

La ciencia política y el estudio de la ley

En este capítulo se analizan los principales aspectos que definen el proceso de judicialización de la política. Esta definición permitirá entender el comportamiento judicial y sus efectos en el creciente número de problemas políticos que son resueltos en el ámbito judicial. Se busca, con ello, establecer un marco de referencia para el análisis que, en capítulos posteriores, se observará acerca del uso estratégico de las cortes como medio para afirmar las garantías de los derechos humanos, en particular, de los derechos políticos y, específicamente, de los nacionales radicados fuera de sus territorios de origen.

La judicialización de la política como estrategia puede observarse cuando las instituciones judiciales son percibidas con mayor reputación, imparciales y efectivas. Sin omitir que, como toda institución, están políticamente constituidas y no operan *vacunadas* por influencias ideológicas.

Con este marco se analiza la relación entre política y derecho, de la cual se han desarrollado trabajos y estudios que se han formalizado en diferentes escuelas de la ciencia política, particularmente, en el institucionalismo. Finaliza con una clasificación de los procesos en los cuales se judicializa la política, a saber, la inclusión del discurso jurídico en los procedimientos de la esfera política; la judicialización de las políticas públicas; la resolución de conflictos enteramente políticos, y el enjuiciamiento de regímenes autoritarios.

La relación entre política y derecho ha sido fundamental para el desarrollo de la ciencia política. El vínculo se sostiene desde las reflexiones filosóficas de la justificación, el origen y el ejercicio del poder, como en los métodos y conceptos compartidos entre derecho y política. Un tema central en la teoría política clásica era la construcción y el funcionamiento de las instituciones, cuyo punto de partida era el estudio comparado de los regímenes políticos a fin de encontrar el mejor gobierno. Así, el aspecto central era el estudio de las constituciones de cada gobierno; ello condujo a estudios acerca del origen y funcionamiento de las constituciones nacionales y de otras instituciones políticas, producto de la estrecha relación entre la ciencia política y el derecho constitucional.

Las conexiones interdisciplinarias del estudio del derecho y la política son diversas y sus fronteras, en ocasiones, se borran debido al uso y apropiación de conceptos y métodos compartidos. Esto refleja el ejercicio de poder y el control de las instituciones. El derecho es producto y, al mismo tiempo, constituye la base de la política. La ley es uno de los resultados centrales de la política y, en ocasiones, el premio que motiva la lucha por el poder. El resultado de esta relación tiene sentido en la ciencia política porque implica una relación de poder.

Por un lado, el derecho es uno de los productos centrales de la política que materializa la ponderación del poder político de los grupos en disputa en el ámbito institucional. Por otro, es el mecanismo por el cual se ejerce poder y control sobre la sociedad. Además, es el mecanismo por el cual se describe la organización del gobierno y la distribución del poder.

El estudio del derecho desde la política tiene enfoques diversos, como la tradición del estudio de la teoría general del Estado, la base del estudio de la administración pública y como subsistema del sistema político cuando se analiza como mecanismo de resolución de conflictos políticos. En tiempos recientes, el número creciente de democracias constitucionales y mecanismos de protección jurisdiccionales —nacionales o internacionales— en materia de derechos humanos ha centrado la atención en el funcionamiento de las cortes y en el uso estratégico que tienen en la disputa por el poder.

El punto medular del debate es que la política influye en las decisiones judiciales y que es necesario centrar la atención en la forma en que

esas decisiones tradicionalmente estudiadas desde el lenguaje técnico del derecho también son decisiones políticas.

Sin embargo, estos temas fueron relegados a segundos planos con el desarrollo de teorías políticas basadas en el conductismo, el estructural funcionalismo, el análisis sistémico, la teoría de grupos (pluralista o elitista) y, luego, las aproximaciones económicas como el marxismo. Las instituciones políticas formales jugaron poco o nada. Se presentaba una tendencia a reducir las explicaciones de lo político a lo social, lo económico o variables culturales; lo institucional no jugaba o no era importante, eran epifenómenos.

Con la obra de John Rawls *Teoría de la justicia* (1971) se inicia un renovado interés en el área; desde la filosofía política emerge un discurso normativo en el cual conceptos como justicia, igualdad y derechos toman de nuevo un lugar central. Según Rawls, las instituciones políticas pueden generar instituciones justas. En esta perspectiva, las instituciones no solo son las reglas de juego, sino que también afectan qué valores están establecidos en una sociedad: justicia, solidaridad, confianza, como lo señalan James G. March y Johan P. Olsen (1997).

En este marco, es de particular importancia el texto de March y Olsen (1993, 1-2) en el que señalaban:

Las teorías contemporáneas de la política tienden a ver en ésta un reflejo de la sociedad, en los fenómenos políticos las consecuencias agregadas del comportamiento individual, en la acción el resultado de elecciones basadas en un calculado interés propio, en la historia un agente eficaz en el logro de resultados al mismo tiempo únicos y adecuados, y en la toma de decisiones y la distribución de recursos los focos centrales de la vida política. Sin embargo, algunas aportaciones recientes a la ciencia política combinan elementos de estas tendencias teóricas con el más tradicional interés por las instituciones. Este nuevo institucionalismo subraya la relativa autonomía de las instituciones políticas, las posibilidades de que la historia no sea eficaz y la importancia de la acción simbólica para la comprensión de la política.

Con el nuevo institucionalismo las instituciones son redescubiertas y se elaboran nuevos estudios con énfasis en las reglas de juego. Estos no omiten considerar la importancia del contexto social de la política ni de los motivos de los actores individuales, el nuevo institucionalismo insiste en un papel más autónomo para las instituciones políticas:

el Estado no solo se ve afectado por la sociedad, sino que también la afecta a ella. La democracia política no solo depende de las condiciones económicas y sociales, sino también del diseño de las instituciones políticas.

A pesar de las diferencias entre los enfoques del institucionalismo, en general se presentan tres puntos en común que atraviesan al neoins-titucionalismo, y que constituyen su piso común (Romero 1999, 19).

- 1) Rechazo a los reduccionismos conductista —las instituciones como simples epifenómenos de la sociedad— y economista —las instituciones como una realidad incómoda para los estrechos supuestos de la microeconomía—.
- 2) Convicción de que los arreglos institucionales —como sea que estos se definan— cuentan en la explicación de la vida social, económica y política.
- 3) Definición muy inicial de las instituciones como las reglas del juego de una sociedad.

Lo que se denomina nuevo institucionalismo no constituye un cuerpo unificado de pensamientos; se diferencian por lo menos tres enfoques¹ que tienen en común la premisa de que las instituciones cuentan. Estos enfoques buscan aclarar la función de las instituciones y juegan un papel determinante en los resultados políticos y sociales (Hall y Taylor 1999, 15).

¹ Existen diversas clasificaciones de los nuevos institucionalismos en las ciencias sociales. Guy Peters (2003) distingue siete tipos: normativo, de la elección racional, histórico, empírico, sociológico, de representación de intereses e internacional. Robert Goodin (2003), por su parte, los clasifica de acuerdo con las disciplinas de las ciencias sociales: historia, sociología, economía, ciencia política y teoría social; también señala que el nuevo institucionalismo en cada una de las disciplinas se relaciona con este último en tanto temas más genéricos de la teoría social, desde la filosofía de las ciencias sociales hasta la filosofía política normativa. Tanto las clasificaciones de Peter Hall y Rosemary Taylor como la de Peters integran obras del institucionalismo económico en el de la elección racional. La justificación de Peters (2003, 77) de agrupar obras de economistas institucionales —por ejemplo, North (1993) y Eggertsson (1996)— se basa en que “Esta versión de la elección racional concibe a las instituciones como conglomerados de reglas en los que los miembros de las organizaciones o instituciones aceptan seguir esas reglas a cambio de los beneficios que obtienen por pertenecer a esta estructura”, fundamentación muy simplista, pues el mismo Douglas North (1993, 31-42) critica los supuestos conductuales de la economía neoclásica y del enfoque de la elección racional.

Para la ciencia política es indispensable distinguir el neoinstitucionalismo basado en la elección racional del institucionalismo histórico. En el primero, las instituciones sirven como incentivos o desincentivos para la acción racional de los actores, mientras que en el segundo proveen de elementos estratégicos para la maximización de utilidad por parte de los sujetos políticos.

Neoinstitucionalismo de la elección racional

La tradición predominante de las ciencias económicas se ha concentrado en torno al paradigma neoclásico que implica agentes libres que se relacionan entre sí en un libre mercado. Sin embargo, una tradición institucionalista muestra oposición a la ortodoxia neoclásica. La economía institucional examina las maneras en las cuales la acción colectiva puede ser encarnada institucionalmente y, de esa manera, puede moldear y limitar la elección subsiguiente (Commons citado en Goodin 2003, 20). El principal aspecto es el estudio de las instituciones, los mecanismos de su creación y por los cuales controlan la vida económica. Su propósito más negativo consistía en la demostración de las diversas maneras en las cuales el libre mercado se ve afectado por la realidad institucional.

Por otro lado, la máxima aspiración del programa neoclásico consistía en suministrar “fundamentos micro” para los fenómenos macro y otros ámbitos. El objetivo era reducir toda conducta económica y toda conducta social, en general, a la interacción de preferencias individuales en condiciones de escasez. Se daba por sentada la existencia de funciones de respuestas sencillas y más o menos instantáneas. Sin embargo, en los últimos años se ha producido un resurgimiento del interés en la economía institucional, una reacción contra el individualismo extremo de la revolución microeconómica. La idea básica de este nuevo institucionalismo en la economía consiste en mostrar las diversas maneras en las que el funcionamiento real del libre mercado en la economía neoclásica exige y presupone una estructura institucional previa.

La premisa central de este nuevo institucionalismo es que las instituciones reducen los costos de transacción y facilitan los intercambios. En este sentido, Williamson señala que una forma particular de organización puede ser explicada como el resultado de un esfuerzo por reducir los costos de transacción en el cumplimiento de la misma actividad (Williamson citado en Hall y Taylor 1999, 24). Douglas North empleó argumentos similares en la historia de las instituciones económicas (North y Thomas 1973). El énfasis puesto en la importancia de las instituciones económicas, por lo tanto, equivale a subrayar la importancia del pasado como determinante de las elecciones económicas actuales, lo que se conoce como *path dependence* (dependencia de la senda). La influencia del pasado resulta central para el institucionalismo en la economía, tanto el clásico como el nuevo (Goodin 2003, 25).

De esta forma, el neoinstitucionalismo basado en la elección racional presenta cinco características centrales.

- 1) Tiene como su elemento más importante el estar basado en el análisis microfundacional y provee microexplicaciones para macrofenómenos políticos, por oposición al institucionalismo histórico y sociológico.
- 2) Postula que los actores relevantes fijan un conjunto de preferencias o gustos que se comportan instrumentalmente para maximizar su cumplimiento y de una manera estratégica se supone la aplicación de un cálculo ampliado.
- 3) La política es vista como una serie de dilemas de acción colectiva.
- 4) Su énfasis en el papel de la interacción estratégica en la determinación de resultados políticos: el comportamiento de un actor no debe ser conducido por las fuerzas históricas impersonales, sino por el cálculo estratégico, y este es profundamente afectado por las expectativas del actor acerca de cómo lleguen a comportarse otros actores. Las instituciones estructuran tales interacciones al afectar el alcance y la secuencia de las alternativas en una agenda electoral o al dar la información. Se apoyan en el enfoque clásico del cálculo para explicar cómo las instituciones afectan la acción individual.
- 5) Una institución existe en tanto tenga valor para los actores afectados. Los actores crean la institución para consolidar este valor asumido en términos de ganancias obtenidas de la cooperación. Por

ello el proceso de creación institucional gira alrededor de acuerdos voluntarios de los actores relevantes, y si la institución queda sujeta a un proceso de selección competitiva, esta sobrevivirá debido a que brinda más beneficios a los actores relevantes que a las formas institucionales alternas.

Institucionalismo histórico

Constituye una reacción a las teorías grupales de la política y del estructural-funcionalismo predominante en las décadas de 1960 y 1970. En este se retoma la premisa de la existencia de grupos rivales en conflicto por recursos escasos, pero busca otras explicaciones para la distinción de los resultados políticos: se plantea que las instituciones privilegian ciertos intereses y descuidan otros. Por otro lado, se retoma la idea de que la política constituye un complejo sistema de partes en acción, pero se rechazan las explicaciones macroorientadas, ya sean sociales o culturales: “se ve a la organización institucional de la política como el principal factor que estructura el comportamiento colectivo y que genera resultados distintivos” (Hall y Taylor 1999, 17).

Este enfoque desafía las perspectivas pluralista y actitudinal que retratan a las instituciones como simples instrumentos de dominación política. Sus estudios han mostrado la consistencia de instituciones o de arreglos institucionales más o menos influyentes de acuerdo con los contextos en los que se desempeñan, así como en el caso de instituciones que se incrustan como variables independientes del cambio político.

Desde la perspectiva de este institucionalismo se comprende teóricamente la explicación de la interacción de instituciones y actores como el Congreso, la presidencia, los partidos políticos, los grupos de interés y el Poder Judicial. Las investigaciones empíricas permiten comprender cómo estas instituciones y actores trasladan la escena de su resolución a nuevos actores empoderados: los jueces.

La consecuencia también abre el camino para que ciudadanos aislados, no propiamente actores políticos, tengan una estrategia de control sobre el sistema político. Incluso es posible observar cómo posiciones

conservadoras logran imponerse en procesos de cambio dada la misma estrategia jurisdiccional.

En su relación con el actuar de las cortes el comportamiento judicial es afectado por los marcos institucionales que, desde una concepción más amplia, encarnan los procesos de toma de decisión. Estos elementos y supuestos proveen marcos para prefigurar el comportamiento judicial, pero también permiten considerar la libertad de acción de los jueces por encontrarse en los límites de influencia de los sujetos políticos, otorgando autonomía desde la cual puede afectar los resultados políticos.

El Poder Judicial, y sus decisiones, puede ser estudiado más allá de las doctrinas del derecho; brinda elementos para comprenderlo desde las fronteras de la acción política, considerando incluso su participación en el conflicto como una estrategia de los sujetos.

En este marco podría lograrse lo que Shapiro (1989, 99) establecía como un objetivo propio de la ciencia política:

fortalecer las habilidades en el análisis doctrinal y al mismo tiempo mantener una posición objetiva – tomando en serio la doctrina sin tratar a la ley como simple “algo” que será descubierto por los jueces, ni como un grano para el análisis que la mera promoción de los resultados legales.

Este enfoque trata de mostrar empíricamente cómo la presión es consistente con las doctrinas que limitan el razonamiento judicial que generan dependencia procedimental, así como consecuencias inesperadas, aun cuando sus funciones interpretativas a veces habilitan a los jueces a paralizar o profundizar el cambio social.

En los estudios comparados del institucionalismo histórico Paul Pierson argumenta que ciertas coyunturas críticas abren la posibilidad de cambios de desarrollo institucional, para lo que utiliza el concepto de dependencia de la trayectoria. Mientras que Bruce Ackerman ha centrado su estudio en la interpretación histórica de la Constitución de Estados Unidos de América respaldado en coyunturas críticas o “momentos constitucionales” (Ackerman 1991). Dichos acontecimientos permiten estudios de largo plazo del desarrollo de las instituciones políticas cuya base fue una respuesta inmediata a coyunturas impuestas por las propias instituciones, los sujetos políticos o incluso

votantes. Estas respuestas pueden incluir resistencia, ineficiencia o elecciones imprevisibles (Pierson 2004, 10-6).

Ran Hirschl (2004) señala cómo ha avanzado el reconocimiento de derechos en la legislación en numerosos países, lo que permite establecer estrategias de control en la implementación de políticas económicas de corte neoliberal y de otras élites. Shapiro (2004) habla de política jurisprudencial, que explica las decisiones jurisdiccionales como servicio a grupos de interés u otros actores políticos. En ambos casos, los jueces se concentran en decisiones doctrinalmente consistentes y su propio poder institucional, junto con sus interpretaciones distintas de los principios que comparten con los funcionarios electos; quiere decir que sus decisiones en ocasiones les brindan más o menos poder de lo que desean esos funcionarios. Por ello, delegar el poder en las cortes involucra riesgos de largo plazo para los sistemas políticos, aunque cada vez más están asumiendo esos riesgos.

Orren y Skowronek (2004, 82 y 86) definen a las instituciones por los “propósitos” y “mandatos” que llevan a cabo al paso del tiempo, que contribuyen a enfrentamientos frecuentes, y que en ocasiones definen lo político con controles obsoletos e incongruentes.

Judicialización de la política

Como se ha señalado, el estudio de la jurisprudencia y la filosofía del derecho es el aspecto más antiguo de la relación entre derecho y política. La jurisprudencia identifica la relación del derecho con otros ámbitos o aspectos de orden social y otras formas de control. En esta relación se encuentra con claridad quién detenta el poder y quién es el destinatario de este (Lowenstein).

Desde la ciencia política, la relación derecho-sociedad permite analizar temas concretos y que muestran cómo se moviliza, experimenta o impacta en la sociedad en diferentes ámbitos, como en la política de seguridad, de protección a los derechos humanos o de regulación económica. Los estudios suelen ser más concretos en cuanto al uso e impacto de la ley, como en el caso de la sociología jurídica, que contribuye con analizar cómo el derecho es utilizado por los grupos para alcanzar sus metas.

Estos análisis se han fortalecido por los aportes de los estudios comparados en el ámbito internacional que se centran en el papel que han jugado las cortes internacionales. En este sentido, se ha acuñado el término de judicialización de la política que incorpora cómo las instituciones jurisdiccionales y sus redes transmiten normas y preceptos políticos para la resolución de conflictos.

Judicializar la política implica incluir el discurso político y los recursos jurídicos en los procedimientos y la elaboración de políticas públicas con capacidad para revisar judicialmente las controversias políticas o los conflictos de orden moral. Este fenómeno se caracteriza por utilizar el lenguaje, el discurso y las instituciones jurídicas para impulsar o frenar decisiones políticas, y en las ciencias sociales (distintas al derecho) hay una amplia tradición de estudio.

La amplia tradición de estudio del fenómeno jurídico en la vida social se puede encontrar desde los enfoques de la sociología jurídica con Durkheim (1964) —acerca de la “juridificación” de la vida social— o Max Weber, quien hace énfasis en el surgimiento en las sociedades occidentales de una forma de dominación racionalizada, formalizada e impersonal basada en la ley y que, en los últimos 20 años, se puede documentar la creciente presencia de este tema en la vida política. No obstante la larga tradición de estudios de esta naturaleza, la discusión académica acerca de la judicialización de la política sigue incompleta.² Provine (2007) sostiene que existe una brecha entre ciencia política y sociología jurídica como resultado del cambio de interés tanto de las instituciones formales del derecho y gobierno como de las ciencias sociales positivistas.

Por otro lado, se señala que la ausencia de una corriente específica de estudio de la judicialización de la política radica en que es un término amplio (paraguas) que se refiere al menos a cuatro tipos de procesos políticos (Shapiro). El primero se utiliza para referirse a la inclusión del discurso jurídico en los procedimientos de la esfera política y en los procesos de elaboración de políticas públicas. El segundo muestra la expansión del papel de las cortes en temas vinculados con el desarrollo de políticas públicas, principalmente en la revisión de actos administrativos que dan nuevas definiciones de los límites de la acción burocrá-

² Véanse Tate y Vallinder (1995), Goldstein (2001), Hirschl (2002; 2004; 2006), Ferejohn (2002), Shapiro y Stone Sweet (2002), Pildes (2004) y Sieder (2005).

tica. El tercer ámbito consiste en la creciente dependencia de tribunales y jueces para resolver conflictos de naturaleza enteramente política. El cuarto tipo de judicialización política es el vinculado con el análisis de delitos cometidos por regímenes autoritarios en países que han transitado a la democracia. En estos casos se han conformado comisiones cuasi judiciales (comisiones de la verdad) o tribunales especiales.

Para que la judicialización de la política sea una práctica, estrategia, medio o forma de activismo requiere de un sistema judicial razonablemente independiente y reconocido por la opinión pública. El creciente interés que ha tomado el tema desde la ciencia política radica en su expansión en contextos políticos particulares: democracias consolidadas, jóvenes y en sistemas en transición. En estos casos, el desarrollo de instituciones con capacidad de decidir acerca de la legalidad de decisiones tomadas en el ámbito ejecutivo o legislativo resulta fundamental para la resolución de conflictos.

Inclusión del discurso jurídico en los procedimientos de la esfera política

La existencia de un catálogo de derechos y de mecanismos de revisión establecidos en los textos constitucionales provee el marco institucional para que las cortes adquieran un papel más activo en sus esfuerzos por proteger los derechos y libertades fundamentales, así como expandir su jurisdicción a temas vitales que generan controversias políticas. Este marco institucional favorece al activismo judicial que brinda herramientas a las minorías políticas para defenderse de las decisiones en diversos temas de política pública. De esta forma, los cálculos políticos de cualquier decisión ya no solamente se centran en los posibles resultados, sino que deben considerar las controversias judiciales que pueden desatar y las consecuencias de esa oposición.

En algunos casos la liberalización económica contribuye al fortalecimiento del sistema judicial. En el ámbito de las regulaciones económicas, la combinación entre privatización y liberalización obliga a fortalecer regulaciones judiciales (Vogel 1998; Kelemen y Sibbit 2004). En este marco, es posible encontrar cada vez más vinculación institucional entre los diferentes agentes gubernamentales que deciden en

temas de política pública con los ámbitos jurisdiccionales como mecanismo de verificación o control previo a la toma de decisiones. Estos sistemas permiten una revisión de las políticas públicas previo a su implementación, y con ello generar condiciones para su respaldo jurídico; a decir de Stone (1992) la revisión *a priori* es un medio para judicializar la toma de decisiones en política pública.

De acuerdo con Shapiro y Stone (2002), la existencia de judicaturas activas, independientes y bien armadas es necesaria para un eficiente monitoreo de un Estado cada vez más expansivo, y responde a la desconfianza del gobierno tecnocrático y planificador del que se requieren limitar sus poderes discrecionales (Shapiro 1999). Por lo tanto, el proceso deriva de la complejidad cada vez mayor de la sociedad moderna (Luhman 1985) y de la creación y expansión del moderno estado de bienestar y las múltiples agencias regulatorias (Habermas 1998).

Finalmente, en el estudio de la judicialización de la política en los procedimientos de la esfera política se encuentran los actores legitimados para participar de ella (*locus standi*) y el momento jurídico en el cual la corte puede ser involucrada. No es difícil encontrar en los diferentes países que los propios marcos constitucionales restringen a ciertos actores la posibilidad de ejercer medidas de control ante el Poder Judicial; es decir, la judicialización de la política también se acompaña de la politización de la justicia. Así, el acceso al sistema judicial se encuentra restringido para un conjunto limitado.

Judicialización de las políticas públicas

El proceso de las políticas públicas resumido en la definición de la agenda, diseño, implementación y evaluación es resultado del control político sobre las instituciones. Por lo que la judicialización de la política en este ámbito implica la expansión de las cortes en temas vinculados con el desarrollo de políticas públicas, principalmente en la revisión de actos administrativos que dan nuevas definiciones de los límites de la acción burocrática y de los derechos humanos.

La judicialización de estos procesos políticos se refleja en la implementación de procedimientos administrativos que obligan al Estado a

contar con medios de protección y apelación, como aquellos que deben respetar el principio del debido proceso y en los cuales las cortes obligan a brindar igualdad de oportunidades a las partes involucradas, transparencia, rendición de cuentas y razonabilidad. Se trata de brindar seguridad procedimental como elemento central de temas como el combate a la corrupción en la administración pública.

Se puede estudiar la judicialización del proceso de las políticas públicas en la expansión de agencias administrativas, cuyas acciones son revisadas por las miradas de las cortes basadas en principios de responsabilidad pública, incluidos en estándares internacionales de derechos humanos. Esto es evidencia de la expansión del papel de las cortes en diversas materias, como la planeación urbana, la salud pública, las relaciones comerciales y de protección al consumidor.

Institucionalmente, también debe distinguirse el control constitucional entre sistemas descentralizados y centralizados. En los sistemas descentralizados (por ejemplo, en Estados Unidos de América) la revisión constitucional es competencia de cualquier juez para prácticamente cualquier caso, tema o controversia. En cambio, en los sistemas centralizados la revisión constitucional recae en un solo órgano estatal, una corte suprema o un tribunal constitucional especializado (como en los casos de Alemania, España, Italia o México).

Los estudios del papel de las cortes se han ampliado al análisis del control de la acción legislativa y ejecutiva en diversas materias, como relaciones internacionales, política fiscal y seguridad nacional. Como ejemplo del control de las cortes sobre decisiones de política económica se puede observar la decisión de la Suprema Corte de Argentina que, en 2004, declaró la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas por el gobierno para enfrentar la crisis económica de 2001. En el caso de la crisis económica en Argentina, el gobierno emitió un decreto para limitar el retiro de dinero en efectivo de los bancos, el llamado corralito, y el congelamiento de las cuentas en dólares, con el fin de realizar la total conversión de la economía argentina en pesos (pesificación).

En el ámbito internacional también ha proliferado el abanico de temas en los que tribunales transnacionales o sistemas no jurisdiccionales como paneles o comisiones analizan y resuelven conflictos de derechos

humanos, comercio, asuntos monetarios e incluso gobernanza internacional. Aunque algunas de estas instancias no tienen obligatoriedad en sus recomendaciones (como el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), estas tienen un peso político y simbólico que ha obligado a varios países a asumir estándares internacionales en sus sistemas legales en el ámbito nacional.

Un ejemplo de la judicialización internacional de las políticas públicas fue el establecimiento de un mecanismo cuasi jurídico para la resolución de conflictos interpretativos del tratado en materia de inversión extranjera, servicios financieros, *antidumping* y mecanismos compensatorios, en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Este mismo modelo ha sido utilizado en otros acuerdos comerciales, como en el Mercado Común del Sur y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.

Resolución de conflictos enteramente políticos

El tercer ámbito materia central de este trabajo consiste en la creciente dependencia de tribunales y jueces para resolver conflictos de naturaleza enteramente política. En este se puede hablar de contextos en los que se han creado tribunales especializados para resolver conflictos en materia electoral y el control judicial de responsabilidades del Poder Ejecutivo en campos como la planificación macroeconómica o de seguridad nacional.

En la última década las cortes constitucionales han decidido el futuro político de más de 25 naciones a partir de juicios de destitución, como en Italia y Perú, o modificación a periodos presidenciales, como en Colombia, Rusia y Uganda, donde los presidentes en turno pretendieron modificar la Constitución para ampliar su posibilidad de reelegirse, o, incluso, juicios a prominentes líderes políticos con la intención de descalificarlos para competir en los procesos electorales, como en el caso del desafuero de Andrés Manuel López Obrador.

Durante los procesos de transición a la democracia de las décadas de 1980 y 1990, en la nueva configuración institucional de los países

que escenificaron estos procesos, particularmente en América Latina, Europa oriental y Asia, la definición de los alcances de las nuevas cortes constitucionales contribuyó a fortalecer su papel en la creación, implementación o eliminación de ciertas políticas públicas.

En este sentido, los estudios comparados han puesto mayor atención en la influencia política de las cortes y los jueces, así como en la conformación y poder de decisión. Parte de las bases de estos estudios comparados se ubica en los trabajos de Murphy y Tanenhaus (1972), Schubert y Danelski (1969), Shapiro (1981), Kommers (1989), Stone (1992) y Volcansek (1992), que establecieron una amplia agenda de estudio acerca del impacto del Poder Judicial en los procesos de transición y consolidación de regímenes democráticos.

En este marco de análisis, la judicialización de la política implica la participación de las cortes en la ratificación del cambio político. En el caso de Sudáfrica, en 1996, la Corte Suprema desechó el nuevo texto constitucional elaborado por la Asamblea Constituyente por considerarlo inconstitucional (Hirschl 2006). Otro ejemplo es Corea del Sur, donde la Corte declaró inconstitucional el proceso de destitución del presidente Roh Moo-hyun por parte de la Asamblea Nacional, la primera ocasión en la que un presidente fue reinstalado en el cargo por orden judicial.

El mayor crecimiento de la judicialización de la política es el vinculado con los procesos electorales. Miller (2004) lo define como la “ley de la democracia”. En este sentido, recae en el Poder Judicial la revisión del proceso electoral, medida adoptada en prácticamente todos los países en los que se desarrollan procesos electorales. En este ámbito, las cortes suelen decidir temas como la fundación o liquidación de partidos, financiamiento de campañas, utilización de los medios de comunicación, distritación y calificación final del proceso.

Con mayor notoriedad, el papel de las cortes se observa en la calificación electoral, como en Italia, donde la Corte validó el resultado de una elección que se definió por 25,000 votos, o México, donde se validó la elección de 2006, cuyo margen de 0.5 % propició el mayor conflicto político de la historia reciente. Todo lo anterior, sin contar las elecciones subnacionales decididas en las cortes.

Enjuiciamiento de regímenes autoritarios

Un cuarto tipo de judicialización política es el vinculado con el análisis de delitos cometidos por regímenes autoritarios en países que han transitado a la democracia. En estos casos se han conformado comisiones cuasi judiciales (comisiones de la verdad) o tribunales especiales. Estos pueden clasificarse como mecanismos de justicia restaurativa.

Estos casos no se encuentran exentos de polémica. Las cortes se ven afectadas por el entorno institucional en el cual operan. En algunos casos los jueces carecen de aparatos propios que obliguen al cumplimiento de sus decisiones y requieren del apoyo de otros órganos que hagan cumplir sus mandatos (McGuire y Stimson 2004); en otros, el objetivo es conocer la verdad de un periodo histórico con el fin de generar condiciones para la paz, con la lógica de verdad y olvido. Sin embargo, casos como el de Argentina o Chile muestran que las sentencias o conclusiones de estas comisiones pueden servir de base para llevar efectivos procesos jurídicos.

Estos tribunales suelen ser reconocidos por la comunidad internacional y sus decisiones sí tienen vinculación criminal; por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, establecido en La Haya en 1993; Tribunal Penal Internacional para Ruanda; Tribunal Especial para Sierra Leona; Tribunal Ad Hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental, entre otros.

En estos casos la más clara manifestación del conflicto que representa la judicialización de la justicia es la difícil conciliación entre la teoría constitucional, los derechos humanos, el papel de las cortes en la democracia y la idea o concepto de razón de Estado. Para Charles Epp (2013) este proceso también podría reflejar la judicialización desde abajo, que se sostiene en el avance del reconocimiento de los derechos humanos y en el uso de juicios estratégicos como resultado de considerar al Poder Judicial como medio para afirmar las garantías a los derechos humanos limitando a los actores políticos dominantes.

Conclusión

En las últimas décadas se ha visto la transferencia de poder de los órganos representativos a las instituciones judiciales, ya sea en el ámbito nacional o internacional. Uno de los principales resultados de esta tendencia es la transformación de las cortes y tribunales a lo largo del mundo en los mayores centros de toma de decisiones.

La judicialización de la política muestra que nada queda fuera de la revisión constitucional, que el mundo está lleno de leyes, regulaciones, principios, normas y que todo y cualquier cosa es justiciable. Ello implica un marco constitucional favorable y una judicatura activa como elementos centrales que contribuyen al proceso. Así, el Poder Judicial, nacido de la tradición de separación de poderes, se constituye no solamente en un ámbito técnico jurídico de lectura de la ley, sino que adquiere relevancia como un subsistema político de resolución de conflictos.

Se explica que la importancia del estudio de la judicialización de la política está relacionada con la expansión de regímenes democráticos que suponen la desconcentración del poder entre ramas y ámbitos del gobierno y entre instituciones del Estado. Este proceso implica la existencia de un poder apolítico que defienda la Constitución, cuyo papel es ser árbitro imparcial de litigios relativos al alcance y naturaleza de las normas fundamentales del juego político.

La posibilidad de existencia de estos procedimientos institucionales requiere de la existencia de condiciones democráticas, es decir, “un Estado liberal-constitucional, y más precisamente un Rechtsstat de tipo garantista en el que el demos soberano se encuentra obligado por y, sometido por a normas superiores” (Sartori 2007, 239). Se establecen con ello dos pilares fundamentales: la división de poderes y los mecanismos de control de constitucionalidad. Es entendido como un Estado gobernado por una mayoría limitada por los derechos de la minoría, que son tutelados por medios de control constitucional.

Si bien Graber (2004) y Schauer (2006) señalan que aún quedan ámbitos fuera del control constitucional de las cortes, sus estudios proponen explicaciones para la expansión del Poder Judicial en varios países donde ha crecido el reconocimiento u otorgamiento de facultades a las instancias judiciales para la revisión o control de las acciones de órganos

legislativos y ejecutivos; en términos generales, más democracia es igual a más Poder Judicial.

La judicialización de la política es una tendencia macropolítica en la cual la prevalencia de un discurso garantista y el uso estratégico de las cortes se refleja en el creciente y acelerado proceso de agendas políticas que se judicializan. Incluso el activismo en torno a juicios estratégicos, como la cara de la sociedad civil involucrada en la judicialización de la política, se ha incrementado en todo el mundo como una de las evidencias más claras de reconocer la autonomía judicial y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.