (trad.), Santiago de Chile, Ediciones Olejnic, 2021, caps. 2 y 3. De particular interés resulta la visión de conjunto de Slaughter, Anne-Marie, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, cap. 8. y Ferrarese, María Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, cap. III.

(8) Para un resumen, véanse los trabajos reunidos en: Dobner, Petra y Loughlin, Martin (eds.), *The twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, caps. 1-3 y en especial los trabajos de Petra Dobner, Marcus Llanque y Hauke Brunkhorst, en caps. 7 a 9.

En este contexto, la administración de justicia ve socavada su autoridad tradicional y tiende a perder muchas de sus funciones tradicionales. En casos extremos generalizados, por ejemplo, en el caso de América Latina, el sistema de justicia en su conjunto pasa incluso a ser visto como un agente socialmente sospechado y por lo tanto políticamente interpelado. Sus decisiones solo logran imponerse a través de las argumentaciones y motivaciones de sus actos, en la medida en que alcanza el convencimiento de sus destinatarios. Decae, sin embargo, el nivel de confianza en su papel constitucional hasta extremos inéditos, muy similares al de otros actores e instituciones a las que se responsabiliza de aspectos centrales de la crisis.

El derecho ve así desdibujarse sus funciones tradicionales de instrumento de control social en un proceso en el que recupera, sin embargo, algunas de sus funciones esenciales opacadas en el contexto del Constitucionalismo y la Codificación.

El derecho redescubre, de ese modo, sus funciones de instrumento de compromiso y cooperación social. Los nuevos desafíos que se le presentan desde las sociedades complejas surgen del proceso de creciente diferenciación social y del exceso de opciones contingentes que amenaza con el riesgo de desbordar sus capacidades originarias en cuanto instrumento de administración de la complejidad por vía de la prevención y el control de la diferenciación y la contingencia. La función de instrumento de gestión de compromisos y de cooperación social le permite, sin embargo, recuperar el control del riesgo.

Los márgenes de actuación son, no obstante, cada vez más exigüos. En este punto, la jurisdicción adquiere una relevancia fundamental. Gobernar es definir y resolver situaciones. Interpretar es, a su vez, generar opciones y alternativas para la decisión y, sobre todo, justificarlas desde estrategias argumentativas adecuadas, desde perspectivas a la vez múltiples y convergentes en el resultado práctico buscado.

El Poder Judicial se sitúa en el epicentro del proceso de transformación. Sus funciones básicas se politizan, a impulsos sobre todo del proceso de “judicialización” del conflicto social y político. Actitudes y propuestas que hasta no hace mucho podían pensarse como vías o “usos alternativos” del derecho configuran hoy una corriente central del pensamiento y la práctica del estamento judicial en las democracias avanzadas.

Vistos estos problemas desde una visión sistémica, cabe pensar que el estado de fragmentación creciente del derecho global no se explica en función exclusiva de un pluralismo conflictivo de intereses. Requiere tener en cuenta procesos de fragmentación más profundos, en el nivel de los conflictos de visiones que agitan la sociedad civil global. “La sociedad moderna [propone Luhmann] vive su futuro bajo la forma del riesgo en las decisiones”⁽¹⁰⁾. En definitiva, “[y]a no es el individuo la fuente primaria de la inseguridad social, sino el contexto ecológico en el que el sistema evolucionar”⁽¹¹⁾.

En el estado actual de la comunidad internacional cabe esperar, en consecuencia, procesos aún mayores de fragmentación y conflicto, frente a los cuales el derecho debe resignificar su papel fundamental, apuntando a operar como instrumentos de cooperación social, de construcción de consensos y de acoplamiento flexible de las unidades en conflicto.

3. Cambios estructurales en la legislación y la jurisdicción

Un análisis somero de las transformaciones actuales en las políticas públicas revela, a grandes rasgos, una tendencia común hacia un nuevo ciclo en las relaciones entre legislación, jurisdicción y gobierno. Por sobre matices, se imponen tendencias básicamente convergentes. Se trata de un rumbo todavía incierto y de perfiles aún no del todo definitivos, pero que es, en gran medida, común con la mayoría de las democracias actuales, que conduce hacia nuevos marcos institucionales de relaciones entre Estado y sociedad, con el auxilio de nuevas herramientas adaptadas a las nuevas relaciones entre el mercado, las instituciones y la sociedad.

[10] Luhmann, Niklas, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Fortea Gil, Carlos (trad.), Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 132.

[11] Luhmann, Niklas, *Observaciones de la modernidad...*, p. 176.

El impacto de las transformaciones en marcha obliga a considerar las nuevas fronteras y alcances de la teoría y la técnica de la legislación, sobre todo en su convergencia –y en algunos aspectos conflicto– con cambios paralelos, igualmente profundos, en el ámbito, la teoría y la práctica de la función jurisdiccional.

El instrumento utilizado en muchos países⁽¹²⁾ que afrontan en la actualidad una nueva ola de políticas de ajustes estructurales de la economía es el de las *leyes omnibus* o, leyes multipropósito, con una multiplicidad de materias que se acumulan y superponen en un mismo acto legislativo. Son las “mil reformas” a que aluden los discursos gubernamentales que tratan de expresar, en el fondo y en las formas, una metodología común en el resto de los países. Sobre todo, en los países de la Unión Europea, experiencia de referencia para este tipo de estrategias de choque⁽¹³⁾. Instrumentos legislativos similares existen hoy en varios países, en una experiencia generalizada sobre todo después de la pandemia.

La nueva legislación se inscribe en el escenario de la llegada de las nuevas tendencias de la regulación económica. Con la desregulación social, tecnológica y económica llegan nuevas instituciones, nuevos principios y procedimientos, muy diferentes de la primera ola de desregulaciones en la Argentina de los años 90.

El nuevo modelo profundiza los principios de libre iniciativa y competencia. En un sentido próximo al liberalismo económico, aunque cruzado por las restricciones y exigencias de un Estado que sigue protagonizando aspectos esenciales de la vida colectiva. Aspira a diluir la presencia estatal, la conducción gubernamental de los servicios públicos y la liberación de los mercados.

La tendencia general está marcada por la primacía del *shock* sobre las expectativas que condicionan la inflación inercial y un papel creciente de los procesos de autorregulación de la vida económica, impulsados por demandas sociales dinamizadas y favorecidas por las nuevas plataformas tecnológicas⁽¹⁴⁾.

La tendencia se refuerza a través de un recorrido creciente hacia la autorregulación de los mercados desde la iniciativa privada⁽¹⁵⁾, en políticas que no responden tanto a un impulso natural de la economía como a la decisión estratégica de reguladores y legisladores por asegurar nuevas reglas institucionales por sobre las resistencias de las propias instituciones políticas –Congreso, jueces, grupos de presión, poderes locales– y sociales –sindicatos, empresarios, empresas públicas y consumidores–.

Los conflictos que se abren alcanzan escala casi universal, a impulsos sobre todo de los grandes debates generados por el Constitucionalismo norteamericano. En especial, el avance de las tendencias conservadoras expresadas en el nuevo Constitucionalismo del Bien Común –liderado por figuras como Adrian Vermeule y algunos de los integrantes de la judicatura federal y la propia Suprema Corte–.

Esta nueva orientación en el Constitucionalismo conservador procura un retorno a la idea tradicional del “bien común”, entendida como una especie de moralidad interna al derecho, que encuentra en el Estado Administrativo una instancia generadora de ideas y criterios de gobierno autonomizados respecto de la discrecionalidad de las ideas liberales del “imperio del derecho” y la dictadura interpretativa de los jueces⁽¹⁶⁾.

[12] Es el caso de Argentina con la reciente Ley de Bases y la legislación y regulaciones dictadas en consecuencia. Un análisis de conjunto en Cassagne, Juan Carlos (dir.) y Aberastuty, Pedro (coord.), *Derecho público y decretos de necesidad y urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2024, pp. 15-109.

[13] Para una descripción del fenómeno en el caso europeo, puede verse Coscolluela Montaner, Luis, “El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica”, *Revista de Administración Pública*, 2016, 200, Madrid, mayo-agosto, pp. 103-120.

[14] Esteve Pardo, José, *Prólogo a Darnacullea Gardella, María Mercé, Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 10.

[15] Para un estudio del proceso en su conjunto, cfr. Esteve Pardo, José, *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, caps. II y III.

[16] Cfr al respecto, puede verse: Vermeule, Adrian, *Law's abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge, Harvard, Harvard University Press, 2016, especialmente los caps. 1 y 6. Y, sobre todo, Vermeule, Adrian, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, cap. 8. Una visión de conjunto, puede encontrarse en Muñoz, Gerardo, “La jurisprudencia postliberal norteamericana: orden

La nueva regulación cobra impulso a través de los procedimientos e instrumentos convencionales como la legislación, los contratos o la intervención jurisdiccional. Sin embargo, lo importante es que, en el tramo final, se ve forzada a dar paso a dosis cada vez más significativas de la autorregulación, a través de acuerdos intersectoriales, adopción de estándares o códigos de *soft law*. Este último segmento crece cada vez más en importancia, reduciendo cada vez más el margen de apreciación de la regulación convencional.

El impacto de estas transformaciones conmociona la comprensión tradicional del derecho y sus funciones en la sociedad. Un impacto que se proyecta tanto en el plano de la política jurídica como en el de la legislación y las prácticas jurisdiccionales. Algunas resistencias al avance de las nuevas regulaciones –pactadas y resultado de transacciones entre actores centrales del sistema económico– provienen de poderes fácticos reactivos frente a la libertad de comercio, pero otras obedecen a la propia materia a desregular –resistencias técnicas, científicas, éticas y sobre todo económicas–.

Emergen, en efecto, ante transformaciones muy profundas generadas por cambios en la naturaleza de la litigiosidad y la afirmación de nuevos mecanismos alternativos de resolución de controversias o la jurisprudencia generada por la experiencia institucional de la transformación del ordenamiento jurídico o global. Las dificultades de la teoría y la práctica de la jurisdicción para asumir las transformaciones de la legislación contemporánea son múltiples.

Una primera dificultad reside en la formación tradicional de los juristas. Los programas de formación de grado están tradicional y predominantemente centrados en la jurisdicción y en la figura del juez. Este rasgo que Wim Voermans denomina “judicéntrico”⁽¹⁷⁾ describe la enseñanza del derecho como un entrenamiento para pensar como jueces o como abogados –también asesores legales, fiscales, funcionarios– que deben conocer cómo piensan los jueces y qué hacen los jueces cuando juzgan⁽¹⁸⁾.

La falta de atención sistemática hacia los problemas de la legislación es acaso una de las lagunas más importantes en la formación de jueces y abogados. Urge tomar conciencia de la importancia del derecho “legislado”. Sorprende la ausencia de interés por los estudios sistemáticos sobre la legislación, sus procedimientos, contenidos y sobre todo su impacto social.

La visión que tiende a imponerse en el escenario de las transformaciones sociales actuales es muy diferente. En un marco de transformaciones profundas e irreversibles, las sociedades y sus gobiernos prosperan en la medida exacta de su capacidad para asumir e incorporar la dinámica y la semántica propia de los sistemas que pretenden gobernar.

Los sistemas políticos que no logran este tipo de procesos de mutua hibridación tienden, en cambio, a imploriar bajo la presión de formas diversas de ingobernabilidad. Solo avanzan los sistemas que aciertan en el acoplamiento de las lógicas imperantes en el gobierno y la sociedad, proceso en el que las viejas y nuevas funciones del derecho cobran una importancia cada vez mayor.

y gobierno del bien-común”, *Pensamiento al margen. Revista Digital de Ideas Políticas*, número 16, 2022, pp. 8-19, disponible en: www.pensamientoalmargen.com.

(17) Voermans, Wim, “En el derecho confiamos. Reflexiones sobre la ‘laguna legislativa’ en los estudios jurídicos”, en Olivier-Lalana A. Daniel (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 563-566. Para un panorama más amplio, véase Arana García, Estanislao (dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015 y Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Cizur Menor, Thomson /Aranzadi, 2015. También los ensayos compilados por Martínez Roldán, Luis, Fernández Suárez, Jesús. A. y Suárez Llanos, Leonor, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Madrid, Dykinson, 2007. Asimismo, De Giorgi, Raffaele, *Observación sociológica de la filosofía del Derecho*, México, Naucaipán, Derecho Global Editores/ de Juárez/ Ibañez, 2018, en especial, pp. 221 y ss.

(18) La jurisprudencia tiende a desplazar a la doctrina y al resto de las fuentes del derecho. Enseñan el proceso que lleva a los jueces a hacerse cargo de un conflicto a resolver, pasando por la tipificación de los hechos, la caratización de un expediente y el tránsito a través de la prueba y la consideración de las pretensiones y alegatos hasta la construcción de una sentencia. La generalización del método de casos lleva a quienes aprenden no al descubrimiento de las determinaciones o conclusiones de la regla jurídica, sino más bien a la idea de una toma de decisiones fundada en lo que se considera un razonamiento válido a la luz de argumentos básicamente autoritativos.

Una evidencia incontrastable demuestra que la crisis de confianza social en la capacidad de las instituciones –particularmente las judiciales– deriva en gran medida de su “déficit de complejidad”. Es decir, de sus limitaciones para comprender y operar sobre el tipo de problemas que deben resolver. Las ideas y las prácticas de la modernidad jurídica aún no han logrado abrirse de un modo suficiente a esta perspectiva de la complejidad de las democracias avanzadas.

Las nuevas realidades nos ponen hoy frente a un diagnóstico muy diferente. Una sociedad cada vez más dinámica, compleja, activa y exigente. Que reclama al derecho respuestas nuevas, cada vez más perentorias, con impaciencia creciente. Cada vez más suspicaz y cada vez más indignada con el poder.

El supuesto de base de la nueva idea de legislación deja de ser la sociedad jerárquica, ordenada, articulada a partir de la ficción de un contrato social inicial. Los nuevos paradigmas se articulan más bien en torno del supuesto de la sociedad-Red, entendida como un ámbito dinámico, descentralizado, horizontal y cada vez más autónomo respecto de influencias y autoridades externas. Redes sociales que, por su propia naturaleza, tienden incluso a cuestionar todo factor de institucionalidad centralizado, a la vez que pugnan por ampliar las formas de participación y las lógicas cada vez más divergentes de autoorganización social. En el nuevo contexto de la sociedad-Red, toda decisión, por clara y simple que sea, puede abrir un proceso en cascada que conduzca a un final imprevisible.

Las interacciones y efectos acumulativos son múltiples e imprevisibles. Los jueces saben también, por experiencia práctica, que el impacto de sus decisiones suele ser mucho más importante y evidente que las razones y argumentos en que se fundan. No basta con argumentar y con motivar. De lo que se trata es de que las decisiones cierren un círculo de expectativas crecientes.

4. Jurisdicción y gobierno en tiempos de transformación

La declinación del derecho legislativo tal cual como se lo concibe desde la perspectiva del Constitucionalismo ortodoxo y la emergencia de un nuevo tipo de regulaciones, en gran parte generada a partir de formas nuevas de *soft law*, tiende a generar un nuevo tipo de conflictividad. Gran parte de los problemas deben ser reinterpretados desde la perspectiva de las transformaciones del Estado y la teoría y práctica de la regulación. La complejidad creciente de la vida social y la generalización de situaciones de emergencia permanente, tanto en lo económico como en lo institucional, condicionan y desencadenan una demanda social de respuestas de muy difícil implementación, a la vista sobre todo de las lagunas cada vez más amplias de la legislación y las reacciones que suscita el discrecionalismo decisionista de la Administración y los poderes ejecutivos.

El núcleo central de este proceso radica en el crecimiento de la demanda social de relegitimación de la vida pública. La sociedad percibe el potencial de riesgo que entrañan algunos procesos centrales de la política contemporánea, tales como el desborde de la legislación, los fenómenos de delegación legislativa, las pretensiones expansivas de la Administración, la generalización de los estados de emergencia o, sobre todo, el activismo judicial.

El conflicto entre reglas generales y decisiones judiciales se plantea hoy más bien en sociedades de alto nivel de complejidad como las actuales, que viven tiempos de revolución de expectativas participativas y de ampliación y consolidación creciente de nuevas prácticas de movilización integral.

En una época de revolución digital, a impulsos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el ideal de la democracia, impulsado desde los conflictos y demandas sociales, deja de ser una utopía y pasa a ser una posibilidad cierta, que gravita de modo decisivo en la conformación del imaginario colectivo. En este contexto, se replantea una vez más la problemática de la legitimación de las reglas generales del derecho y de los cánones y principios inspiradores de las decisiones judiciales, políticas y administrativas.

La calidad institucional de un gobierno se define hoy por su capacidad para la toma de decisiones bajo condiciones de riesgo y de contingencia desbordada. Gobernar implica operar en situaciones de racionalidad limitada, con interdependencias difícilmente identificables, en con-

textos de inestabilidad y con fluctuaciones cíclicas poco previsibles y a veces catastróficas.

Toda intervención gubernativa supone una reacción y, con frecuencia, el desencadenamiento de consecuencias inesperadas, en entornos caracterizados por fuertes asimetrías informativas, fenómenos emergentes, dinámicas imprevisibles, externalidades difíciles de identificar y prever y reflejos de autoorganización que obligan a una redefinición constante del rumbo, en función de los objetivos fijados⁽¹⁹⁾.

Se trata de sociedades al mismo tiempo cada vez más inclusivas y abiertas al reconocimiento e institucionalización de nuevos derechos e instrumentos de legitimación activa. Sometidas, por tanto, a una escalada creciente de expectativas y demandas sociales de participación y representación.

Un primer desafío que se plantea a partir de esta recomposición del esquema de fuentes del derecho es el advenimiento de una sociedad cada vez más litigiosa. El efecto natural de ese comportamiento institucional es la deslegitimación general de los actores, las formas, los procedimientos y los principios regulativos del mundo judicial. La declinación de la confianza pública en jueces y abogados es un fenómeno mundial, paralelo a la desconfianza social creciente en los procedimientos, los tiempos y los costos de la resolución judicial de las contiendas. Esta desconfianza se extiende, además, hacia niveles igualmente altos de rechazo hacia las regulaciones y funda expresiones de la cultura profesional americana tales como la necesidad de “*regulation by litigation*”, la contienda judicial como medio de gestión de equilibrios que las leyes y regulaciones se suponen incapaces de resolver⁽²⁰⁾.

El proceso de producción del derecho se especializa bajo formas cada vez más complejas y sofisticadas. El Estado avanza en su proceso de monopolización y control de las fuentes del derecho, hasta alcanzar la estructura piramidal de un orden coactivo asistido por la función exclusiva y excluyente de la coacción estatal.

Junto a las leyes concebidas y su sentido más clásico se generan nuevos tipos de leyes que ya no son generales y abstractas. Son leyes singulares, diseñadas para resolver problemas puntuales o referidos a sujetos o sectores individualizados. Proliferan en este sentido las leyes-medida referidas a decisiones particularizadas. La legislación delegada –decretos leyes, decretos legislativos, entre otros tipos– superan en importancia y cantidad a las leyes generales. Reflejan y a la vez atienden mejor las necesidades funcionales del nuevo Estado Providencia o del Estado Regulador.

Se ha indicado con acierto⁽²¹⁾ el efecto de derogación implícita que este tipo de legislación produce. La nueva legislación se multiplica y acumula, sin tiempo siquiera de ser aplicada. Vastas zonas del ordenamiento jurídico quedan en una zona de penumbra e incertidumbre en cuanto a su aplicabilidad concreta se refiere.

La dificultad para su consulta revierte negativamente tanto sobre los procesos de aplicación como los de revisión, reforma y nueva legislación. La sobrecarga de demandas sociales tiende a producir una superproducción normativa, en perjuicio evidente de los atributos de coherencia, calidad técnica, accesibilidad y posibilidades de aplicación del derecho.

Esta es precisamente la concepción que entra en crisis con el advenimiento de fenómenos sociales que desbordan y cuestionan la mayor parte de las presuposiciones de la visión predominante acerca del derecho y el Estado de la modernidad. “La idea de que el derecho es un ordenamiento sistemático deja de ser un dato obvio, como lo era en el siglo XIX. Pasa por el contrario a ser un problema, un gravísimo problema”⁽²²⁾.

(19) Para un análisis de la epistemología de la complejidad y su reflejo en la constitución de la acción de gobierno, cfr. Innerarity, Daniel, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, l.3. pp. 63-79.

(20) Un estudio profundizado de las diferencias entre la cultura americana del litigio y el sistema continental europeo puede verse en Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y Common Law*. Bogotá: Legis Editores, 2006.

(21) Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 41-45.

(22) Zagrebelsky, Gustavo, “I diritti fondamentali oggi”, *Materiale per la Storia della cultura giuridica*, 22, n.º 1, 1992, p. 192. “Si los hechos han cambiado, deben también cambiar las teorías” –comenta F. Viola, señalando las dificultades de este cambio de perspectiva–. Cfr. Viola, Francesco, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Nápoles, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2008, p. 8.

Cambia ante todo la dirección de la intervención del derecho en la sociedad. Las reglas del derecho deben ser vistas como técnicas de *management social*⁽²³⁾ capaces de establecer discriminaciones inversas o políticas positivas de reequilibramiento material. A través de estas, el derecho iguala, promueve, discrimina positivamente, identifica y elige objetivos e implementa las estrategias necesarias para su consecución.

La ley adquiere cada vez más las características del contrato. La expansión de la ley se concreta a través de la articulación de microsistemas normativos especializados, orientados a la resolución de problemas específicos, aunque vinculados entre sí por principios comunes de regulación. Son disposiciones de estructura y alcance singular, diseñadas para reconocer la diferenciación, la heterogeneidad y la complejidad.

Las tendencias del derecho comparado acentúan el giro hacia la privatización del derecho público y la publicación del derecho privado⁽²⁴⁾. No todo el derecho proviene del Estado. Una porción cada vez más importante se genera a partir de procesos de autorregulación. Las leyes adquieren las características propias de arreglos contractuales o cuasi contractuales, de alcance singular y concreto, de acuerdo con necesidades que van modificándose, a impulsos y como efecto, precisamente, de la regulación.

Las leyes derivan su fuerza no tanto de la Constitución, sino del consenso de los sectores regulados. De hecho, las regulaciones operan como formas de sobreinterpretación constitucional, cubriendo lagunas o vacíos no normados de modo directo por la Constitución. A esta sobreinterpretación se añaden las consecuencias del fenómeno creciente de la delegación legislativa, otra de las principales fuentes del cambio profundo en la naturaleza y alcances de la legislación en el Estado de Derecho.

El derecho profundiza, a su vez, sus estrategias diversas de intervención social y apunta a una superación de la perspectiva exclusiva del Estado legislador, a través de los instrumentos de la regulación económica, las diversas formas de derecho flexible, la desregulación administrativa, la privatización y el *outsourcing* tercerización de funciones estatales en otros tiempos esenciales.

Al Estado que interviene, promueve, estimula, premia, castiga, construye lo sucede el Estado que regula, reequilibra, reconoce, “empodera”, protege, posibilita, fija límites, contenidos y direccionalidades, sostiene e interviene subsidiariamente. Al Estado Providencia lo sucede la propuesta de una gobernanza “multinivel”, en la que la propia dimensión de “gobierno” tiende a difuminarse en un entorno de pluralidades normativas heterogéneas y convergentes⁽²⁵⁾. El ordenamiento jurídico se abre a normas procedentes de órganos con competencias superpuestas y entrelazadas, en una relación reticular cada vez más compleja a la que cabe agregar la constante producción de normativas reglamentarias y de implementación.

5. Una nueva perspectiva de la regulación

El desarrollo del Estado regulativo es, sin lugar a duda, uno de los mayores desafíos para la teoría y la práctica de la interpretación heredada de las doctrinas clásicas.

(23) Cfr. al respecto el tratamiento de Twining, William y Miers, David, *How to do things with rules*, 2ª ed., Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1982, pp. 157-164.

(24) Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho...*, pp. 65-72.

(25) Para esta idea, cfr. el documento fundamental *The European Governance. A White Paper*, Bruselas, COM, 25 de julio de 2001, 428. Un comentario introductorio útil puede verse en: Calise, Mario, “Tra governo e governance: la costituzione nelle democrazie contemporanee”, en Ornaghi, Lorenzo (ed.), *La nuova età delle costituzione*, Bolonia, Il Mulino, 2000, pp. 121-144. Para un desarrollo más amplio de la noción de “Gobernanza”, cfr. UNDP, *Reconceptualising Governance*, “UNDP Management Development and Governance Division”, Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*. Washington DC, World Bank, 1994. Asimismo, Grindle, Merilee Serrill (ed.), *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*, Cambridge, Harvard Institute for International Development, 1997; Rhodes, R.A.W., *Understanding governance. Policy networks, governance, reflexivity, and accountability*, Buckingham, Open University Press, 2001 y Nye, Joseph S. y Donahue, John D. (eds.), *Governance in a globalizing world*, Washington, Brookings Institution Press, 2000; Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010 y “When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism”, *9 Global Jurist*, 2009, Berkeley Electronic Press, disponible en: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2>, pp. 1-31. En general, cabe la consulta a los ensayos incluidos en el importante Hale, Thomas y Held, David (eds.), *Handbook on transnational governance. Institutions & Innovations*, Cambridge, Polity Press, 2011.

Las nuevas situaciones generan, a su vez, tendencias hacia una autorregulación creciente entre los actores privados de la nueva economía. El Estado solo interviene selectivamente, determinando ayudas e incentivos orientados a una nueva clase de regulación, sobre la competencia abierta entre sectores privados. Nacen así nuevas formas, instrumentos y conceptos clave, propios de un nuevo derecho, que exige a su vez una teoría también nueva y autónoma de la interpretación de las regulaciones públicas.

Surge así una zona de mutua retroalimentación entre Administración y jurisdicción. Los temas comunes son los que surgen del proceso de implementación de las leyes y regulaciones. Temas que abarcan la eficiencia económica, la racionalidad, proporcionalidad y escalas de ajuste en los costes y el avance del conocimiento experto en función de las lecciones aprendidas a partir de la práctica de implementación. Los modelos se ajustan en la práctica, a instancias de una tarea continua y permanente de interpretación de los resultados de la aplicación de las regulaciones.

Los conflictos regulatorios se producen en todos los niveles. En un primer nivel, podría señalarse el de los conflictos entre los operadores de los servicios regulados y las agencias reguladoras y el eventual jurisdiccional de esa relación. En un segundo nivel, el de la relación entre los propios operadores. Es el ámbito de la defensa de la competencia, una de las zonas más ásperas de la realidad actual de la regulación. Un tercer nivel, es el de la relación entre los operadores y los usuarios o el público en general, la protección de sus derechos subjetivos, intereses legítimos y simples expectativas⁽²⁶⁾.

En el nuevo Estado regulador, la legislación cobra una especialización cada vez mayor. Es una legislación concreta e individualizada y de aplicación inmediata a los administrados. Ello supone a su vez un nivel también creciente de especialización y destreza técnica de los jugadores. Las respuestas deben ser inmediatas. Con frecuencia, en tiempo real y sin margen para ambigüedades ni retrasos. En gran medida, tiende a ser un derecho especializado, que requiere saberes y formación también especializada.

Esta es una de las explicaciones centradas del auge correlativo de la legislación delegada. Los parlamentos carecen de esa especialidad de allí la necesidad de fortalecer su legitimidad con mecanismos transparentes de apoyo técnico. En igual sentido, se produce una “contractualización” de los contenidos, en la medida en que las leyes dejan de atender a la generalidad de sujetos iguales entre sí y adquieren el carácter de disposiciones consensuadas, que contemplan un equilibrio concreto de intereses.

De allí la legislación “negociada” y la exigencia de acuerdos específicos de los destinatarios. En este sentido debe interpretarse el proceso de “materialización” del derecho. En más de un sentido, es el efecto del tránsito desde una racionalidad formal y procedimental a una racionalidad material e instrumental⁽²⁷⁾. La lucha de los tribunales por el control de la actividad regulatoria se despliega en una frontera móvil y cambiante. En principio, no cabe dudar de la competencia propia de la jurisdicción, para controlar el alcance del interés público comprometido en la actividad regulada.

Una tendencia creciente en derecho regulatorio actual es la emergencia de un potencial de conflicto derivado de litigios estratégicos, centrados en el cuestionamiento de aspectos formales al solo efecto de lograr resultados en el plano de aspectos sustanciales. La formalidad procesal opera en estos casos como una suerte de sustituto del cuestionamiento sustancial a los servicios.

Este campo ofrece, hoy por hoy, uno de los ámbitos de mayor interés en el derecho procesal regulatorio⁽²⁸⁾. De hecho, aun cuando tendencias judiciales como la norteamericana apuntaron inicialmente a preservar el margen de deferencia de las Agencias en cuestiones políticas, la evolución más reciente refuerza un intervencionismo judicial reciente, impulsada por una presión constante de la

sociedad en favor de un mayor control de los márgenes de discrecionalidad de la Administración⁽²⁹⁾.

6. Nuevas fronteras y límites de la complejidad

El derecho contemporáneo opera en este tipo de entornos como una herramienta orientada al control y reducción de la incertidumbre. Como un instrumento institucional de reducción de los niveles de complejidad. Complejidad tanto de la sociedad como de los instrumentos institucionales diseñados para administrarla.

Surge así la demanda de una teoría de la jurisdicción más acorde con la mejora de las capacidades para convertir la información en saber y de administrar, al mismo tiempo todo lo que, por esa vía, dejamos de saber. Una teoría con mayor capacidad para responder a las exigencias de una sociedad cada vez más informada e inteligente, capaz por tanto de optimizar nuestras opciones decisionales y de garantizar una mejora de nuestras perspectivas estratégicas hacia el futuro.

Bajo las condiciones de las democracias avanzadas, el derecho pierde el monopolio del establecimiento de la verdad de las normas. De hecho, en democracia nadie puede pretender “la última palabra”.

Tanto el derecho como sus operadores centrales –legisladores, jueces, administradores, comunidades de auxiliares y expertos– deberán asumir la pérdida del monopolio de sus competencias y del control de sus actividades respectivas. Sus esferas de actuación tradicional tienden a suponerse e interpenetrarse. Las lógicas de sus respectivos subsistemas de actuación se fusionan. En la medida en que las estructuras institucionales son contingentes, la contingencia también deviene estructural.

Toda decisión supone la asunción de riesgos, lo cual introduce en las soluciones jurídicas un componente esencial de incertidumbre en las pretensiones de los operadores jurídicos. Asegurar un aspecto determinado de la realidad supone responder a expectativas que, al mismo tiempo, desencadenan en paralelo otras expectativas, imprevisibles, de riesgo e inseguridad ante la contingencia.

En la medida en que las sociedades actuales profundizan procesos de fragmentación, oligarquización, corporativismo y concentración del poder –económico, social, mediático– y la legislación pierde su referencia esencial a la idea de una racionalidad global, se acentúa el desgaste de las instituciones, la regla de la mayoría y, sobre todo, la división clásica entre los poderes y funciones del Estado. Cambian en consecuencia las fuentes y jerarquías normativas y el poder judicial deviene no solamente árbitro y mediador sino incluso promotor central de nuevas formas y equilibrios sociales.

La experiencia recogida indica que, en una fase de emergencia, puede de hecho bastar con soluciones concretas a problemas concretos. Sin embargo, en una etapa ulterior, la tendencia a confiar en unas pocas intervenciones focalizadas debe ceder paso a estrategias que abarquen a todo el sistema. Los problemas sociales complejos requieren soluciones multidimensionales, en una combinación y con un ordenamiento secuencial cuyo diseño estratégico es aún objeto de discusiones.

El dato compartido desde las más diversas ópticas ideológicas⁽³⁰⁾ es el de un Estado desbordado en su capacidad de respuesta por la sobrecarga creciente de demandas de una sociedad cada vez más dinámica y compleja. En el plano político, esta percepción común tiende a incentivar actitudes más adaptativas que proactivas, determinando un agotamiento de las actitudes y discursos maximalistas.

Se desencadenará así un conjunto complejo de cambios, con marchas y contramarchas previsibles, la continuidad de cuyos resultados dependerá en buena medida de la convicción y el esfuerzo empeñado por todos los actores en el cambio de las estructuras heredadas y en su capacidad de combinar esfuerzos tendientes a consolidar la liberalización política sin mengua de la capacidad de respuesta a los desafíos de la emergencia.

(26) Para una descripción del conflicto en estos tres niveles y el radio de acción de la jurisdicción, cfr. Esteve Pardo, José, *Principios de derecho regulatorio...*, p. 210.

(27) Cfr. Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho...*, p. 63 y Estévez Araujo, José A., “Estructura y límites del derecho como instrumento del Estado Social”, en AAVV, *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 155.

(28) Para una visión de conjunto, cfr. Stephenson, Matthew. C., “The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality and judicial review of agency statutory interpretations”, *120 Harvard Law Review*, 2006-2007, pp. 528 y ss.

(29) Un panorama al respecto, puede verse en: Miles, Thomas J. & Sunstein, Cass. R., “Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron”, *75 University of Chicago Law Review*, 2006, pp. 823 y ss.

(30) Para una visión de conjunto, puede verse el panorama expuesto por: Anheier, Helmut, Glasius, Marlies y Kaldor, Mary (eds.), *Global Civil Society 2001*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y Held, David D., McGrew, Antony, Goldblatt, David y Perraton, Jonathan, *Global transformations. Politics, economics and culture*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

7. Hacia nuevas formas de gobernanza social

La idea básica que tiende a imponerse es la de un Poder Judicial comprometido en los grandes debates nacionales, que desarrolle una tarea de consulta abierta en orden a contribuir con respuestas a problemas graves de la convivencia social, con la idea de prevenir más que administrar o resolver los conflictos. La justicia aspira así a implementar estrategias de *brokerage* y arbitraje social. A anticipar más que a resolver problemas de modo reactivo. A actuar de un modo estratégico y no detrás de conflictos que una vez que han estallado han desencadenado consecuencias socialmente irreparables.

En el fondo de esta nueva interpretación del papel de la judicatura está la noción de que el desarrollo de las instituciones debe sustentarse en el respeto a las libertades, la subsidiariedad, la participación y los principios de un desarrollo humano sustentable. Son principios centrales del Estado de Derecho, tales como división de poderes, acceso a la justicia, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, respeto a las minorías políticas y sociales, integración, no discriminación, lucha efectiva contra la corrupción pública y privada, protección e inclusión social y, sobre todo, generación de confianza social, entendida como base para el pluralismo y la tolerancia democrática.

Este espíritu de adaptación a los nuevos escenarios de la complejidad social termina por imponerse sobre criterios ideológicos, postulados programáticos y aún posiciones de conveniencia personal de líderes y referentes sociales y políticos. La sociedad actual exige a las instituciones y a quienes las representan al interior de dichas instituciones, respuestas inmediatas en áreas y temas que, en una sociedad ordenada, están fuera de la competencia de la política. Temas cuyo procesamiento y solución correspondería en realidad a instancias técnicas o, en última instancia, a los esfuerzos concertados de toda la sociedad en su conjunto –tales, por ejemplo, los casos del empleo, la educación, la salud, la seguridad ciudadana o la cohesión e inclusión social–.

La política ha dejado de monopolizar los intereses y expectativas de los ciudadanos y ello replantea la problemática tradicional de la representación. La primera respuesta viene del propio sistema de justicia, a través del activismo judicial. La justicia interviene, procurando colmar las lagunas que dejan abiertas y vacantes el resto de las instituciones.

Si hubiera que denominar de algún modo esta demanda fundamental que las nuevas realidades sociales plantean a la teoría jurídica, deberíamos prestar una atención creciente al concepto de “*thoughtfulness*”⁽³¹⁾. Es decir, una teoría básicamente reflexiva, capaz de profundizar y focalizar su atención en las relaciones entre el derecho establecido –legal o jurisprudencialmente– y la razón práctica, reflejada en la tradición de principios y de estándares, de criterios normativos que incorporan desde una lógica de lo razonable y equitativo una dimensión de responsabilidad institucional por el contenido de las decisiones de jueces, funcionarios y otros actores de la vida del derecho.

La democracia requiere hoy mejoramientos institucionales sustanciales. Que le permitan resistir y administrar la energía transformadora que proviene de este embate de expectativas insatisfechas y de minorías extremas, que si triunfan es porque interpretan la indignación de las mayorías ante los desaffos no resueltos y la cobardía de élites que dimiten de sus responsabilidades colectivas.

Se impone así con urgencia una nueva teoría y, sobre todo, una nueva práctica de las instituciones. Una visión más constructiva y dinámica de la interpretación de nuestras Constituciones, más abierta a una lectura razonable, equitativa e imparcial de las leyes, en contextos sociales que exigen una integración inteligente de métodos y herramientas nuevas que completen y trasciendan el legado de nuestras tradiciones jurídicas más valiosas.

Esta fue, sin duda, la enseñanza fundamental de Néstor P. Sagüés, expresada en su aporte extraordinario a casi todos los capítulos del derecho y la política constitucional, desde una visión erudita, informada, sensible y, sobre todo, profundamente comprometida con los problemas de su tiempo.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL - JURISDICCIÓN - DIVISIÓN DE PODERES

(31) Propongo esta dimensión de la razón práctica en el sentido postulado por Waldron, Jeremy: *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2023, cap. 1.