

CAPÍTULO 10

El Poder Judicial en un sistema político democrático

ELENA MARTÍNEZ BARAHONA

Universidad de Salamanca

1. EL PODER JUDICIAL DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando se habla del poder judicial en un sistema democrático es una referencia obligada aludir al marco constitucional en el que se -----. Su papel actual en las democracias contemporáneas se ha visto reforzado gracias a cambios constitucionales que le han dado un marco jurídico en el que actuar, diferente al que tenía hace décadas. Cuando se cuestiona su carácter *contramayoritario* o «antidemocrático» por su déficit de origen al no constituir un cuerpo electo ni responsable electoralmente, se debe atender a su regulación constitucional para saber sus atribuciones y su papel dentro de los requerimientos de pesos y contrapesos característicos de un sistema democrático. De este modo, la Constitución le otorga el carácter democrático del que en principio adolece. Y esto es así porque la Constitución constituye el pacto fundacional de una sociedad, es decir, el modo en que la ciudadanía escoge las reglas fundamentales con las que organizar la vida en común. Esta vida en común se organizaría a través de dos partes bien diferenciadas en la norma fundamental: una parte orgánica (que hace referencia a la organización y distribución del poder, donde se situaría, entre otros órganos, el poder judicial) y una parte dogmática (que se refiere a los derechos básicos de los ciudadanos para cuya protección también se recurriría a los tribunales). Estas dos partes constituirían un doble compromiso, tanto con la idea de democracia, como con la de los derechos. Compromisos fundamentales que, a veces, están en tensión: se sostiene que los problemas centrales que aparezcan en una sociedad se tienen que resolver con los mecanismos de reglas mayoritarias y, al mismo tiempo, se defiende que hay problemas que no pueden ser resueltos con arreglos mayoritarios (ej. derechos humanos).

Esta tensión entre derechos y procedimientos democráticos generaría dos preguntas fundamentales (Linares 2008, 46): ¿existirían derechos sobre los cuales las mayorías no puedan incidir?, ¿qué justifica que instituciones no elegidas por el pueblo tengan autoridad para invalidar las leyes decididas por instituciones mayoritarias? Aunque ambas cuestiones están interrelacionadas, en este capítulo nos centraremos

en la segunda cuestión: el papel del poder judicial dentro de los sistemas democráticos. Aunque lo común sea que un tribunal revise los contenidos de una ley para determinar si es válida o no a la luz de lo que exige la Constitución, muchos se han preguntado por qué son los jueces y no los legisladores, como representantes del pueblo, quienes quedan a cargo de la tarea de interpretación constitucional. Es decir, por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido, en el que las relaciones entre los poderes se traducen en un esquema de todo o nada, ya sea mediante una resolución judicial o mediante un veto del Ejecutivo (Gargarella 2014). Estas cuestiones siguen estando en el debate de muchos constitucionalistas y politólogos con el objetivo de intentar alcanzar regulaciones constitucionales más cercanas al ideal democrático.

Sea como fuere, de forma generalizada en nuestros sistemas políticos, se ha aceptado que los organismos de justicia sean un núcleo fundamental de la democracia al ser los garantes de la protección de los derechos y libertades fundamentales; así como por su control del ejercicio del poder, dando contenido al sistema de pesos y contrapesos necesario para las democracias representativas. Todo esto dentro de un marco constitucional que provee la «estructura de oportunidades» y la «estructura sociopolítica de incentivos» en el que los poderes judiciales pueden actuar (Kapiszewski 2010, 264-275). Desde este punto de vista, la Constitución constituiría una «estructura de oportunidades» porque definiría qué tipo de conflictos *pueden ser* procesados y cuáles son las funciones que los tribunales *pueden* desempeñar ya que establecería: (a) la forma en la que se distribuye el poder; (b) los compromisos ideológicos que refleja; (c) los derechos que se reconoce y (d) los tipos de mecanismos previstos para judicializar los conflictos. Esto se completaría con una «estructura sociopolítica de incentivos»; para que los tribunales puedan actuar se requiere que la acción/inacción gubernamental contradiga la Constitución y que los demandantes potenciales estén incentivados y tengan acceso a los tribunales y mecanismos para perseguir sus objetivos.

Teniendo en cuenta entonces las funciones que los marcos constitucionales proveen para fundamentar el carácter democrático del poder judicial, los siguientes epígrafes plantean cómo éste ha empezado a ocupar en la sociedad un espacio antes dominado por otras prioridades y ramas de gobierno. Así se analizarán dos cuestiones principales: en primer lugar, cómo el poder judicial ha sido estudiado desde la ciencia política. En esta sección se hará referencia a tres temas fundamentales: la revisión judicial, el comportamiento judicial y la judicialización de la política. En segundo lugar, se analizará el papel político que el judicial está desempeñando en las sociedades democráticas contemporáneas.

2. EL PODER JUDICIAL DESDE LA CIENCIA POLÍTICA: QUÉ HACE, CÓMO LO HACE Y QUÉ CONSECUENCIAS TIENE

La marginalización del poder judicial en los estudios de la ciencia política, sobre todo fuera de los EEUU, ha sido ya superada por numerosos trabajos que in-

tentan aplicar la misma lógica del estudio de las instituciones políticas tradicionales a esta institución. Esta marginalización se debió a muchas razones entre las que se pueden destacar la necesidad de la ciencia política para consolidarse como una nueva disciplina (por lo que se centraba principalmente en las instituciones políticas más tradicionales), la dedicación de los juristas al estudio del poder judicial (analizando esta institución de un modo y con un lenguaje propio) y la reticencia de los propios actores del sistema judicial a considerarse «políticos».

En buena medida, esta ampliación al estudio del poder judicial vino promovida por la corriente de análisis que se iniciara hace unas décadas bajo el nombre de «*judicial politics*» que cuestionaba la visión tradicional de los tribunales como una instancia estrictamente legal. Así, frente a la exclusión previa del poder judicial de los análisis politológicos, la ciencia política comienza a reivindicar la necesidad de un estudio comprehensivo de los sistemas políticos que no dejara fuera la cuestión judicial. Desde esta perspectiva, el poder judicial no solo estaría moldeado por el entorno político sino que también moldearía este último.

Teniendo en cuenta que desde las primeras revisiones judiciales de las leyes hasta el actual papel protagónico de los jueces han pasado más de dos siglos, esta sección tratará de explicar los rubros que más han interesado a la ciencia política en relación al poder judicial. Aunque es imposible resumir en solo un epígrafe muchas de las cuestiones abordadas, se intentará agrupar las líneas de investigación respecto a tres cuestiones fundamentales: *qué* hace el poder judicial (en este sentido se estudiará la «revisión judicial» como atribución principal del poder judicial); *cómo* lo hace (aquí se examinará el comportamiento de los jueces y lo que influye en el mismo); y *qué* consecuencias puede tener para la política en general (fundamentalmente se abordarán las cuestiones relativas a «judicialización-politización»). Es importante indicar que esta división es irreal porque el poder judicial no puede ser estudiado a partir de comportamientos estanco ya que cada una de las anteriores cuestiones influye a su vez en las otras. Sin embargo, el estudio de las mismas de manera individual permitirá facilitar y simplificar muchos de los temas que han sido abordados sobre el poder judicial desde la ciencia política.

2.1 Revisión judicial

Uno de los primeros instrumentos que ha facilitado la expansión del poder y el activismo judicial, surgió en 1803, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en el juicio del caso «*Marbury versus Madison*» que el poder judicial podía revisar las decisiones del Ejecutivo y del Legislativo que violasen la Constitución. Nace ahí el control de constitucionalidad, instrumento esencial para el fortalecimiento del poder judicial y su posición dentro del sistema político de cualquier país. Como es lógico, este control judicial de las leyes ha sido uno de los rubros que más atención ha recibido por parte de la literatura y de la academia tanto desde la ciencia política

como fuera de ella y cuya revisión excedería las pretensiones de este capítulo. Sin embargo, podemos citar los emblemáticos trabajos de Dworkin (2004) en defensa de la misma o los de Waldrom (1999) desde una visión más crítica como un excelente resumen de los diferentes posicionamiento ante la revisión judicial.

Esta revisión judicial que durante el siglo XIX se usó fundamentalmente en los EE.UU., durante los siglos XX y XXI, se ha expandido de manera increíble. Así, en Europa, el sistema de supremacía constitucional de tribunales, que fue introducido en Austria en 1920 por Hans Kelsen, sería adoptado después de la Segunda Guerra Mundial en Alemania (1951), Italia (1956), Francia (1958), España (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984) y las nuevas democracias en el Este de Europa (1986-1996) (Hönnige, 2009) (ver Tabla 1).

Tabla. 1 Cortes Constitucionales en Europa

País	Corte Constitucional	Fundada en	Activa desde
Bélgica	<i>Cour d'Arbitrage</i>	1983	1984
Bulgaria	<i>Konstitutzionen Sud</i>	1991	1991
Alemania	<i>Bundesverfassungsgericht</i>	1949	1951
Estonia	<i>Vabariigi Riigikohus</i>	1993	1993
Francia	<i>Conseil constitutionnel</i>	1958	1959
Italia	<i>Corte costituzionale</i>	1948	1956
Letonia	<i>Satversmes tiesa</i>	1996	1996
Lituania	<i>Konstitucinis Teismas</i>	1993	1997
Austria	<i>Verfassungsgerichtshof</i>	1920/1945	1923/1946
Polonia	<i>Trybunal Konstytucyjny</i>	1982/1997	1985/1997
Portugal	<i>Tribunal Constitucional</i>	1982	1983
Rumanía	<i>Curtea Constitutională</i>	1992	1992
España	<i>Tribunal Constitucional</i>	1979	1980
Eslovaquia	<i>Ústavný súd</i>	1993	1993
Eslovenia	<i>Ustavno sodišče</i>	1994	1994
República Checa	<i>Ústavní soud</i>	1993	1993
Hungría	<i>Alkotmánybíróság</i>	1989	1990

Fuente: Elaboración propia a partir de Hönnige (2009).

En América Latina, la mayoría de los países han acogido rasgos del modelo europeo-constitucional de revisión judicial. Así, mientras la facultad de revisión judicial empezó a partir de la Constitución de México de 1847, no sería hasta finales de la década de 1970 y con la tercera ola de democratización en la década de 1990, cuando se constituirían en la región órganos encargados de justicia constitucional.

En este sentido, en América Latina podemos distinguir tres modelos de justicia constitucional según el órgano encargado de revisarla: países con el modelo europeo de tribunales constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana); países con Salas especializadas que ejercen jurisdicción plena con autonomía competencial por lo que funcionan como verdaderos Tribunales Constitucionales (aunque integrados dentro de la Corte Suprema): Costa Rica, El Salvador y Venezuela; y países donde las facultades constitucionales son ejercidas dentro de la Corte Suprema pudiendo existir una sala pero sin plena competencia (Argentina, Brasil, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay) (ver Tabla 2).

Tabla 2. Modelos de Justicia Constitucional en América Latina

Tribunal especializado	Sala especializada dentro del máximo tribunal con plena competencia	Máximo tribunal/sala especializada sin plena competencia constitucional
Bolivia (1994)	Costa Rica (1989)	Argentina (1994)
Chile (1980)	El Salvador (1991)	Brasil (1988)
Colombia (1991)	Venezuela (1999)	Honduras (2000)
Ecuador (1996)		México (1994)
Guatemala (1985)		Nicaragua (1987)
Perú (1979)		Panamá (1982)
R. Dominicana (2010)		Paraguay (1993)
		Uruguay (1967)

Fuente: Elaboración propia a partir de Linares (2008, 167).

Existe una amplia variación a nivel transnacional de instrumentos para el control constitucional.¹ Sea cual fuere el tipo de instrumentos, éstos se pueden clasificar de modo general en dos tipos fundamentales de sistemas de revisión judicial de las leyes: el modelo de justicia constitucional norteamericano o difuso (donde *cualquier juez* podría declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto de la autoridad *con efecto solo para las partes que han intervenido en la controversia*) y el modelo kelseniano, europeo-continental o concentrado (que atribuye a *un solo órgano especializado* la posibilidad de revisión constitucional de las leyes con *efectos generales o erga omnes*, llevando a la derogación de la ley).

1 Se puede mencionar aquí el recurso de amparo (tutela efectiva), instrumento para proteger los derechos individuales de las injerencias de autoridades públicas; *habeas corpus* (para proteger la integridad física del individuo); las acciones de inconstitucionalidad (para impugnar la constitucionalidad de una ley o decreto); las controversias o conflictos constitucionales (para hacer válidas prerrogativas y responsabilidades constitucionales de autoridades o entidades públicas) etc.

Ambos modelos también difieren en el modo en que se accede a ellos: mientras que en el modelo americano se tiene que pasar por todas las instancias judiciales hasta llegar al órgano superior, en el modelo europeo-continental, el acceso puede ser directo (bien por todos los ciudadanos –ej. Hungría, o por aquellos órganos estatales legitimados) o indirecto, a través del juez que lleva el caso.

La Corte Suprema del modelo americano también controla la agenda a través del «*writ of certiorari*» pudiendo seleccionar los casos en los que se pronuncia y rechazando los que no tienen relevancia institucional. Sin embargo, los Tribunales Constitucionales europeos tienen que razonar siempre el rechazo o la admisión de los casos que se plantean. Linares (2008, 156) ofrece un buen resumen de las diferencias entre ambos modelos (ver Tabla 3).

Tabla 3. Diferencias entre el modelo de justicia constitucional americano y europeo

	Modelo americano	Modelo europeo
¿quién puede ejercer el poder?	Difuso (todos los jueces)	Concentrado (solo el Tribunal Constitucional)
¿cómo se activa el control?	Las partes lo plantean en el caso, y el juez ordinario decide al momento de resolver la cuestión de fondo	(a) acción abstracta de inconstitucionalidad: popular y orgánica (b) cuestión de inconstitucionalidad: las partes lo plantean ante el juez ordinario quien eleva la «cuestión de constitucionalidad» al Tribunal Constitucional
Objeto del control	Juicio de constitucionalidad y resolución de un caso concreto	Juicio abstracto de constitucionalidad
¿Qué efectos produce?	Efectos «inter partes»	Efectos «erga omnes»
Status del órgano	Poder judicial	<i>Órgano desvinculado de los tres poderes clásicos</i>
Acceso a la Corte	Recurso de inconstitucionalidad	Acción abstracta directa y cuestión de inconstitucionalidad
Control de la agenda	Sí (« <i>writ of certiorary</i> »)	No

Fuente: Linares (2008, 156).

Sin embargo, aunque estos serían a grandes rasgos las diferencias fundamentales entre ambos modelos, podemos encontrar dentro de los distintos sistemas constitucionales categorías combinadas de los mismos teniendo en cuenta los siguientes elementos relevantes (algunos indicados en líneas anteriores): el tipo de control, el

tiempo en el que se realiza, quien ejerce la jurisdicción, qué efectos tiene y el acceso a la misma (Ríos Figueroa 2010, 68):

- (a) Tipo: se refiere a si el control se ejerce frente a una controversia real (concreto) o no necesita de ella (abstracto).
- (b) Tiempo: dependiendo de si el control se realiza antes de promulgar la ley (*a priori*) o después de promulgada (*a posteriori*).
- (c) Jurisdicción: si solo una Corte es encargada del control (centralizada) o si más de un tribunal puede tener la revisión constitucional (descentralizada).
- (d) Efectos: si afecta la decisión a todos los casos (*erga omnes*) o solo entre los afectados en el caso (*inter partes*).
- (e) Acceso: Si cualquier ciudadano puede utilizar la revisión (abierto) o solo determinadas autoridades públicas pueden ejercer dicha revisión (restringido).

En este sentido, la Tabla 4 nos indica las posibles combinaciones de estas características configurando cuatro tipos de instrumentos de control constitucional Ríos Figueroa (2010, 69):

- Instrumento 1. concreto centralizado *a posteriori*: La controversia constitucional mexicana o el recurso de amparo costarricense pertenecen a este tipo de control que se considera el mejor para proteger los derechos individuales.
- Instrumento 2. concreto descentralizado *a posteriori*: Este segundo control, típico de la *tutela colombiana*, tiene efectos entre las partes agraviadas y solo obtendrán efectos generales si son apeladas hasta llegar a la Corte Constitucional.
- Instrumento 3. abstracto centralizado *a priori*: Este control previo de inconstitucionalidad que existe en muchos ordenamientos jurídicos como el colombiano o el costarricense por poner dos ejemplos, básicamente pretende el control de calidad del proceso de creación de leyes dando un poder inmenso a los legitimados activamente para presentarlo pudiendo incluso fungir como un instrumento político en manos de la oposición (ver Martínez Barahona 2009, 87.)
- Instrumento 4. abstracto centralizado *a posteriori*: Este instrumento típico del recurso de inconstitucionalidad español se considera como la herramienta más «política» de todas ya que atribuye a los jueces la capacidad de actuar de tercera (o segunda) Cámara Legislativa (aunque de modo negativo) y de arbitrar de manera correcta los conflictos político (Stone Sweet 2000, 142-145; Guarnieri y Pederzoli 1999, 113-115).

A su vez estos instrumentos se pueden combinar con el tipo de efectos (*erga omnes* o *inter partes*) y el acceso a los mismos (abierto o restringido).

Tabla 4. Instrumentos legales de control constitucional en función del tipo, tiempo y jurisdicción^(*)

Jurisdicción/ tiempo	CONCRETO		ABSTRACTO	
	<i>A priori</i>	<i>A posteriori</i>	<i>A priori</i>	<i>A posteriori</i>
Centralizado	No es posible	INSTRUMENTO 1 (amparo español, <i>Verfassungsbeschwerde</i> alemán, controversia constitucio- nal mexicana)	INSTRUMENTO 3 (<i>Conseil Constitu- tionnel</i> francés)	INSTRUMENTO 4 (acción inconstitucio- nalidad mexicana)
Descentralizado	No es posible	INSTRUMENTO 2 (amparo mexicano, tutela colombiana, <i>mandado de seguridad</i> brasileño, <i>habeas corpus</i> anglosajón)	No es posible	No es posible

(*) «No es posible»: la combinación de características no puede ocurrir lógicamente/ «No se observa»: la combinación es lógicamente posible, pero no es atractivo para alguna de las consideraciones teóricas o prácticas. Fuente: Elaboración propia a partir de Ríos Figueroa (2010, 69).

Como se ha podido observar, las diferencias estructurales entre el modelo europeo y americano de justicia constitucional y entre las combinaciones que puedan darse de los mismos en un determinado país no son cuestiones triviales sino que afectan de manera importante a la capacidad de maniobra y de importancia política que tengan los tribunales a la hora de tomar sus decisiones. Mientras que los controles «concretos» contribuirían a una mejor protección de los derechos, serían los controles abstractos los que configurarían un mayor poder político a los tribunales. Pero el diseño institucional sobre qué pueden hacer/decidir los jueces no es el único que afecta a su rol político, también es importante estudiar cómo deciden en sus resoluciones.

2.2. Comportamiento e independencia judicial

Después de conocer la importancia que tiene para el sistema político la revisión judicial, la ciencia política se ha preocupado también por los condicionantes de dicha revisión, es decir cómo los jueces deciden sus casos. Dicho de otro modo: qué influye en las decisiones de los tribunales y en especial de las Cortes Supremas de Justicia. En este sentido hay dos cuestiones fundamentales para abordar en este apartado: los *modelos* que se utilizan para analizar el comportamiento judicial y si este comportamiento se produce de un modo *independiente*.

Sobre la primera cuestión se pueden considerar al menos cinco modelos utilizados mayoritariamente para explicar dicho comportamiento judicial (ver Tabla 5): el modelo legalista, el de la acción estratégica (*strategic accounts*), el institucional, el actitudinal y el del balance táctico (*tactical balancing*).

- (a) *Modelo legalista.* Basándose en la antigua premisa acuñada por Montesquieu de que el juez era la «*bouche de la loi*» («la boca de la ley»), este modelo considera que los magistrados deciden en base a un conjunto de normas jurídicas. El enfoque de este estudio no estaría en el juez sino en la norma jurídica en la que fundamentan sus decisiones. Esta teoría concebiría a los jueces como seres neutrales o asépticos que simplemente aplicarían la ley. Este modelo tiene como principal dificultad presuponer el aislamiento de los jueces de cualquier estímulo o presión externa (e interna) e incluso ideológica, así como considerar que la norma jurídica tiene capacidad de regular de manera concreta todas las situaciones presentadas.
- (b) *Modelo de la acción estratégica.* Con origen en la escuela de la elección racional, considera a los jueces actores racionales con sus propios cálculos políticos a partir de los movimientos de otros jugadores, sea en la arena política o en la judicial. En ese modelo la decisión del juez se puede entender a partir del cálculo coste/beneficio o en relación al conjunto de preferencias que pretende satisfacer.
- (c) *Modelo actitudinal.* La proposición central de este modelo indica que los jueces básicamente deciden casos según sus preferencias. En este sentido, un cambio en el personal judicial llevaría aparejado un cambio en las políticas judiciales lo que llevaría a seleccionar siempre jueces que compartieran una determinada agenda política (Dyevre 2010). Pese a que el modelo actitudinal ha dominado la literatura de la *judicial politics* desde 1960, ha sido poco utilizado en las investigaciones fuera de Estados Unidos dado el secreto de las deliberaciones judiciales (o la escasez de votos particulares en muchos países de estos entornos), y la falta de aislamiento institucional de muchas Cortes de Justicia fuera de dicho ámbito geográfico. Es en estos contextos donde los actores son analizados como actores que están constreñidos por influencias externas y por lo tanto interactúan con otros actores políticos e instituciones. Surge así el siguiente modelo.
- (d) *Modelo institucional.* Enfatiza cómo los jueces son actores políticos y como tales están determinados por los condicionantes institucionales. Dyevre (2010) divide este último modelo entre el modelo institucional interno (subrayando la estructura colegiada del órgano judicial donde se toman las decisiones y la dinámica en el proceso judicial deliberativo) y el modelo institucional externo (que resaltaría el contexto institucional en el que los tribunales y los jueces operan, de modo que la decisión judicial dependería de las interacciones entre la Corte y el ambiente tanto político como institucional). En este sentido, los jueces anticipan las reacciones de otros actores en sus decisiones, al igual que los actores anticipan también las decisiones judiciales. De este modo, el proceso de decisión judicial sería una función de las interacciones entre la Corte de Justicia y su ambiente tanto político como institucional.

- (e) *Modelo del balance táctico.* Kapiszewski (2011) propone un quinto modelo, que brinde una explicación multi-causal de la decisión judicial, ya que para esta autora no hay un único factor determinante del comportamiento de los jueces, sobre todo en los casos políticamente controvertidos. Así, las decisiones judiciales se encontrarían motivadas por distintos factores y valores que las Cortes considerarían y *balancearían* teniendo en cuenta los casos, contextos y tiempo: ideología de los jueces, intereses corporativos o institucionales, opinión pública en relación con el caso, las preferencias de los poderes electos, la situación económica y política (o sus potenciales repercusiones), los fundamentos jurídicos o factores legales. Ahora bien, la autora señala que esta teoría no excluye que más de una consideración sea importante para un caso particular, o bien, que cada una de esas consideraciones sea importante en todos los casos políticamente relevantes. Más bien, señala la idea de la «importancia relativa» de cada una de esas circunstancias en función del caso y el contexto por lo que la mezcla de factores puede estar cambiando de un caso a otro. Esta alternancia en la importancia de las consideraciones es lo que Kapiszewski denomina *«selective assertiveness»*.

Tabla 5. Modelos de Comportamiento judicial

	Modelo legalista	Modelo de la acción estratégica	Modelo actitudinal	Modelo institucional	Modelo del balance táctico
Factor principal que determina comportamiento judicial	La norma jurídica	Calculo político (costes/beneficios)	Preferencias políticas	Condicionantes institucionales (internos/externos)	Multi-factores
Ejemplos de estudio	Fisher, Horowitz y Reed (1993)	Tommasi, Laryczower y Spiller (2000)	Spaeth y Segal (2002)	Gillman and Clayton (1999)	Kapiszewski (2011)

Sea cual fuera el modelo utilizado, se confirma la premisa de Maravall (2003, 268) de que los jueces actúan siempre en escenarios donde otros actores juegan:

Judges operate in scenarios where other actors play: politicians in government or in opposition, individuals who control mass media or vast economic resources. Multiple interests crisscross in this scenario.

Respecto a la segunda cuestión, la independencia judicial, constituye una condición necesaria para que los jueces evalúen de forma imparcial los casos que conocen sin condicionar el contenido de sus decisiones. Se trata de uno de los grandes rubros estudiados dentro de la ciencia política y aunque sería imposible resumir en pocas líneas, se podrían señalar las principales características institucionales que los académicos mencionan para producir una deliberación autónoma de los jueces respecto de

otras ramas políticas, económicas o sociales: el modo de nombramiento, la duración en el cargo y los mecanismos de remoción de los jueces.²

2.3. Judicialización de la política y politización de la justicia

Se concluye esta sección haciendo referencia a un fenómeno que ocupa cada vez un lugar más relevante dentro de los foros políticos, los medios de comunicación y de las conversaciones a pie de calle: la judicialización de la política (y su contraparte, la politización de la justicia). Bien sea por los casos de corrupción (ej. *Mani Pulite – Manos Limpias*, en Italia 1992; caso GAL –*Grupo Armado de Liberación*, en España 1994; *Parapolítica* en Colombia, 2006); por su actuación como árbitro entre instituciones políticas (numerosos conflictos de competencias entre Comunidades Autónomas y el Estado durante la época de la transición española en la década de 1980), por la revisión de las políticas públicas (ej. en España las sentencia sobre aborto en 1985 o sobre el matrimonio homosexual en 2012) o por las decisiones políticamente controvertidas que terminan en los Tribunales Constitucionales (ej. los numerosos casos de reelección presidencial en América Latina que han acabado en las Cortes Constitucionales), lo cierto es que la *judicialización de la política* ocupa un lugar cada vez más prominente en el discurso, en la práctica política y en la academia. Así nos encontramos expresiones tanto en la academia: «juristocracia» (Hirschl 2006) o «el gobierno de los jueces» (Stone Sweet 2000; Guarnieri y Pederzoli 1999) como en la política (ej. «toghe rosse», togas rojas³).

Pero, ¿de dónde viene este término? Tenemos que retrotraernos unas décadas atrás para encontrar la primera definición de *judicialización*, introducida en el trabajo de Tate y Vallinder (1995) para hacer referencia al aumento de influencia de los tribunales en temas considerados políticos. Como indicadores de medición de la judicialización, se podría recurrir al estudio de la evolución de los recursos de inconstitucionalidad y ver si los mismos han contribuido a la revisión de las políticas decididas por los órganos políticos; o se podrían analizar los procesos judiciales para saber si estos están siendo utilizados para la revisión de decisiones de funcionarios públicos. Algunos autores distinguen al respecto entre «activismo judicial» y «judicialización de la política», aplicando este concepto no solo a situaciones donde los jueces expanden sus decisiones a temas que corresponden a instituciones políticas,

2 Para un completo mapa conceptual y una evaluación de los distintos indicadores de medición de la independencia judicial, ver Linares (2004).

3 El apelativo, acuñado por Silvio Berlusconi, exprimer ministro italiano, ante los múltiples procesos judiciales a los que se ha tenido que enfrentar, podríamos retrotraerlo a la magistratura liderada por Antonio Di Pietro que durante la época de la «*Tangentopoli*» (*ciudad de los sobornos*) hizo caer la Primera República italiana inmersa en una red de corrupción que implicaba a los principales partidos políticos y grupos empresariales de la época.

sino también a cuando ellos mismos se convierte en actores en las estrategias políticas alterando las reglas de la competición democrática (Maravall 2003, 262).

Tate y Vallinder coinciden en las siguientes condiciones necesarias para que suceda la judicialización en un determinado país: presencia de democracia, sistema de separación de poderes, política de derechos, grupos de interés y de oposición política que recurre al judicial para defender sus derechos, partidos débiles o frágiles coaliciones de gobierno en instituciones mayoritarias que conducen al bloqueo de las políticas, delegación hacia las Cortes del *decision-making* y, por último, un mayor activismo judicial orientado a cuestionar la legitimidad constitucional de ciertas normas: es decir, voluntad por parte de los jueces para actuar y tomar iniciativa para la implementación de los derechos. En este sentido, los autores apuntan tanto a condiciones institucionales como individuales para poder hablar de este fenómeno.

Sin embargo, aunque es más complejo poder individualizar las causas que han llevado a que los tribunales se conviertan en una *manera de hacer política por otros medios*, se puede hacer referencia a determinadas circunstancias bajo las cuales políticos, sociedad y/o jueces pueden judicializar la política:

- **«Judicialización por la ciudadanía»:** El fallo de las instituciones democráticas para trabajar de manera eficiente, ha podido llevar a la expansión del judicial. En este sentido la intervención de los tribunales puede ser promovida por ciudadanos que ponen sus esperanzas en soluciones judiciales a problemas que las instituciones representativas son incapaces de afrontar. La emergencia de este tipo de judicialización tendría sus raíces entonces en el desencanto frente a la política, la corrupción política generalizada, la crisis de la representación y el riguroso sistema de mayorías, que lleva a la ciudadanía a recurrir al judicial para obtener respuestas a problemas que deberían ser resueltos por otras vías. Como indicaba Dworkin (2004, 79): «*people are attracted to the idea of one forum, at least, where argument matters*». La ciudadanía puede tener también interés en judicializar las protestas y sus reivindicaciones para poder insertar las mismas en la agenda pública: así los litigios judiciales tanto individuales como colectivos fungirían de cierto valor político y simbólico (ej. el caso de las demandas colectivas debidas al *Corralito* en Argentina en 2001, ver Smulovitz 2006, 55).
- **«Judicialización por los jueces»:** Los jueces asumen posiciones políticas y entran en el foro político para resolver situaciones de inmovilidad o inactividad política. En este sentido pueden actuar como contrapeso frente a mayorías parlamentarias, decisiones gubernamentales o inactividad política (ej. declaraciones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional luso en 2012 y 2013 sobre varias medidas de ajuste o actuaciones de los tribunales españoles frente a los desahucios, preferentes y privatizaciones en la X legislatura).
- **«Judicialización por los actores políticos»:** significa que ante determinadas circunstancias existe un interés de los políticos para «despolitizar» ciertos temas

sensibles y no asumir así los costos de su decisión promoviendo incluso la transferencia de estos asuntos a esfera judicial. Podemos encontrar ejemplos de estos casos en temas controvertidos como el aborto, eutanasia o matrimonio homosexual en muchos países democráticos.

Como se ha señalado en líneas anteriores, la judicialización de la política tiene muchas potencialidades, pero también riesgos que han sido destacados por la literatura y que se pueden resumir en esta Tabla 6 que lleva por título, acuñando la terminología de Uprimny (2007), «judicializaciones *democratizantes*, frente a las *democráticamente riesgosas*»:

Tabla 6. Judicializaciones *democratizantes* y *democráticamente riesgosas*

Potencialidades de judicialización	Riesgos de judicialización
1. Evita abusos de los órganos políticos y mayorías, en contra de minorías estigmatizadas o de individuos.	1. Sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden totalmente.
2. Si los derechos fundamentales son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, al asegurar su realización, los jueces cumplen una función democrática esencial.	2. Contraste entre una justicia visible y protagónica, que decide pocos casos pero en forma espectacular, mientras que la gran mayoría se deciden por una justicia invisible, rutinaria, ineficiente e inequitativa.
3. Importante cuando se producen bloqueos en el propio sistema político.	3. Puede convertir los tribunales y los procesos en escenarios e instrumentos de estrategias de actores políticos.
4. Mecanismo de movilización sociopolítica: permite empoderar a ciertos grupos sociales y les facilita su accionar social y político.	4. Puede en muchas ocasiones a un aplazamiento de soluciones políticas que son necesarias para enfrentar ciertos problemas.

Fuente: Elaboración propia a partir de Uprimny 2007.

Y no podemos mencionar la judicialización sin hacer referencia a la politización de la justicia. Mientras la judicialización de la política es entendida como el hecho de que los jueces intervienen en los espacios de deliberación política de una manera activa, la politización de la justicia se refiere a la intervención de los políticos en el sistema judicial con el objetivo de manipular las decisiones en su favor. Como se ha explicado hasta ahora, los responsables políticos pueden convertirse en objeto de control de constitucionalidad, de ahí que se torna tentador para la clase política intentar controlar a sus «vigilantes judiciales». La politización de la justicia es por tanto un proceso inevitablemente conexo al de la judicialización.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL PODER JUDICIAL COMO PODER POLÍTICO

Ya en 1957, Dahl argumentaba cómo la función política es inherente al poder judicial que tiene que decidir en cuestiones polémicas en política nacional. Refiriéndose a la Corte Suprema de Estados Unidos el autor planteaba cómo los casos que llegan a un tribunal muchas veces exponen un serio desacuerdo en la sociedad y éste no puede actuar como si fuera una institución únicamente jurídica porque debe «choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution» (Dahl 1957: 281).

El poder judicial es una institución política y como tal tiene que ser estudiada, ya que sus decisiones tienen un obvio impacto sobre las interacciones políticas y sobre los agentes políticos en la vida nacional. Así es imprescindible analizar cómo dicha institución está participando en el establecimiento de la política y en la distribución del poder en las democracias actuales. De esta manera, no se puede estudiar la política de un país obviando dichas decisiones y a los tribunales como actor político fundamental.

Pero los tribunales cumplen un rol político fundamental no solo mediante su activismo. También lo hacen cuando son pasivos o cuando a través de su inactividad legitiman el *status quo* (véase su papel en muchas de las dictaduras del mundo). En este sentido, la naturaleza política de la judicatura debe ser destacada, frente a las voces que hablan de la supuesta neutralidad o carácter *apolítico* de la corporación judicial. De esta manera, estas expresiones deben ser entendidas como que los jueces actúan, con independencia e imparcialidad, en aplicación estricta del Derecho (criterio jurídico), a diferencia del Parlamento o el Gobierno, que cumplen sus funciones orientándose por razones de conveniencia u oportunidad (criterios, precisamente, políticos).

Teniendo entonces en cuenta los criterios de intervención política y de independencia, se podrían situar los tribunales en un espacio bi-dimensional que situara tipos ideales de rol político de los mismos (Tabla 7). Esta división respondería a categorías teóricas, debiéndose situar los casos empíricos en espacios intermedios que corresponderían a diferentes grados de independencia y de intervención política. El cruce de estas dos dimensiones, conformaría entonces cuatro categorías ideales:

- (a) *Judicial neutral-burocrático*: este tipo correspondería al rol liberal tradicionalmente asignado al judicial considerado independiente del resto de poderes y que actúa de manera imparcial y neutral. Sin embargo, como se ha indicado en anteriores secciones, la debilidad de esta categoría se debe a su falta de referente empírico en la realidad, por lo que, aunque teóricamente es posible, en la práctica es casi imposible encontrar casos de este tipo por lo tanto un tipo

más realista se aproximaría a una categoría de judicial donde tuviera alta independencia pero que interviniere de alguna manera (aunque fuera restrictiva) en política, lo que podríamos denominar «judicial árbitro-imparcial».

- (b) *Judicial pasivo-obediente*: esta sería otra categoría ideal del judicial donde este actuaría bajo la dominación del poder político. Se correspondería al rol que ejercieron los poderes judiciales durante muchas dictaduras. Pero incluso con su pérdida de autonomía y su débil intervención en política, jugaron una función fundamental en legitimar la legalidad de muchos de estos regímenes.
- (c) *Politización de la justicia*: este tipo, como se indicaba en líneas anteriores, correspondería a un judicial intervenido por actores políticos para manipular sus decisiones a su favor. En este modelo los tribunales reflejarían el poder político que impera en el sistema y estarían dispuestas a responder, a través de sus decisiones u omisiones, a las necesidades del gobierno y/o sectores dominantes de la sociedad.
- (d) *Judicialización de la política*: Este tipo ideal, que se ha estudiado en la sección previa, correspondería entonces a un judicial que intervienen en el proceso de deliberación pública de manera autónoma y activa.

Tabla 7. Modelos posibles del rol político de las Cortes

	Intervención política débil	Intervención política fuerte
Alta independencia	«Modelo neutral-burocrático del judicial» → «modelo árbitro-imparcial»	«judicialización de la política»
Baja independencia	«Modelo pasivo y obediente del judicial»	«politización de la justicia»

Fuente: Martínez Barahona (2009, 246).

Conviene reiterar que no se puede estudiar ningún sistema político sin hacer referencia al poder judicial. El poder judicial ha llegado a la disciplina de la ciencia política para quedarse y obviar su papel dentro de las democracias sería tener un *puzzle* incompleto de lo que sucede en la política de un determinado país.

REFERENCIAS

- DAHL, Robert A. (1957): «Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker». *Journal of Public Law*, vol. 6: 279-295.
- DYEVRE, Arthur (2010): «Unifying the Field of Comparative Judicial Politics: Towards a General Theory of Judicial Behaviour», *European Political Science Review*, 2, págs. 297-327.

- DWORKIN, Ronald. (2004): «The Secular Papacy». In *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*. Ed. Badinter, R. and Breyer, S. New York: New York University Press.
- FISHER, William W.; HORWITZ, Morton J. y REED, Thomas A. (eds.). *American Legal Realism*. 1.^a edición. New York: Oxford University Press, 1993.
- GARGARELLA, Roberto (2014): *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI.
- GILLMAN, Howard y CLAYTON, Cornell W. (1999): «Beyond judicial attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making» en *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*, editado por Cornell W. CLAYTON y Howard GILLMAN, Chicago, Chicago University Press, págs. 1-12.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia (1999). *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999.
- HIRSCHL, Ran (2006): «The new Constitution and the judicialization of pure politics worldwide». *Fordham Law Review*, 2006, vol. 75 (2): 721-754.
- HÖNNIGE, Christoph (2009). «Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics». Paper presentado en el Congreso de la International Political Science Association. Santiago de Chile.
- LARYCZOWER, Matías; SPILLER, Pablo T. y TOMMASI, MARIANO (2002): «Judicial Independence in Unstable Environments: Argentina 1935-1998», *American Journal of Political Science*, 46 (4): págs. 699-716.
- KAPISZEWSKY, Diane (2010). «Arbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición». En HELMKE, Gretchen y RIOS-FIGUEROA, Julio (eds.) *Courts in Latin America, Cambridge*, Cambridge University Press.
- KAPISZEWSKY, Diane (2011). Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*. Volumen 45, issue 2. Págs. 471-506.
- LINALES LEJARRAGA, Sebastian (2004). «La independencia judicial: conceptualización y medición». *Política y Gobierno*. Vol. XI. Num.1: págs. 73-128.
- LINALES LEJARRAGA, Sebastian (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- MARAVALL, José María (2003): «The rule of law as a political weapon». en *Democracy and the Rule of Law*, editado por José María MARAVALL y Adam PRZEWORSKI, Cambridge, Cambridge University Press, 261-301.
- MARTÍNEZ BARAHONA, Elena (2009). *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central America*. Saarbrücken: VDM Verlag.
- RIOS FIGUEROA, Julio (2010): «Instituciones para la justicia constitucional en América Latina», en HELMKE, Gretchen y RIOS-FIGUEROA, Julio (eds.) *Courts in Latin America, Cambridge*, Cambridge University Press.
- SPAETH, Harold y SEGAL, Jeffrey (2002): *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press.

- SMULOVITZ, Catalina (2006). «Judicialization of Protest in Argentina: The Case of Corralito» en Enrique PERUZZOTTI y Catalina SMULOVITZ (ed.) *Enforcing the rule of law. Social Accountability in the New Latin American Democracies*. University of Pittsburgh Press.
- STONE SWEET, Alec (2000), *Governing with Judges*, Oxford: Oxford University Press.
- TATE, Neal y VALLINDER, Torbjorn (1995): *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- UPRIMNY, Rodrigo (2007). *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos* Sur, Rev. int. direitos human. vol.4, no.6. São Paulo . Revista on line en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452007000100004&script=sci_arttext&tlang=es [último acceso 28 de octubre 2015].
- WALDRON, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. Oxford, Clarendon Press.