

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y ACTIVISMO JUDICIAL: ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

POLITICAL JUDICIALIZATION AND POLITICAL ACTIVISM: WHAT ARE WE TALKING ABOUT?

MARCO FEOLI
Universidad de Costa Rica

Recibido: 21/09/2014

Aceptado: 14/12/2014

Resumen: Hay cosas que hacen los jueces que están impactando la esfera política, la esfera de quienes representan a los otros órganos estatales. Durante mucho tiempo se aceptó que los jueces tenían un ámbito de acción distinto al de las otras instituciones públicas; sin embargo en los últimos años esto se ha ido modificando. Se asiste a un progresivo desmantelamiento de aquella idea, hoy la visión del juez “boca de la ley”, aplicador mecánico de normas, se aleja de las funciones que está desempeñando. Este alejamiento ha contribuido a que se hayan ido instalando conceptos como judicialización de la política o activismo judicial. Sobre sus alcances y la diferencia entre ellos trata el siguiente artículo.

Palabras claves: jueces, modelos de judicatura, judicialización de la política, activismo judicial.

Abstract: *There are things that the judges do that impact on the political sphere, the sphere of those who represent the other state bodies. It has long been accepted that the judges had a different field of proceeding from the other public institutions, but this situation has been changing in the recent years. Indeed, we are witness the persistent dismantling of the idea that the judge is “the mouth of the law”, a mere applicator of rules, and this fact has contributed to an internalization of concepts like judicialization of politics or judicial activism. Its scope and the differences between them is the following paper about.*

Keywords: *judges, models judiciary, judicialization of politics, judicial activism.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RUPTURA DE UN MODELO DE MAGISTRATURA. 2.1. Dos paradigmas de juez. 2.2. El punto de inflexión y algunas variables explicativas. 3. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: NUEVAS FORMAS DE CONTROL. 4. ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO RADIAL. 5. LA RELACIÓN ENTRE JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL. 6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Tribunal Constitucional español resolvió un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la ley que aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una decisión que, aunque tomada en principio por el Parlamento, tuvo que ser resuelta en definitiva por los jueces constitucionales. Es posible, en muchos otros contextos, encontrar pronunciamientos similares, en

el sentido de que versan sobre temas con una enorme trascendencia en términos políticos y sociales, zanjados, en última instancia, por la magistratura¹.

Admitir que los jueces participan en la solución de las grandes cuestiones constituye hoy un hecho incontrovertible, pero eso no siempre fue así. Se ha pasado de una jurisdicción sumisa a una jurisdicción protagonista y esta transformación, como no podría ser de otra manera, produce consecuencias; quizás una de las más importantes es la tensión generada entre política y justicia. El protagonismo judicial ha hecho que, siguiendo a Couso, se hayan instalado nuevos conceptos en el derecho y en la ciencia política, como activismo judicial y judicialización de la política².

No se trata tan sólo de la creación de nóveles categorías teóricas, sino del sustrato empírico que está detrás de ellas: la irrupción de la variable judicial como un elemento imprescindible en el análisis de las democracias actuales. Ha habido un viraje, lo que ha permitido la aparición de una amplia gama de temas justiciables, esto es, sometidos al escrutinio de los jueces³.

Una ventaja que ofrece la tensión entre política y justicia es su actualidad, es posible a través de los medios de comunicación registrar, con relativa frecuencia, las repercusiones que en diferentes espacios produce la decisión jurisdiccional. Pero esa actualidad supone también una desventaja, no saber exactamente, o al menos no saberlo con un cierto grado de rigor académico, dado su uso generalizado, qué significa judicializar la política o quién es un juez activista.

El presente artículo busca, apoyado en el trabajo de autores de distintas disciplinas -derecho constitucional, ciencia política, sociología jurídica- responder a aquellas dos preguntas. Responderlas permite alcanzar una mayor claridad

¹ Pueden enumerarse muchos ejemplos que testimonian la transformación de la judicatura, la cual se ha ido convirtiendo en un foro en el que se resuelven tópicos del más diverso calado. Sólo a modo orientativo, se citan los siguientes casos: la sentencia de 1 de junio de 1993 de la Corte Constitucional de Guatemala que de oficio restablece la institucionalidad en el país luego de que el entonces presidente, Jorge Serrano Elías, realizara un autogolpe de estado, en: www.cc.gob.gt consulta realizada el 21 de marzo de 2012. La resolución del Tribunal Federal alemán sobre el aborto en la que se indican una serie de aspectos que deben ser respetados por el legislador para la protección de la vida prenatal, Sentencia VberfGE 88/203. El fallo del 6 de marzo de 2001, de un juez federal de la Corte Suprema argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de punto final y obediencia debida mediante las cuales se dejaban impunes hechos cometidos durante la dictadura militar, ver: ALMOVIST Y ESPÓSITO (2009): 43-68. Los juicios desencadenados en Italia por el caso conocido como *Tangentopoli*; todo surge con el descubrimiento de poderosas redes de corrupción en Milán que vincularon a políticos y funcionarios públicos. Los procesos adquirieron gran relevancia por su fuerte contenido político y generaron un reposicionamiento del poder judicial, ver: GUARNIERI (2003): 194. Finalmente la resolución del Supremo Tribunal de Brasil dictada en mayo de 2011 que reconoce las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las equipara al matrimonio heterosexual, ver: www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/brasileno/reconoce/uniones/ consultada realizada el 21 de marzo de 2012.

² COUSO (2004): 29-48.

³ ANSOLABEHERE (2005): 40-63.

conceptual a efecto de examinar el quehacer de los jueces. Previamente, sin embargo, es necesario contextualizar por qué una implicación más visible del brazo judicial implica la ruptura de un modelo de magistratura

2. LA RUPTURA DE UN MODELO DE MAGISTRATURA

Históricamente, más allá de que se pueda esgrimir que en el fondo son modelos ideales, el juez de la tradición jurídica romanista fue delineado según unas características que permitieron construir un perfil de magistratura. Entiende Garapon que las relaciones entre justicia y política encuentran en estos modelos una causa explicativa. Adelanta, el ex magistrado francés, que en los países del *common law* la influencia política de los jueces es en la actualidad quizá menos visible porque es mucho más antigua y, en consecuencia, está bastante más enraizada en la sociedad⁴. Este perfil, a diferencia de su par anglosajón, hizo que el juez continental europeo tuviera un desempeño más pasivo.

2.1. Dos paradigmas de juez

En la tradición jurídica del *common law* los jueces se han distinguido por asumir una posición de más autonomía, lo que permitió que el poder judicial ocupara un lugar simétrico respecto de los otros poderes. De esta manera se asignó un peso significativo al derecho que surge de los pronunciamientos jurisprudenciales. Dicha dinámica consolidó un sistema de pesos y contrapesos.

En cuanto al *civil law*, la posición de los jueces fue tradicionalmente menos incisiva. Aquí, la administración de justicia se ubicó, en principio, subordinada a los órganos políticos representativos y a las normas que estos producían. Primó la idea, profundamente arraigada, del principio de separación de poderes, entendido como la división en compartimentos estancos del poder. Hubo una resistencia a que los poderes traspasaran las competencias asignadas a cada uno para ejercer algún tipo de control sobre los otros⁵.

Los países de tradición europea continental se distinguieron por poseer sistemas jurídicos –sustantivos y procesales– muy detallados y nada flexibles. Mientras tanto, en los países de cultura jurídica anglosajona hubo una administración de justicia y sistemas jurídicos más flexibles basados, principalmente, en la costumbre y el precedente judicial. Como puede intuirse, se trata de diferencias que inciden en la definición de dos modelos de juez⁶.

De acuerdo a Cappelletti⁷, desde el punto de vista de la estructura, los tribunales del *civil law* son, en efecto, muy diferentes a los de los países del *common law*.

⁴ GARAPON (1997): 49.

⁵ AUTEL BARROS (1998): 45.

⁶ AUTEL BARROS (1998): 45.

⁷ CAPPELLETTI (1984): 104-108.

En los países europeos se encuentra una corte suprema, en el vértice, dividida por materias –civil, penal, familia, etc.-. Esta división diluye el poder que pueden tener los jueces o al menos hace que sea inferior en comparación con otros países, como Estados Unidos.

Otra diferencia es que en los países del *civil law* se afincó una idea de desconfianza en la discrecionalidad de los poderes públicos. Esta desconfianza provocó que principios como el norteamericano *writ of certiorari*, que permite a los jueces de la Corte Suprema decidir qué conocer y qué no, no existan o que cuando se introducen lo sea más tangencialmente⁸.

La tercera diferencia se encuentra en que al ser el europeo continental un juez de carrera, que se integra al aparato judicial recién salido de la Facultad de Derecho, siendo muy joven y una vez superados unos exámenes académicos, el tecnicismo del que está imbuido le impide tener una visión de la realidad que vaya más allá de la literalidad de las normas jurídicas. Este juez está formado más técnicamente y más controlado por los jueces superiores, con lo cual es menos dado a la creatividad y a asumir una posición “*policy oriented*”. Se trata de jueces jóvenes más volubles a las imposiciones de un sistema que entiende el derecho como el textualismo de la ley.

Las diferencias, según algunos autores, encuentran en la influencia de la Iglesia Católica y en los procesos revolucionarios del siglo XVIII dos causas con fuerza explicativa. En cuanto a lo primero, al menos en la referente a la visión verticalizada de la justicia continental, lo cual permitió ejercer mayores controles sobre los jueces de las primeras instancias, su génesis se encuentra en el siglo XI cuando el movimiento de unidad dentro de la Iglesia impuso un modelo rígido y jerárquico que luego tuvo una fuerte repercusión en el resto de instituciones⁹.

Respecto a los procesos revolucionarios, y los sucesivos movimientos constitucionales, estos también incidieron en el lugar en el que se admitió debía estar situada toda la magistratura. Frente a los jueces hubo desconfianza, la jurisprudencia y la costumbre fueron formas de creación del derecho durante el *ancient régime* por lo que su expulsión de los sistemas jurídicos post revolucionarios se volvió imperativa. No hacerlo equivalía a tolerar la usurpación a la voluntad general expresada en la ley¹⁰. La convicción de que los jueces tendrían que asumir un perfil restrictivo respondía a los abusos que se cometieron durante el pasado y frente a los cuales la magistratura fue cómplice. Cuando se intentaron promover reformas que recortaran los privilegios feudales los jueces fueron un obstáculo muy fuerte para que prosperaran¹¹.

⁸ Aunque estos mecanismos, como advierten algunos autores, se han ido introduciendo en países de tradición jurídica romanista, ver: OSUNA PATIÑO (1998): 28-30 y HERNÁNDEZ RAMOS (2008): 31-68.

⁹ DAMASKA (2000): 38, 42-67.

¹⁰ CLAVERO (2007): 13.

¹¹ CAPPELLETTI (197): 35.

En este sentido, modelo de judicatura y constitucionalismo revelan una conexión estrecha. Existe entre ellos una relación de causalidad. La forma como es entendida la ley, y su vínculo con los brazos estatales, en la experiencia continental europea –y la posterior exportación a otras latitudes–, tuvo un efecto directo sobre los jueces¹².

En definitiva, en los países de tradición anglosajona el juez estuvo dotado de amplios márgenes de maniobra para decidir. Su actuación como conciencia jurídica no se reduce a un ejercicio legalista y positivista, sino a la búsqueda de soluciones justas sobre la base de un análisis de las posibilidades que puede ofrecer una norma jurídica. El juez no es visto como un burócrata. Cosa distinta sucede con el juez de tradición continental europea –el juez “boca de la ley”¹³–. El juez es un burócrata más que limita su participación, en el funcionamiento de la democracia, a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del estado¹⁴.

A mayor abundamiento, luego de los procesos revolucionarios europeos del siglo XVIII quedó anclada la teoría que entendió que el poder del estado se divide en tres ramas. No obstante, esta noción fue configurando al aparato judicial como ente apolítico, cuya apoliticidad se garantizaba mediante el sometimiento textual y acrítico a las normas jurídicas expedidas por los otros poderes.

Esto conduce a una paradoja “...*el desarrollo de esta separación del poder judicial lo lleva a desentenderse de los contenidos en el ejercicio de esos poderes. La autonomía, así, deviene sinónimo de aparente aislamiento...*”¹⁵. Tal imagen del juez, creyendo ser apolítico y sin ideología, lo inmuniza de abordar los problemas de la sociedad de la que es parte porque se sitúa como un simple aplicador de las reglas de las que lo abastecen los poderes legislativo y ejecutivo¹⁶.

La cultura del juez que aplica normas mediante un silogismo perfecto, para resolver conflictos básicamente entre sujetos privados, se encontraba absolutamente aceptada. La idea de que el control y la limitación del poder se pudieran ejercer también desde la magistratura resultaba, si se quiere, contrafáctica¹⁷. El juez se

¹² Para profundizar en el impacto que el constitucionalismo, y sus tres vertientes occidentales más importantes –francesa, inglesa y estadounidense– han tenido, en distintos niveles, políticos y jurídicos, pueden consultarse: BUSTOS GISBERT (2005): 52; HESSE (1992): 16; FIORAVANTI (1996): 25 y PRIETO SANCHÍS (2010): 29-35.

¹³ La ya famosa expresión fue utilizada por Montesquieu: “*Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’ en peuvent moderer ni la force, ni a rigueur*” MONTESQUIEU (1955) : XI.

¹⁴ Lo anterior no supone llevar el modelo del *common law* al nivel de la idealización, se han apuntado varias críticas a su funcionamiento, tal vez la más importante es el grado de incerteza que produce un sistema en el que la uniformidad de criterios de interpretación es relativamente bajo. Esta falta de certeza se busca alcanzar mediante el precedente judicial, ver: AUTEL (1998): 303-305, 31.

¹⁵ PÁSARA (2010): 43-44.

¹⁶ MARTÍNEZ (2009): 73.

¹⁷ CALAMANDREI (1960): 71.

mantuvo relegado porque su función debía restringirse a aspectos que no tocaran el desempeño de los otros actores políticos¹⁸.

En síntesis, el juez alimentado en la tradición del *civil law* y en los movimientos constitucionales de Europa continental, mecanicista y apolítico, immaculado e impoluto queda retratado en la imagen de la toga que le concede un cierto resabio sacerdotal y, como cualquier expresión sacra, de algo que descende del cielo¹⁹. Las características del juez togado generaron la percepción de que se trataba de una figura situada por encima de los problemas que la sociedad resuelve a través de los otros poderes públicos.

2.2. El punto de inflexión y algunas variables explicativas

Todo lo anterior ha hecho que la aparición de temas de un hondo calado resolviéndose en la sede judicial sea vista como la ruptura de un viejo y enquistado modelo de magistratura²⁰. En efecto, el prototipo de juez, descrito en el primer apartado, que, al decir de Gargarella, Domingo y Roux, se extiende desde Colombia hasta Brasil pasando por Argentina, Costa Rica, Angola, Hungría, Rusia, Italia, España y Alemania etc.- cambia sustancialmente en las últimas décadas²¹. Es lo que algunos autores han denominado la expansión del poder judicial²².

De Sousa y García resaltan que en este periodo se ha asistido a un aumento en la visibilidad del sistema judicial en prácticamente todo el mundo. Ello ha conducido, prosiguen los autores, a un protagonismo cada vez mayor de los tribunales en la vida pública y en los medios de comunicación colectiva²³.

El repertorio de decisiones que, para Guarnieri y Perdezoli, las democracias contemporáneas exigen hoy día a los tribunales es inmenso, así “...*la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas...*”²⁴. Lo anterior deja al descubierto un reposicionamiento de los jueces al adquirir mayor relevancia. No es otra cosa que la redefinición de los jueces en la democracia y del uso del poder del que disponen para intervenir en los asuntos públicos.

López Medina comenta que, frente a la experiencia de una rama judicial kafkiana y legalista y poco sensible a las necesidades y a las angustias de quienes acudían a ella, los jueces, o una parte de ellos, han actuado en los últimos tiempos como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales que nunca, o al

¹⁸ AUTEL BARROS (1998): 292.

¹⁹ ANDRÉS IBAÑEZ (2004): 59.

²⁰ ZAGREBELSKY (2008): 140-146

²¹ GARGARELLA, DOMINGO Y ROUX (2006): 255-257.

²² TATE Y VALLINDER (1995): 556.

²³ DE SOUSA SANTOS Y GARCÍA VILLEGAS (2001): 162.

²⁴ GUARNIERI Y PEDERZOLI (1997): 15-16.

menos poquísimas veces, tuvieron cabida en los añejos y estrechos marcos del derecho más tradicional²⁵.

La pregunta que surge, evidentemente, es ¿por qué los jueces pasan a tomar decisiones, como las que se enumeraron antes²⁶, cuyas consecuencias no sólo no se reducen únicamente a quienes intervienen en un proceso aislado y específico, sino que también representan posturas que involucran al estado en su totalidad? En otras palabras, que las políticas de estado también se hayan podido larvar o incluso definir en el sistema judicial.

Es difícil definir el momento exacto de la transformación. Sin embargo, puede estimarse que las “...*mudanzas que se producen en el imaginario colectivo y en la cultura jurídica...*”²⁷ relacionadas con la estructura del derecho están asociadas a la época de la post guerra y a la derrota de los regímenes autoritarios. En este periodo se arraiga la democracia constitucional que acepta que la constitución política es un documento en el que se establecen no sólo contenidos procedimentales, sino también sustanciales, que incluyen una serie de derechos fundamentales, valores y principios que deben ser protegidos por el estado, lo que también conduce al resurgimiento de los tribunales constitucionales²⁸. Para Andrés Ibañez es principalmente con el posicionamiento conceptual de los derechos fundamentales y la irrupción del discurso de los derechos humanos, a partir de 1950, que el papel del juez europeo experimenta un “...*cambio verdaderamente sustancial...*”²⁹.

A la par de la aprobación de nuevas constituciones políticas, dice Zaffaroni, se promovieron reformas en los poderes judiciales que condujeron a robustecer lo que él denomina magistraturas democráticas de derecho -fortalecimiento de independencia externa e interna, transferencia de competencias administrativas a órganos fuera del poder ejecutivo, creación de tribunales constitucionales, etc.-³⁰.

Tate, por su parte, enumera algunas otras causas que explicarían el aumento del protagonismo judicial: la consolidación de estados de bienestar, el replanteamiento de teorías del derecho natural y de la existencia de principios superiores informadores de los ordenamientos jurídicos, luego de casi dos siglos de prevalencia del pensamiento positivista más duro, el triunfo de Estados Unidos a nivel global como el modelo de súper democracia –con particularidades que

²⁵ LÓPEZ MEDINA (2006): 322.

²⁶ Ver nota al pie de página 1.

²⁷ FERRAJOLI (2008): 27.

²⁸ CORCHETE (2007): 535-556; BOBBIO (1991): 39; ALEXY (2007): 67, D’ATENA (2004): 293-306 Y DIEZ PICAZO (2003): 34-36.

²⁹ ANDRÉS IBAÑEZ (2009): 309-310. En otras regiones, como América Latina, posiblemente, el reposicionamiento ha sido posterior; pero relacionado también con procesos de transición democrática en los que el discurso de derechos humanos, el fortalecimiento de la independencia judicial, la deslegitimación de los otros poderes, la creciente pobreza, etc. convirtieron a las cortes en espacios atractivos para llevar diversos temas, ver: ZAFFARONI (2004): 63-68.

³⁰ ZAFFARONI (2004):129.

empezaron a llamar la atención, como la revisión judicial y la posición protagónica que, comparada con sus pares europeos, tenían los jueces norteamericanos, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la aprobación de numerosos tratados internacionales en esta materia y la presión que diferentes organizaciones de derechos humanos han ejercido por su tutela y protección³¹.

El punto medular, sostienen Guarnieri y Pederzoli, reside en que antes se pedía al juez aplicar la normas en retrospectiva –es decir, viendo al pasado y a lo que el legislador había decidido- pareciera que hoy, en cambio, se le transfiere una responsabilidad distinta que supone considerar soluciones alternativas, sopesar consecuencias, aplicar principios y valores superiores. En síntesis, partir de una lógica prospectiva, viendo hacia el futuro como lo han hecho otros actores políticos³².

El reposicionamiento de la judicatura en la democracia ha llevado, se subrayaba al inicio, a que se hable de activismo judicial³³, de judicialización de la política³⁴ o de politización de la justicia³⁵ como conceptos que intentan describir un incremento de la incidencia del poder judicial en los estados. A discurrir sobre su significado se dedicarán los siguientes apartados.

3. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: NUEVAS FORMAS DE CONTROL

El fenómeno, es decir el incremento de la incidencia de la magistratura, no es homogéneo, en el sentido de que no ocurre en todas partes y se expresa a través de diferentes manifestaciones³⁶. Podría sintetizarse, al menos una parte, en nuevas funciones, al menos en los países que dan cuenta de él desde hace algunas décadas, desempeñadas por el poder judicial: a) guardián de la constitución frente a las decisiones políticas -aquí se relaciona con el aumento de las atribuciones a los jueces en materia de jurisdicción constitucional y la posibilidad de anular decisiones del parlamento y del poder ejecutivo-, b) árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político -se refiere al incremento de las cuestiones políticas y sociales sobre las que el poder judicial puede decidir y al aumento de aquellos ámbitos sobre los que pueden intervenir los jueces, bien en conflictos entre

³¹ TATE (1995): 20-24.

³² GUARNIERI Y PEDERZOLI (1997): 19-20.

³³ HOLLAND (1991): 1-12.

³⁴ COUSO (2004): 29-48.

³⁵ Se excluye *ad portas* el término politización de la justicia del abordaje, que a continuación será presentado, porque, como señala Martínez, éste, a diferencia de los otros reseñados, se da cuando los entes estatales de forma irregular utilizan al poder judicial para obtener objetivos espurios. El aprovechamiento surge básicamente por situaciones de debilidad institucional del aparato de justicia que, resquebrajado en principios elementales –como el de independencia y el de autonomía presupuestaria-, lo convierten en un elemento más, a disposición de políticos, partidos y miembros de otros poderes del estado, ver: MARTÍNEZ BARAHONA (2007): 46.

³⁶ VOLCANSEK (1992): 2.

poderes, bien en conflictos entre poder político y ciudadanía- y por último, c) la de fiscalización de la tarea de los políticos – algunos actos se someten a control de las cortes y también hay quienes incluyen aquí el ámbito penal donde ha habido un aumento de causas y procesos en los que funcionarios públicos figuran como encausados³⁷.

De acuerdo a Domingo la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles. En primer lugar, el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. El tercer nivel, en un ámbito más discursivo, afirma la profesora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como *rule of law* o derechos fundamentales³⁸. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales³⁹.

Otros autores comparten esta posición. Por ejemplo, Couso encuentra que la judicialización, tiene dos aspectos distintos, pero estrechamente relacionados. De un lado, que muchos tribunales en todo el mundo han adoptado un papel nuevo, que consiste en asumir un perfil más alto, lo que entre otras consecuencias les ha permitido participar en importantes debates políticos y sociales. Del otro lado, que haya un crecimiento del uso de la ley y del discurso jurídico. Cada vez es más frecuente que la oposición política, los ciudadanos y los movimientos sociales encuadren sus luchas en el lenguaje del derecho y miren hacia los tribunales para avanzar en ellas⁴⁰.

Para Ansolabehere, en el mismo sentido, se está ante un avance de la magistratura sobre el espacio de la política, avance que, indica, se expresa de varias formas: por el aumento de los temas sobre los que la política no puede decidir, por el aumento de la capacidad de fiscalización del poder judicial sobre los funcionarios públicos, por el aumento de la capacidad de los jueces para la revisión de las normas sancionadas por el poder político a través de la figura del control de constitucionalidad y por el aumento de la resolución de conflictos políticos en sede judicial. En pocas palabras, dice la investigadora argentina, “...en los gobiernos democráticos, el poder judicial controla y revisa las acciones del poder político, de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político...”⁴¹.

³⁷ ANSOLABEHHERE (2005): 41.

³⁸ Guillermo O’Donnell a esto lo llama “juridificación” y no judicialización. El matiz es oportuno en tanto estos discursos legales superan el ámbito judicial y se convierten en criterios legitimadores de la actuación estatal en general. Ver el análisis conclusivo que hace el recientemente fallecido profesor argentino a la obra de: SIEDER, SCHJOLDEN Y ANGELL (2005): 110-112. En igual dirección se pronuncia: NIETO (2007): 154.

³⁹ DOMINGO (2004): 110-112.

⁴⁰ COUSO, HUNEES Y SIEDER (2010): 8-9.

⁴¹ ANSOLABEHHERE (2004): 3-5.

Uprimny indica que judicialización de la política consiste en que “...*ciertos asuntos que (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces...*”⁴². Uprimny da cuenta de un fenómeno en el que los jueces resuelven cuestiones que antes pertenecieron a los ámbitos de competencia ejercidos, con mayor o menor autonomía e incluso discrecionalidad, por los otros poderes del estado.

Ferejohn considera que después de la II Guerra Mundial se generó un cambio profundo en el poder político, el cual se ha ido alejando del poder legislativo en dirección a las cortes y a otras instituciones del derecho. A este desplazamiento el autor lo denomina judicialización de la política⁴³. Jaramillo Zuleta, en idéntica dirección, dice que aquella se da cuando los resortes del poder abandonan sus sitials originales y se ubican en otro lugar –la judicatura-⁴⁴.

Tate, por su parte, define judicialización de la política como el proceso por el cual los jueces y las cortes hacen o amplían su participación en la elaboración de políticas públicas que fueron tradicionalmente desarrolladas en exclusiva por otras agencias gubernamentales, en especial la legislativa y las administrativas⁴⁵. Sieder, Schjolden y Angelle, muy de cerca a esta definición, aclaran que la judicialización de la política –o activismo judicial que usan como términos equivalentes- se da cuando asuntos sociales y políticos se resuelven a través de procedimientos judiciales⁴⁶. En opinión de Guarnieri y Pederzoli, la expresión indica un crecimiento del poder judicial⁴⁷.

Sieder y otros⁴⁸, distinguen el origen de la judicialización de la política como un proceso que puede darse, en su génesis, de tres formas distintas: desde arriba, desde abajo o desde el exterior. El origen viene desde arriba cuando es manejado por las elites, ejemplo de ello son los países en los que en procesos de reforma institucional adoptan órganos de control constitucional o se fortalecen las garantías judiciales y sus ámbitos competenciales.

La judicialización de la política desde abajo, por otra parte, se da en países en los cuales ciertos grupos de la sociedad han recurrido a los tribunales para articular sus demandas y obtener el reconocimiento de derechos y facultades que no se encuentran aún en los ordenamientos jurídicos. La idea es que a través de las sentencias judiciales se sienten precedentes que creen y hagan exigibles esos derechos y facultades. La estrategia consiste en presentar demandas ante las cortes –según sus diversas competencias- y obtener una sentencia judicial acorde con sus intereses⁴⁹.

⁴² UPRIMNY (2008): 81-82.

⁴³ FEREJOHN (2008): 9.

⁴⁴ JARAMILLO ZULETA (2000): 54-60.

⁴⁵ TATE (1995): 28.

⁴⁶ SIEDER, SCHJOLDEN Y ANGELL (2005): 3.

⁴⁷ GUARNIERI Y PEDERZOLI (2002): 1.

⁴⁸ SIEDER, SCHJOLDEN Y ANGELL (2005): 4-5.

⁴⁹ GLOPPEN (2006): 45-49.

Por último, la judicialización de la política desde el exterior hace referencia a avances en la jurisprudencia de tribunales supra estatales que generan un efecto contagio entre los órganos judiciales internos⁵⁰.

Este origen podría entremezclarse, dicho de otro modo, que la judicialización de la política tenga su punto de partida, por ejemplo, en una reforma institucional, pero que luego haya un impulso adicional desde los otros ámbitos. Lo más destacable es que en el primer caso es desde el propio estado que en un momento determinado se decide otorgar mayores competencias a los jueces, sobre todo, como se decía, a partir de las formas de control constitucional de la ley⁵¹.

4. ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO RADIAL

Queda entonces por examinar la expresión activismo judicial. Ciertamente, muchas veces se maneja como noción equivalente de judicialización de la política⁵². Sin embargo, se considera necesario darles un tratamiento diverso dado que, si bien integran un suceso genérico que podría llamarse de expansión judicial, cada uno refiere, como se justificará a continuación, dos aspectos distintos de aquel fenómeno.

El juez Wayne, dentro del derecho estadounidense, ha hecho uso del término activismo judicial. Con él ha pretendido describir dos eventos. En primer lugar, la protección que hacen las cortes de grupos históricamente vulnerables –como gays, negros, mujeres, discapacitados, etc.-. Además, cuando al decidir sobre algunas cuestiones sometidas al conocimiento de los jueces se traspasan, con el remedio judicial adoptado, las competencias de los otros poderes del estado⁵³.

Barak⁵⁴ llama activismo judicial a la tendencia judicial de lograr el equilibrio adecuado de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley. Galligan lo entiende como el control o la influencia de la judicatura sobre las instituciones políticas y administrativas; sobre sus procesos y resultados⁵⁵.

Guastini escribe que el activismo judicial representa una de las formas de entender la interpretación jurídica. En realidad, abunda, la oposición entre *judicial activism* y *judicial restraint*, planteada originalmente en el derecho anglosajón, refleja una discusión más antigua, entre una ideología dinámica y una ideología estática de la interpretación. La primera se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a la vida social y recomienda una interpretación que atienda a nuevas

⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ (2010): 399-400.

⁵¹ VALLINDER (1995): 14-24.

⁵² SIEDER, SCHJOLDEN Y ANGELL (2005): 3.

⁵³ WAYNE (1992): 1-13

⁵⁴ BARAK (2006): 271.

⁵⁵ GALLIGAN (1991): 70.

circunstancias sociales, culturales y políticas. Sugiere cambiar el significado de un texto normativo a la luz de los valores de la sociedad de un momento determinado. La ideología estática se funda en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica y de la certeza del derecho. Por eso aconseja al juez una interpretación estable, fija y constante diacrónicamente, sin grandes modificaciones⁵⁶.

Establecido el debate, continúa el catedrático italiano de filosofía del derecho, el activismo judicial se asienta sobre cuatro elementos: el valor de la congruencia del derecho con una conciencia social, el valor de una metaética utilitarista –los jueces deben colaborar con una mejor distribución de los recursos–, el valor del deber constitucional de proteger los derechos de los ciudadanos y de las minorías contra las mayorías y, finalmente, otros valores que son de difícil identificación. Con esto, Guastini termina definiendo activismo judicial como una clase de interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual que favorece la libre creación del derecho por parte de los jueces con el propósito de adaptar los contenidos constitucionales a las necesidades de la vida real. Estas necesidades se reconocerán mediante los sentimientos de justicia de los jueces⁵⁷.

El activismo judicial, señala Cappelletti, refleja una revolución contra un modo formalista de entender la ley y al juez⁵⁸. Esta revolución llevaría a que el activismo judicial esté ligado a que los jueces ya no estén restringidos a aplicar mecánicamente la ley sino a que ahora participen del proceso de formulación de políticas públicas –*policy-making by the judiciary*–⁵⁹.

Sintetizando el concepto, sobre la base de la experiencia estadounidense, Young afirma que con activismo judicial lo que se ha hecho, en distintos momentos, es una descripción de ciertos comportamientos jurisdiccionales. Enumera algunos de ellos; por ejemplo, se vincula el activismo judicial con la anulación, a través del control judicial, de las decisiones tomadas por los poderes del estado, también cuando los jueces, al aplicar las normas, se apartan de su contenido textual o literal.

Otros casos de activismo judicial se dan si un tribunal al resolver un asunto no se limita a aplicar una solución concreta, sino que procura crear pautas con alcances generales para casos que se presenten en el futuro. Estrechamente relacionado con lo anterior está lo que el autor denomina remedios judiciales estructurales. Estima el profesor de la Universidad de Texas, que hay activismo judicial allí donde el juez, al decantarse por un pronunciamiento, interviene en las políticas públicas desarrolladas por otras instituciones⁶⁰.

La conceptualización, positiva o negativa, del activismo judicial puede reflejar también las posturas en relación a cuál debe ser el límite de la actuación de

⁵⁶ GUASTINI (2008): 58-61.

⁵⁷ GUASTINI (2008): 64-65.

⁵⁸ CAPPELLETTI (1984): 20.

⁵⁹ VOLCANSEK (1991): 117.

⁶⁰ YOUNG (2002): 1145-1162.

los jueces cuando toman decisiones que afectan a los otros poderes del estado. El andamiaje teórico del activismo judicial se nutre de razones no sólo descriptivas, sino además de otras que pretenden justificar axiológicamente un tipo de juez ideal.

Por ejemplo, Cruz señala que el activismo judicial se da cuando los jueces sustituyen temerariamente a los poderes democráticos para imponer sus propias preferencias, usurpando el dominio que debería estar reservado a otros actores políticos⁶¹. Puede también, en la misma línea, citarse a Bork para quien los jueces activistas son aquellos que deciden casos sin que exista una clara conexión con la ley, o a través de una interpretación abiertamente contradictoria que tergiversa la intención de los que escribieron o votaron una norma⁶². En opinión de Da Silva Ramos, el activismo judicial es el ejercicio de la función jurisdiccional más allá de los límites impuestos por el ordenamiento que incumbe institucionalmente al poder judicial, se daría tanto en litigios subjetivos –entre personas- y controversias objetivas – contra normas-⁶³.

Presentada esta revisión del concepto de activismo judicial, junto a la que antes se hizo sobre el referido a judicialización de la política, una pregunta se impone: ¿cuáles serían los rasgos distintivos entre uno y otro concepto?

Se puede decir que “...la judicialización de la política no es más que un fenómeno que se presenta de manera creciente y es la consecuencia de limitar y racionalizar los conflictos políticos a través de la vida del derecho...”⁶⁴. Esta definición pareciera excesivamente aséptica en el sentido de que describe poco el fenómeno y en lo que si lo hace recurre a un riguroso formalismo que da a entender que se trata de un hecho automático sin el involucramiento de actores concretos y las implicaciones reales que esto, en el entramado político y social, puede generar. Sin embargo, existe un elemento que resulta útil a fin de delimitar los conceptos.

Al hilvanar la definición de Fix con otros planteamientos puede establecerse mayor claridad sobre los alcances que tiene la judicialización de la política. Según el profesor mexicano, la judicialización de la política supone la limitación y la racionalización de los conflictos a través del derecho.

De otro lado, se decía al comienzo del apartado b., Domingo propone cuatro niveles de análisis de judicialización de la política: el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales, el aumento del discurso jurídico –con conceptos como *rule of law* o derechos fundamentales- como forma de legitimación del estado y por último, el aumento de la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular a través de demandas judiciales intereses económicos, políticos o sociales⁶⁵.

⁶¹ CRUZ (2006): 5-7.

⁶² BORK citado por BARAK (2006): 267.

⁶³ DA SILVA RAMOS (2010): 129.

⁶⁴ FIX (1999):170.

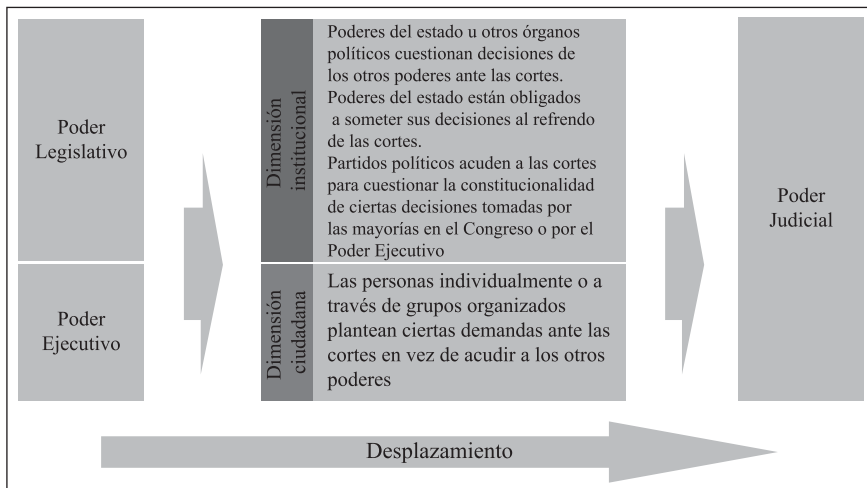
⁶⁵ DOMINGO (2004): 110-112.

El elemento clave es el desplazamiento que se hace hacia el poder judicial de algunos temas para que sean evaluados por los jueces. En palabras de Fix, los conflictos políticos se someten al escrutinio del derecho; para Domingo, cuyo análisis es evidentemente más complejo, se trata de que algunos procesos políticos y sociales, articulados sobre la base de un discurso legal, son llevados a los tribunales para que se resuelvan allí, síntesis de los cuatro niveles desarrollados por la autora.

La judicialización de la política implica, en resumen, dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo. Este es un hecho generalizado en muchos países del mundo, cuyo ejemplo más claro en países sin fuerte tradición de modelos de *judicial review*, es la creación de cortes constitucionales⁶⁶.

Lo novedoso no es que los jueces tengan poder porque esto es así, independientemente de cómo se les conceptualice, sino, como dijo Bachof⁶⁷, de que su poder se haya extendido de manera extraordinaria sobre el campo que tradicionalmente pertenecía en exclusividad a los otros poderes del estado. A mayor abundamiento, escribe Fix, los órganos jurisdiccionales, que durante mucho tiempo se veían como los menos importantes respecto a los otros dos, asumen, dicho genéricamente, una nueva función de participar de las decisiones políticas⁶⁸. En el siguiente diagrama se sintetiza el desplazamiento de poderes que conlleva la judicialización de la política y cómo se manifiesta:

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA



Fuente: Elaboración propia.

⁶⁶ FIX (2002): 7-10.

⁶⁷ BACHOF (1985): 27.

⁶⁸ FIX (2009): 159.

El desplazamiento al que hacen alusión los autores, puede concluirse, tiene fundamentalmente dos dimensiones. La primera dimensión, que se llamará institucional, ocurre cuando algunas de las decisiones de los otros poderes del estado pasan por el filtro del poder judicial. En esta dimensión habría que incluir los mecanismos que se crean, por ejemplo de justicia constitucional, a través de los cuales órganos estatales o partidos políticos pueden cuestionar decisiones de los otros poderes para que los jueces las examinen, y también las decisiones que obligatoriamente, por mandato constitucional o legal, han de pasar por un examen jurisdiccional. La segunda dimensión, que se llamará dimensión ciudadana, se da cuando las personas, individualmente o por medio de grupos organizados, objetan también decisiones del estado ante los jueces o cuando articulan sus intereses a través de demandas que llevan ante las cortes, en distintas jurisdicciones, para que sean resueltas por la magistratura.

El activismo judicial, en cambio, atañe a una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo. Pese a no decirlo expresamente, Domingo pareciera entender que judicialización de la política y activismo judicial no son lo mismo. Describiendo lo primero apostilla: “...la judicialización de la política requiere además que los jueces estén dispuestos a ejercer un papel más activo en términos de las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones...”⁶⁹. No es suficiente el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control en sus manos, ni articular un discurso legalista ante ellos. La judicialización de la política lleva a una redefinición de las relaciones entre los poderes; ahora bien, cómo influye en la sociedad, dependerá, amplía Domingo, de jueces independientes, receptivos socialmente y dispuestos a ejercer un activismo judicial⁷⁰.

La necesidad de que los jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social es, en parte, lo que se llama activismo judicial. Según Luis Pásara, una magistratura activista se expresa a través de tres formas (i) hace una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; (ii) expresa su preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto que trasciende a su formulación legal y (iii) el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto a través del diseño de políticas de estado que no han sido establecidas por el poder ejecutivo ni el poder legislativo⁷¹.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española activismo significa: “...dedicación intensa a una determinada línea de acción en la vida pública...”⁷². Las definiciones de activismo judicial citadas –Barak, Cappelletti, Cruz, Bork, Guastini, Pásara, etc.–, haciendo a un lado los juicios de valor que cada autor puede

⁶⁹ DOMINGO (2007a): 159.

⁷⁰ DOMINGO (2007b): 32.

⁷¹ PÁSARA (2007): 320.

⁷² www.rae.es consulta realizada el 15 de enero de 2012.

evidenciar, expresan un rasgo genérico: la prevalencia del criterio de los jueces. No es si las funciones de los jueces aumentan formalmente, es si los jueces pugnan por imponerse. El activismo judicial, apostilla Parodi, es un modo de proceder del juez⁷³.

Todas las categorías que suelen citarse de activismo judicial tienen algo en común: “...each judicial behavior (...) tends to increase the importance and freedom of action of the court making the present decisión vis-à-vis the political branches, the Framers and ratifiers of the constitution, and the past and future courts...”⁷⁴. Los jueces se colocan frente a los otros poderes estatales e intervienen. Esta intervención no estaría sujeta a la voluntad del legislador, ni a la de las autoridades del ejecutivo, tampoco a la textualidad de una disposición normativa; ni siquiera a los precedentes jurisprudenciales de las propias cortes. La variedad de conductas que la doctrina ha denominado activismo judicial, sin embargo, dado los puntos en común, permite establecer una definición. Así, se propone en este trabajo el siguiente concepto de activismo judicial:

Activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apegarse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del estado como la definición de políticas públicas por el propio juez.

En línea con la definición anotada en el párrafo anterior, los jueces activistas son, dicho de la forma más simple, aquellos que determinan los alcances de las normas jurídicas estableciendo significados obligatorios o los que definen –o redefinen– decisiones y políticas públicas diseñadas por los otros poderes del estado.

El elemento nuclear del activismo judicial reside en que los jueces buscan imponer sus preferencias a los otros brazos del estado. Incluso si se toman las definiciones de autores críticos con el activismo, como Cruz o Bork, el *quid* descansa precisamente en que la visión judicial es la que prevalece a contramano de cualquiera otra.

Establecida la definición, habría que decir que el concepto de activismo judicial es lo que Collier y Mahon denominan un concepto radial⁷⁵. Los conceptos radiales, en oposición a los conceptos clásicos, no poseen un núcleo invariable y rígido de características indispensables. Para efectos de un análisis

⁷³ PARODI (2006): 474.

⁷⁴ YOUNG (2002): 1161.

⁷⁵ COLLIER Y MAHON (1993): 845–855.

empírico podrían faltar una o más características que se incluyen en la definición paradigmática. Al realizar una revisión empírica, uno o algunos de ellos podrían no estar presentes lo cual de ningún modo sería obstáculo para considerar que haya activismo judicial⁷⁶.

Lo anterior significa que activismo judicial es una sucesión de comportamientos realizados por el juez que se acercan, más o menos, al concepto propuesto: interpretación sin ceñirse a la literalidad, anulación de decisiones de los otros poderes del estado, definición de una política pública, etc. Algunos autores han especificado otros comportamientos que podrían calificarse como activistas. Lo importante, insístase a riesgo de ser reiterativo, es la prevalencia del criterio jurisdiccional.

El activismo judicial varía según el comportamiento que asuma la judicatura. De ahí que suela hablarse de que las decisiones judiciales se mueven en un *continuum* que bascula entre el activismo y la deferencia —o la autorrestricción— hacia el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Uno u otro extremo podrán determinarse en la medida que los tribunales respalden con sus pronunciamientos las decisiones políticas de los demás poderes o, por el contrario, tomen derroteros distintos, separándose del criterio de las otras ramas del gobierno⁷⁷.

Algo que deviene importante aclarar es que “...*las condiciones para los tribunales activos en la formulación de políticas no están relacionadas con las aspiraciones ideológicas de funcionarios públicos...*”⁷⁸. El giro ideológico del activismo puede ser más o menos progresista o más o menos conservador; sin embargo lo definitorio de que una corte ejerza un desempeño activista depende de la imposición de la visión judicial a contrapelo de los demás poderes.

Esta posición es compartida por Courtis para quien la relación dicotómica entre activismo y autorrestricción judicial describe el comportamiento de los tribunales frente al *statu quo*. Apunta: “...*el análisis de la tendencia política manifestada por los tribunales dependerá de aquellos valores confirmados o revertidos con*

⁷⁶ Un ejemplo para ilustrar al concepto radial es una tarta de cumpleaños la cual se reconoce como tal aunque le falte una rebanada. Concepto clásico sería democracia. De acuerdo a Dahl la democracia debe poseer ocho condiciones -libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y finalmente instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación-. Si faltase una de esas condiciones no podría ya hablarse de democracia, cada condición es imprescindible que esté presente, ver: DAHL (1989): 15. Un concepto radial, en cambio, es *accountability* horizontal que supone la existencia de un deber de dar información, justificar ciertos actos y/o recibir sanciones en caso de conductas impropias. Con sólo que se de uno de esos tres supuestos se podría hablar de formas de rendición de cuentas, ver: SCHEDLER, DIAMOND, PLATTNER (1999): 13-28.

⁷⁷ COURTIS (2005): 60.

⁷⁸ FEREJOHN (2008):14.

*la actuación judicial, por acción o inacción...*⁷⁹. Más claro, todavía, es Barak, cuando arguye que es un error identificar juez activista con juez progresista o juez restringido con juez conservador. Estas categorías, concluye, son apropiadas para evaluar el resultado final de la actividad judicial⁸⁰.

5. LA RELACIÓN ENTRE JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Establecidos los conceptos de judicialización de la política y activismo judicial, y las diferencias entre ellos, debe decirse que el primero podría actuar como ocasión del activismo judicial. En otras palabras, que asignadas unas ciertas funciones de control o utilizadas las cortes como espacio para discutir algunos temas, por ejemplo por grupos de la sociedad civil, los jueces podrían asumir un perfil activista, o no.

La distinción es necesaria y útil en tanto permite calificar con mayor exactitud cómo es el desempeño de un tribunal. Cabría preguntarse si el proceso de transformación del modelo de judicatura lleva a que los jueces sólo hayan recibido mayores facultades de control o a que hayan asumido efectivamente un papel más decisivo frente a los otros poderes del estado y en la defensa de los derechos fundamentales.

Una corte puede ser ejemplo de una alta judicialización de la política y ser poco activista. También podría darse el supuesto de que haya poca judicialización de la política y alto activismo judicial o bien poca judicialización de la política y poco activismo. Finalmente que se esté en presencia de una alta judicialización de la política y de un alto activismo judicial.

Sobre la base de la relación que puede establecerse entre la judicialización de la política y el activismo judicial se propone a continuación una tipología que describe cuatro perfiles de juez, como resultado de relacionar ambos fenómenos. Desde luego es una forma de simplificar la realidad, lo cual la hace discutible. Sin embargo, resulta útil porque permite visualizar cómo los procesos de judicialización unidos a una actitud receptiva de los jueces potencian el impacto del poder judicial en un sistema político.

Judicialización de la política y activismo judicial: tipología de perfiles del juez

Judicialización de la política	Activismo	Alto	Bajo
Alto		Juez Custodio	Juez Delegado
Bajo		Juez interventor	Juez Gestor

Fuente: Elaboración propia.

⁷⁹ COURTIS (2004): 411.

⁸⁰ BARAK (2006): 265.

Juez Custodio: juez que se asume como parte del poder político, sus preferencias compiten con las de los otros actores y utiliza los mecanismos de control que le han sido concedidos para hacerlas prevalecer. La combinación de una actitud activa de cara a los otros poderes y las competencias formalmente asignadas amplían la influencia de los criterios judiciales.

Como señalan Guarnieri y Pederzoli, “...en una democracia constitucional el juez en ciertos casos se opone (...) a las orientaciones dominantes en las instituciones político-representativas (...) el papel del juez es garantizar los derechos de los ciudadanos...”⁸¹. Su preminencia política aumentará en razón del poder que posea para intervenir.

Juez Delegado: juez que ha recibido el encargo de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos en la toma de decisiones de los otros poderes. Se limita a confirmar que esto ocurra y en algunas ocasiones se opone a las decisiones o las revierte.

Domingo al examinar los procesos de judicialización de la política advierte, según se dijo en los párrafos previos, que junto a los controles que pueden dejarse en manos de los jueces, tendientes a revisar los actos de los otros poderes, o al uso de la sede judicial como lugar para discutir temas con trascendencia política y social, es necesario una actitud proactiva de los jueces⁸². En este sentido, el juez delegado reproduce algunas de las nociones tradicionales sobre su papel como aplicador de normas, aunque las competencias recibidas facilitan que haya momentos en los que se oponga al camino trazado por los otros poderes.

Juez Interventor: juez que procura espacios para intervenir en la toma de decisiones de los otros actores políticos, aunque formalmente no le hayan sido otorgados. Su intervención, cuando logra hacerlo, cuestiona y revierte las decisiones de los otros poderes.

Se trata, por ejemplo de lo que ocurrió, en Estados Unidos durante el proceso de formación de la república. Los jueces de la Corte Suprema decidieron que les correspondía a ellos ejercer un control de constitucionalidad sobre las normas que emanaban del Congreso. Esta potestad no fue conferida por los otros poderes, sino que *motu proprio* se entendió que los jueces estaban llamados a ejercer ciertos controles para garantizar la supremacía de la constitución política y de los valores fundamentales⁸³.

Juez Gestor: juez tradicional y pasivo; sometido a la voluntad de los otros poderes, se abstiene de intervenir en los asuntos resueltos en otros espacios políticos porque entiende que su función social consiste en ser un aplicador de la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo.

Se corresponde con la figura histórica del juez, que queda encorsetada en el rigor del sistema legal, de allí no puede apartarse. Existe rechazo a cualquier desplazamiento,

⁸¹ GUARNIERI Y PEDERZOLI (1997): 69-70.

⁸² DOMINGO (2007a): 159.

⁸³ GINSBURG (2003): 92.

por minúsculo que sea, al terreno de lo metalegal. El juez es un burócrata más que limita su participación en el funcionamiento de la democracia a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del estado⁸⁴.

Se puede resumir la propuesta anterior indicando que el protagonismo e los jueces, en especial el de aquellos que son herederos del derecho continental europeo, estará alentada por la creación de mecanismos de control sobre los actos de los otros órganos del estado. Este aspecto, aunque no es suficiente, representa una novedad si se recuerda que históricamente la judicatura estuvo relegada a resolver disputas que no involucraban al resto de agentes políticos ni a aportar soluciones para los asuntos con relevancia social.

6. CONCLUSIÓN

La judicatura de la familia del *civil law*, en virtud de aspectos como la estructura organizativa, los mecanismos de acceso, la fuerte cultura legalista, anclada en la creencia de un silogismo judicial fue entendida como el ejercicio de una función pública destinada a resolver conflictos, especialmente entre particulares. Una consecuencia de aquello fue la dificultad para que, mediante sus pronunciamientos, los jueces incidieran en un nivel más estructural. Esta visión fue reforzada con el surgimiento de los procesos constitucionales del siglo XVIII.

La transformación que, se convino, ha experimentado la judicatura en las últimas décadas hizo que aparecieran conceptos que intentan describir una forma en la que los jueces se involucran hoy día en los asuntos políticos.

En la judicialización de la política, se concluyó, el elemento crucial es el desplazamiento que se hace hacia el poder judicial de algunos temas, para que sean evaluados por los jueces. La judicialización de la política implica, en síntesis, otorgar a las cortes una determinada labor de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se solventaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo.

El activismo judicial, de otro lado, describe una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo. No basta el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control.

Finalmente, al cruzarse los dos conceptos se estableció una tipología de jueces. La intención que subyace a la clasificación propuesta radicó en describir el comportamiento de los jueces, sea que hayan recibido o no, el encargo de vigilar el funcionamiento de los otros órganos del estado. En función de las categorías sugeridas se va desde un juez cuyas preferencias compiten con las de los otros

⁸⁴ AUTEL BARROS (1998): 303-305, 315.

actores, hasta otro, sometido a la voluntad de los poderes y que se abstiene de intervenir en los asuntos resueltos en otros espacios políticos.

El marco conceptual desarrollado constituye una alternativa para que, sobre la base de casos concretos, se pueda examinar, con mayor precisión, el trabajo de los jueces. Este examen, que muchas veces se ha limitado a casos paradigmáticos, como el de Estados Unidos, será el único camino realmente seguro para saber qué hace nuestra judicatura y qué se hace en nuestros sistemas de justicia. Al revisar esos casos habrá que preguntarse si se está en presencia de judicialización de la política o de activismo judicial. La respuesta, a partir de la cual se generarían distintas consecuencias, tendrá que ser dada en otro momento. Ejemplos esperando para ser abordados hay muchos, afortunadamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.

ALMOVIST, Jéssica y ESPÓSITO, Carlos (2009): *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, CEPC.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2009): *¿Qué cultura constitucional de la jurisdicción?* en: Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino y Martínez Lázaro, Javier, eds. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2004): “El velo de la justicia”, en: Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vásquez, Rodolfo, eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, México, Editorial Porrúa-UNAM.

ANSOLABEHERE, Karina (2005): “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Revista Isonomía*, número 22, abril, pags. 40-63.

AUTEL BARROS, José Luis (1998): *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, Barcelona, CEDECS Editorial.

BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución*, Madrid, Editorial Civitas.

BARAK, Aharon (2006): *The judge in a democracy*, New Jersey, Princeton University.

BOBBIO, Norberto (1991): *El tiempo de los Derechos*, Madrid, Sistema.

BUSTOS GISBERT, Rafael (2005): *La Constitución Red: un estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*, Bilbao, Editorial Oñati: IVAP.

CALAMANDREI, Prieto (1960): *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CAPPELLETTI, Mauro (1984): *Giudici legislatori?*, Dott. A. Giuffré Editora.

CAPPELLETTI, Mauro (1971): *Judicial Review in the contemporary world*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.

CLAVERO, Bartolomé (2007): *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Editorial Trotta.

COLLIER, David y Mahon, James (1993): "Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis", *American Political Science Review* 87/4, diciembre, pags. 845-855.

CORCHETE, María José (2007): "Derechos Fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Nº 20 2do semestre, pags. 535-556.

COURTIS, Christian (2005): Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales, en: Ojesto, Fernando, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, eds. *Jueces y Política*, México, Editoria Porrúa-UNAM, pags. 59-84.

COURTIS, Christian (2004): Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales, en: Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vásquez, Rodolfo, eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, México, Editorial Porrúa-UNAM, pags. 389-417.

COUSO, Javier (2004): "Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencias Políticas de Chile*, volumen 24, número 2, pags. 29-48.

COUSO, Javier, HUNEEUS, Alexandra y SIEDER, Rachel, eds. (2010): *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, New York, Cambridge University Press.

CRUZ MANACA, Rogelio (2006): *Correlates of Judicial Negation: When Do Gavels Go Against the Guns?* Paper prepared for presentation at the Annual Conference of the Southern Political Science Association.

DAHL, Robert (1989): *La poliarquía*, Madrid, Editorial Tecnos.

DAMASKA, Mirjan (2000): *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

DASILVARAMOS, Elival (2010): *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Editora Saraiva.

D'ATENA, Antonio (2004): "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", *ReDCE*, nº 1, Enero-Junio, pags. 293-306.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001): *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

DIEZ PICAZO, Luis María (2003): *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Civitas.

DOMINGO, Pilar (2007a): Relaciones de poder: justicia y nuevos actores, en: Pásara Luis, edr. Los actores de la justicia latinoamericana, Salamanca, Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, pags. 147-168.

DOMINGO, Pilar (2007b): El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México, en: Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, eds. Jueces, políticos y derechos en América Latina, Buenos Aires, Editorial Prometeo, pags. 27-44

DOMINGO, Pilar (2004): “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary?” Recent Trends in Latin America. Democratization, volumen 11, número, 1, pags. 110-112.

FEREJOHN, John (2008): Judicialización de la política, politización de la ley, en: Ferejohn, John, Ansolabehere, Karina, Dalla Via, Alberto y Uprimny, Rodrigo, Los jueces y la política, Bogotá, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pags. 9-39.

FERRAJOLI, Luigi (2008): Democracia y Garantismo, Madrid, Editorial Trotta.

FIORAVANTI, Maurizio (1996): Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones, Madrid, Editorial Trotta.

FIX ZAMUDIO, Héctor (2009): La legitimación democrática del juez constitucional, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César, El Juez Constitucional en el siglo XXI, Tomo I, México, Editorial UNAM.

FIX, Héctor (2002): Judicialización de la política, en: _____. Justicia Constitucional Electoral, IV Congreso Internacional de derecho electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo VII, Morelia, 2002, pags. 7-10.

FIX, Héctor (1999): “El Poder Judicial”, Revista Jurídica UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, num. 3, 1999, pags. 170-187.

GALLIGAN, Brian (1991): Judicial activism in Australia, en: Holland, Kenneth, Judicial activism in comparative perspective, New York, St. Martin Press.

GARAPON, Antoine (1997): Juez y democracia: una reflexión muy actual, España, Flor del Viento Ediciones.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2010): Jurisdicción interamericana sobre derechos humanos, en: Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela, eds. La justicia constitucional y su internalización, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pags. 355-402.

GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar y ROUX, Theunis, eds. (2006): Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor? Great Britain, Ashgate.

GINSBURG, Tom (2003): Judicial Review in new democracies: constitutional courts in asian cases, New York, Cambridge University.

GLOPPEN, Siri (2006): Courts and Social Transformation: An Analytical Framework, en: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar y Roux, Theunis eds. Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor? Great Britain, Ashgate, pags. 35-60.

GUARNIERI, Carlo (2003): Giustizia e politica: I nodi della Seconda Repubblica, Bologna, Il Mulino.

GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia (2002): The power of judges: a comparative study of courts and democracy, New York, Oxford University.

GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia (1997): Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia, Madrid, Editorial Taurus.

GUASTINI, Riccardo (2008): Teoría e ideología de la interpretación constitucional, México, Editorial Trotta.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario (2008): “Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales”, Revista de las Cortes Generales, núm. 73, pags. 31-68.

HESSE, Konrad (1992): Escritos de derecho constitucional, Madrid, CEPC.

HOLLAND, Kenneth (1991): Judicial activism in comparative perspective, New York, St. Martin Press.

JARAMILLO ZULETA, León José (2000): ¿La judicialización de la política? Bogotá, Revista Consigna, Año 24, N° 465, III Trimestre, pags. 54-60.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006): El derecho de los jueces, Bogotá. Editorial Legis.

MONTESQUIEU (1955): De l' Esprit des Loix, Texte établi et présenté par Jean Brethe, Paris, De La Gressaye, Société Les Belles Lettres.

MARTÍNEZ BARAHONA, Elena (2007): Seeking the Political Role of the Third Government Branch. A comparative approach to High Courts in Central America, Florencia, Tesis para optar al grado de Doctor del European University Institute.

MARTÍNEZ, Mauricio (2009): La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial, Bogotá, Editorial Universidad Nacional.

NIETO, Alejandro (2007): Crítica de la razón jurídica, Madrid, Editorial Trotta.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván (1998): Tutela y Amparo: derechos protegidos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

PARODIREMÓN, Carlos (2006): ¿Activismo o garantismo judicial? en: Robles Garzón, Juan Antonio y Ortells Ramos, Manuel, eds. XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano, Tomo II, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, pags. 467-514.

PÁSARA, Luis (2010): Tres claves de la justicia en el Perú, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÁSARA PAZOS, Luis (2007): “Estado de derecho y justicia en América Latina”, *Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de Perú*, tomo 1, número 1, pags. 309-323.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2010): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta.

SCHEDLER, Andreas, DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc (1999): *Conceptualizing Accountability: The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Londres, Lynne Rienner Publishers.

SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line y ANGELL, Alan (2005): *The judicialization of politics in Latin America*, New York, Palgrave Macmillan.

TATE, Neal (1995): ¿Why the expansion of judicial power? en: Tate, Neal, and Vallinder, Torbjörn, eds.: *The global expansion of judicial power*, New York University Press, pags. 20-24.

TATE, Neal, and VALLINDER, Torbjörn, eds. (1995): *The global expansion of judicial power*, New York University Press.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2008): La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos, en: Ferejohn, John, Ansolabehere, Karina, Dalla Via, Alberto y Uprimny, Rodrigo, *Los jueces entre el derecho y la política*, Bogotá, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pags. 81-95.

VALLINDER, Torbjörn (1995): When the Courts go marching in, en: Tate, Neal, and Vallinder, Torbjörn, eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press.

VOLCANSEK, Mary (1992): Judges, courts and policy-making in Western Europe, en: Volcansek, Mary, edr. *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London, Frank Cass.

VOLCANSEK, Mary (1991): Judicial activism in Italy, en: Holland, Kenneth, *Judicial activism in comparative perspective*, New York, St. Martin Press, pags. 117-132.

WAYNE, William (1992): “Two faces of judicial activism”, *George Washington Law Review*, número, 1, 61, noviembre, pags. 1-13.

YOUNG, Ernest (2002): “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review*, volume 73, number 4, pags. 1145-1162.

ZAFFARONI, Eugenio (2004): Dimensión política del Poder Judicial, en: Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vásquez, Rodolfo, eds. *Jueces y derecho*, México, Editorial Porrúa, pags. 63-68.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta.
www.cc.gob.gt consultada realizada el 21 de marzo de 2012.

www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/brasilen/reconoce/uniones/
consultada realizada el 21 de marzo de 2012.

www.rae.es consulta realizada el 15 de enero de 2012.

