

Judicialización y Politización en América Latina: Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos*

Guillermo Boscán Carrasquero**

Resumen

La propagación de cortes y salas constitucionales, así como la adopción generalizada de consejos de las judicaturas en toda América Latina, ha introducido cambios importantes en la manera como los jueces de la región se comportan en relación con los asuntos políticos: el surgimiento del activismo judicial. Esto ha generado nuevas formas de interacción entre las diversas ramas del poder público enmarcadas dentro de los procesos de judicialización de la política y la politización de la justicia. Por esta razón, teniendo como base los postulados de la Teoría de la Elección Racional, el objetivo que se persigue con esta investigación es la creación de un marco metodológico de referencia para el estudio de este tipo de relaciones.

Palabras claves: Judicialización, politización, poderes públicos, interacción, política, justicia.

Judicialization and politization in Latin America:
a new strategy for the study of the interaction
between public powers

* Recepción: 22/09/2010 Aceptación: 03/11/2010

** Profesor. Escuela de Ciencias Políticas y Escuela de Derecho. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Investigador. Instituto de Iberoamérica. Universidad de Salamanca. Correo electrónico: gboscan@usal.es

Abstract

The increase in constitutional courts and chambers, as well as the general adoption of Judicial Councils throughout Latin America, has brought about important changes in how the region's judges behave in relation to political matters: the rise of judicial activism. This has generated new forms of interaction between the different branches of the public power, within the processes of the judicialization of politics and the politicization of justice. Thus, based on the Rational Choice Theory, the aim of this study is to create a methodological framework for the study of this kind of relationships.

Key words: Judicialization, politicization, public powers, interaction, politics, justice.

Introducción

La década de los años noventa llegó a la mayoría de los países de América Latina acompañada de aires de refundación democrática. Éstos se materializaron en un conjunto de reformas constitucionales que exhibieron una gran preocupación por introducir mejoras en el área de la justicia. Bien se tratara de justicia transicional o de justicia social, era evidente que las transformaciones requeridas pasaban por el cambio institucional, razón por la cual se propagaron dos tipos de entes públicos: los Consejos de las Magistraturas y los Tribunales Constitucionales. Los primeros fueron creados para mejorar los mecanismos de designación de los jueces y lograr una mayor independencia del poder judicial y los segundos, para ser los nuevos guardianes de la constitucionalidad y asegurar un mayor control sobre el poder político (Gil, 2002).

A partir de entonces, surgió una nueva manera en que los órganos jurisdiccionales se involucran con los asuntos políticos: el activismo judicial, cuyo incremento a lo largo de los años determinó la entrada en la región de la tendencia a la judicialización de la política y politización de la justicia presente en gran parte de las democracias contemporáneas de todo el mundo (Guarnieri y Pederzoli, 2003).

Sin duda alguna, uno de los principales instrumentos que ha favorecido este activismo judicial ha sido el ejercicio de la facultad de revisión constitucional por parte de los tribunales constitucionales y las cortes o

tribunales supremos, lo que unido a un crecimiento continuo de los recursos interpuestos ante estas instituciones que demandan cuestiones políticas, han permitido que se muestren más dispuestas a ejercer un contrapeso a los poderes ejecutivo y legislativo que en tiempos anteriores (Sieder, Schjolden y Angell, 2005). A partir de allí, la naturaleza política de esta potestad ha dado origen a interacciones continuas entre los poderes públicos caracterizadas por dinámicas donde, frente a una decisión emanada de los tribunales existe la posibilidad de una respuesta por parte de los cuerpos legislativos, ambas con referencia directa a la Constitución. Por esta razón, en esta investigación se pretende llamar la atención sobre la necesidad de una nueva estrategia para el estudio de las relaciones entre los poderes públicos de un Estado y en este sentido se propone un marco metodológico de referencia para tal fin.

Este trabajo consta de cuatro partes. En la primera de ellas, se efectúa una revisión de las diversas configuraciones institucionales de la jurisdicción constitucional, vigentes en América Latina. Luego, se estudian las nociones de judicialización de la política y politización de la justicia enfatizando la bidireccionalidad que vincula ambos conceptos. En el tercer apartado, se rescatan los principales aportes metodológicos de la teoría de la elección racional en el estudio de la relación entre los poderes públicos y, en la cuarta sección, se propone una nueva estrategia general para el estudio de las interacciones dadas entre el congreso, la corte suprema y el presidente, sobre la base de los conceptos expuestos. Finalmente y, a modo de conclusión, se reitera la necesidad del desarrollo de metodologías alternativas, mucho más apegadas a la realidad política, que permitan abordar la complejidad de las relaciones entre las distintas instituciones del Estado.

1. Apuntes sobre la jurisdicción constitucional en América Latina

Hasta la segunda mitad del siglo XIX, la idea del control jurisdiccional de la constitucionalidad o *judicial review*, es decir, la noción de que los jueces controlen la compatibilidad de las leyes con la constitución política, sólo se conocía en los Estados Unidos. En América Latina esta facultad comenzó a adoptarse a partir de la Constitución de México de 1847 (Brewer-Carías, 2006; Ferraro, 2006). Esta Carta Magna atribuyó a los tribunales federales el deber de proteger los derechos y libertades consagrados en ella contra cualquier acción de los órganos legislativos y ejecutivos de los estados o de la federación. Sin embargo, no es sino a partir de la Constitución de 1857, que

introdujo la figura del *juicio de amparo*, cuando se abrieron definitivamente las puertas para someter al examen de un tribunal la constitucionalidad de una ley o de cualquier otro acto de las autoridades políticas.

Otro antecedente lo constituye la Constitución argentina de 1853, reformada en 1994 y que consagra en su artículo 31 el principio de supremacía constitucional. No obstante, a pesar de que esta Constitución no atribuye ninguna competencia expresa de control constitucional a los tribunales o a la Corte Suprema, esta función comenzó a ser ejercida a partir del caso *Sojo* de 1887. En este proceso se declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una ley federal y se estableció con carácter general el principio de la revisión judicial de la legislación.

De la misma manera, en la ley 57 del año 1887, el Estado colombiano acogió por primera vez el principio de supremacía de la Constitución, atribuyendo su control a todos los tribunales de dicho país. Sin embargo, no es sino hasta la reforma de la Constitución efectuada en 1910 cuando se incorporó, definitivamente, en su texto.

Una importancia especial posee el caso de la Constitución de Venezuela de 1858, la cual introdujo, por primera vez en América Latina, el llamado control concentrado de la constitucionalidad (distinto a los casos anteriores que constituían un control de tipo difuso). Este método se caracteriza por conferir a un único órgano del Estado la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley u otro acto de los poderes públicos. Dicha atribución fue consagrada como una competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia en los casos que eran iniciados por *acción popular* (lo que se conoce en la doctrina como acción pública de inconstitucionalidad). Esta acción permitía a cualquier ciudadano, no sólo la parte interesada y no necesariamente dentro de un proceso, recurrir ante la más alta instancia de justicia para demandar la constitucionalidad de una ley provincial, control que posteriormente fue extendido a todas las leyes, decretos y actos emanados de los poderes públicos en la Constitución de 1893.

La Constitución de Brasil de 1891, por su parte, consagró el control de la constitucionalidad a nivel jurisdiccional bajo el método difuso. Sin embargo, concedía además al Tribunal Supremo Federal, como última instancia, la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales y locales y de los actos de los gobiernos locales.

Como señala Brewer-Carías (2006), a partir de estos antecedentes y bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano, el principio de supremacía constitucional y del control jurisdiccional de los actos del poder

público se propagó y arraigó desde la segunda mitad del siglo XIX por toda América Latina, habiendo pasado a configurarse, desde entonces, como uno de los principios clásicos del constitucionalismo de la región.

En contraste, éste y otros principios sólo se abrieron camino en Europa después de la Primera Guerra Mundial, principalmente a través del sistema constitucional concebido por Hans Kelsen para su país reflejado en la Constitución austríaca de 1920 y en la Constitución checoslovaca del mismo año. Luego de la Segunda Guerra Mundial, el sistema austríaco de supremacía constitucional de tribunales o cortes fue adoptado en Alemania e Italia, para a partir de allí extenderse a otros países europeos como España, Portugal y, más recientemente, a Europa Oriental. Sin embargo, no es sino durante las últimas décadas del siglo XX cuando Europa redescubre la Constitución como norma suprema que coloca a algunos valores fundamentales lejos del alcance de las mayorías parlamentarias temporales, transfiriendo el tradicional carácter sagrado de los actos del parlamento a la constitución. Este redescubrimiento implicó el reconocimiento de la juridicidad de la constitución como una ley fundamental y la aceptación de su aplicabilidad por parte de los jueces (Brewer-Carías, 2006).

Actualmente, existen dos tipos de sistemas de control de la constitucionalidad: por un lado, el efectuado por un cuerpo político y, por el otro, el que está a cargo de los jueces. Dentro de este segundo caso encontramos, a su vez, el modelo de justicia constitucional norteamericano o difuso y el modelo kelseniano, europeo o concentrado.

El modelo americano o difuso, se caracteriza porque (i) el control de la constitucionalidad corresponde a todos los jueces o tribunales, (ii) es un control por vía incidental, es decir, dentro de un proceso iniciado, (iii) porque los efectos de la sentencia producto del litigio sólo obliga a las partes dentro del proceso y (iv) porque la ley es desaplicada para el caso concreto pero no es invalidada, es decir, no pierde su vigencia. Por su parte el control kelseniano, europeo o concentrado, (i) atribuye a un solo órgano el poder de actuar como juez constitucional, (ii) permite la acción de inconstitucionalidad, la cual hace posible demandar directamente a la ley por parte quienes tengan legitimidad para hacerlo, (iii) también concibe el control incidental pero con diferencias respecto al difuso¹ y en algunos casos, como

¹ En este caso el control incidental, a diferencia de como es concebido en el control difuso, el juez de jurisdicción ordinaria eleva la consulta al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso bajo examen, correspondiendo a éste, como máximo interprete de la Constitución, de-

en el de los tratados internacionales, permite un control de tipo preventivo. Por último, (iv) los efectos de la sentencia tienen carácter *ex nunc* o hacia futuro y *erga omnes* o generales (González Montenegro, 1997).

En la América Latina de hoy, algunos países poseen un modelo de control concentrado de constitucionalidad, como es el caso de Panamá, Uruguay, Honduras, Costa Rica, Paraguay y Chile, mientras que otros han consagrado de forma combinada ambos métodos, entre los cuales, encontramos a Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú, Ecuador, Bolivia, Nicaragua y República Dominicana. Con control difuso puro únicamente existe el caso de Argentina, a pesar de que se admite el recurso especial o extraordinario para la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes o actos federales o locales, cuya decisión está a cargo de la Corte Suprema de Justicia de dicho país (Linares, 2006).

En el constitucionalismo latinoamericano, señala Brewer-Carías (2006), el control de la constitucionalidad de los actos estatales, principalmente en lo relativo a las leyes y a la defensa de los derechos humanos, ha sido considerado una pieza esencial para ejercer el control del poder político, lo cual, se ha visto reflejado en el diseño orgánico y funcional de los países del área. Así es posible encontrar tribunales con competencias en cuestiones constitucionales en todos los países de la región, bien sea que se trate a tribunales creados como tribunales constitucionales propiamente dichos, o de los tribunales ordinarios que eventualmente pueden ejercer competencias en esta jurisdicción.

En el caso de tribunales constitucionales creados específicamente para ejercer, en exclusiva, la jurisdicción constitucional es posible encontrar tres configuraciones institucionales: (i) los Tribunales y Cortes Constitucionales que se han establecido dentro o fuera del Poder Judicial, como ha sucedido en Guatemala, Chile, Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia; (ii) las Salas Constitucionales establecidas dentro de las Cortes Supremas de Justicia, sea con potestad decisoria propia como las Salas Constitucionales de Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Venezuela; o con potestad decisoria limitada por la regla de la unanimidad, como sucede en el caso de la Sala Constitucional de Honduras; y (iii) las Cortes Supremas de Justicia que ejercen la jurisdicción constitucional, sea teniendo una Sala Constitucional como entidad ponente, como sucede en Nicaragua, o ejerciendo sus competencias

terminar si existe o no el vicio de inconstitucionalidad que se le atribuye a la ley en consideración.

en Pleno, compartidas con las competencias de casación, como sucede en Brasil, Panamá, Uruguay, México (Brewer-Carías, 2006).

También pueden ser considerados como tribunales constitucionales los tribunales ordinarios (i) cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, tal es el caso de Argentina, Brasil, Perú, Colombia y Venezuela; (ii) o cuando conocen de las acciones de amparo como ocurre en casi todos los países latinoamericanos (Brewer-Carías, 2006).

Finalmente, es necesario señalar que esta distinción entre los modelos de control de la constitucionalidad es fundamental para los fines de este estudio, en dos sentidos: en primer lugar, en razón de que el peso político de la decisión varía de acuerdo a que su principal efecto jurídico sea la invalidación o no de la ley cuestionada o bien y, con mayor precisión, que se pueda anular cualquier acto de los poderes públicos según la sentencia tenga o no efectos generales.

Y en segundo lugar, por el hecho de que, según señala Linares (2006), el sistema de control de constitucionalidad europeo, kelseniano o concentrado propicia una conducta de mayor activismo frente a los actos del poder legislativo, que el modelo norteamericano o difuso.

2. La judicialización de la política y la politización de la justicia

La importancia política y social que ha adquirido el poder judicial, en general, y los jueces, en particular, se ha convertido en un rasgo común de las democracias contemporáneas: un fenómeno descrito como la judicialización de la política (Guarnieri y Pederzoli, 2003).

Este rasgo común viene manifestándose desde la Segunda Guerra Mundial mediante un profundo cambio en la distribución del poder político, el cual ha experimentado un alejamiento del poder legislativo en dirección hacia los tribunales de justicia poniendo en evidencia una nueva relación entre los conceptos de ley, tribunales y política (Jacob, Blankenburg, Kritzer, Provine y Sanders, 1996; Guarnieri y Pederzoli, 2003). Según Ferejohn (2002), este proceso que se define como judicialización de la política se ha tornado más o menos mundial en su alcance, ante lo cual han podido distinguirse tres maneras en que los tribunales han tomado nuevos e importantes papeles respecto a los legisladores. En primer lugar, los tribunales se han visto cada vez más aptos y con mayores deseos de limitar y regular el ejercicio de la autoridad parlamentaria imponiendo barreras importantes al

poder de las legislaturas. En segundo término, cada vez más, los tribunales se han convertido en un lugar donde se hacen políticas significativas. Y, por último, los jueces han estado más dispuestos a reglar la actividad política de las sociedades, construyendo y haciendo valer normas de comportamiento aceptables para quienes se definen a sí mismos como políticos o para quienes sólo pretenden hacer valer intereses de esa naturaleza.

América Latina no ha escapado a esta realidad. Desde una perspectiva histórica, Sieder *et al* (2005), señalan que desde 1980 ha habido un indudable cambio en la esencia y el carácter de cómo se involucran los órganos jurisdiccionales en los asuntos públicos. Ello, unido a un crecimiento continuo de los recursos interpuestos ante las cortes demandando cuestiones políticas (politización), constituye en la actualidad, bajo la visión de estos autores, una marcada característica de las democracias contemporáneas de la región.

Sieder *et al* (2005) también señalan que durante los años noventa la revisión constitucional llegó a ser cada vez más importante y, que en la actualidad, en muchos países latinoamericanos las cortes constitucionales y las cortes supremas son más activas y están más dispuestas a ejercer un contrapeso al poder del ejecutivo y el legislativo, que en períodos anteriores. Esto pone de relieve el argumento central de Brewer-Carías (2006) al pronunciarse sobre las características del constitucionalismo latinoamericano, según el cual, los tribunales constitucionales constituyen una pieza fundamental para ejercer control sobre el poder político, para garantizar la supremacía de la constitución, asegurar la democracia y proteger el efectivo goce y respeto de los derechos humanos en la región.

También, es necesario destacar la similitud que existe entre las características que Sieder *et al* (2005) atribuyen a la judicialización de la política en América Latina y las descritas por Ferejohn (2002) en términos generales. Estas son:

1. En primer lugar, el hecho de cada vez más los jueces que tienen a su cargo la revisión constitucional terminan por hacer o contribuir sustancialmente a la definición de políticas públicas, ensanchando así el ámbito del *judge-made law* o de situaciones donde el juez crea un precedente judicial.

2. Y en segundo lugar y, como consecuencia de lo anterior, la evidencia que existe sobre un aumento de la presencia de los procesos y decisiones judiciales de las cortes en la vida política y social de estos países, así como

un incremento de la resolución de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad, en los juzgados.

A pesar de las coincidencias de los autores, la segunda dimensión sobre la judicialización en América latina de Sieder *et al* (2005), llama la atención sobre el hecho de que este proceso va más allá del ámbito espacial de los tribunales. Esto quiere decir que también hay judicialización cuando las sociedades adoptan argumentos legales para desarrollar discursos con los cuales exigir reivindicaciones sociales ante los órganos políticos. La judicialización, por lo tanto, es un proceso que nace de los tribunales, de ahí que su origen sea el activismo judicial y se proyecta en dirección al resto de los poderes públicos, hacia otras instituciones del Estado y hacia el conjunto de la sociedad, pudiendo constituirse, cualquiera de estos sectores, en una caja de resonancia para estas acciones.

En todo caso, si fuera necesario definir la judicialización de la política atendiendo únicamente a la actuación de los tribunales de justicia, el activismo judicial, Vallinder (1995) ofrece una noción sobre este proceso que cumple con esa condición. Este autor enmarca a la judicialización dentro de los límites de dos tipos de acciones: por un lado, la transferencia de la creación de derechos desde las legislaturas, el gabinete o el servicio civil a los tribunales y, por el otro, la propagación de métodos para la elaboración de decisiones judiciales fuera de lo que es apropiado, en términos sustantivos y procedimentales, para una providencia judicial.

Ahora bien, definida la judicialización es importante responder a la pregunta que versa sobre cuáles serían las condiciones o circunstancias que explican la aparición de estos procesos. En respuesta a esta interrogante, Ferejohn (2002) señala que la judicialización de la política surge, en primer lugar, porque los ciudadanos y políticos, en la concepción actual del Estado democrático, muchas veces no encuentran salidas o respuestas a sus conflictos sociales en virtud de que la fragmentación del poder de las ramas públicas limita sus capacidades para legislar y decidir¹. En este contexto, los tribunales han representado una respuesta en muchos casos. Y en segundo lugar, debido a que los tribunales aún siguen siendo vistos como los controles más eficaces respecto a los abusos del poder político.

¹ Ferejohn (2002) hace una advertencia sobre algunas formas institucionales que podrían instar a la fragmentación, entre ellas, el federalismo, la combinación de presidencialismo con la ausencia de partidos políticos bien organizados y disciplinados y, especialmente, el gobierno dividido.

Desde otro punto de vista, también se han señalado como condiciones propicias para la verificación de estos procesos a las transformaciones sociales y culturales fomentadas por el crecimiento de la regulación pública y, sobre todo, la acentuación de la naturaleza política intrínseca en el *judicial decision-making* registrada en la mayoría de las democracias constitucionales (Guarnieri y Pederzoli, 2003).

Estos planteamientos podrían unirse al conjunto de circunstancias que impulsaron la judicialización en América Latina analizadas por Sieder y otros (2005). Estos autores adjudican a la débil eficacia de los derechos de ciudadanía, a las inseguridades y dificultades producidas por las crisis económicas y al fracaso de las políticas neoliberales para reducir la pobreza, el haber impulsado al común de las personas a recurrir a las cortes y tribunales para gestionar sus demandas y asegurar sus derechos. Esto, según exponen, se ha visto reflejado en una especie de *proceso de movilización legal* a cargo de organizaciones no gubernamentales y redes de abogados activistas, los cuales, han estado apoyados por un contexto de globalización legal que abarca dos importantes aspectos. Por un lado, la propagación internacional de normas, instituciones y prácticas y, por el otro, la presión ejercida por parte de las agencias internacionales para la puesta en marcha de las reformas de justicia.

Siendo así, la evidencia empírica disponible sobre América Latina sugiere que en ciertos países donde los derechos no son efectivamente garantizados por el poder ejecutivo o el poder legislativo, están siendo reafirmados por las cortes (Sieder *et al*, 2005; Boscán, 2007). Esto se ha visto reflejado en un incremento de la producción de importantes decisiones en materia constitucional por parte de las cortes a cargo de esta jurisdicción, las cuales, a su vez, han traído grandes implicaciones sobre la actividad política de estas sociedades y, muy especialmente, sobre la naturaleza de las políticas gubernamentales (Boscán, 2007).

Esta dinámica permite formular una precisión de carácter general: la magnitud de la judicialización no sólo se evidencia en la cada vez mayor capacidad de los tribunales para intervenir en la formulación de políticas significativas, sino también en que ante dicha realidad otros actores políticos, o grupos en busca de satisfacer intereses de esa naturaleza, tengan que tomar en consideración la posibilidad de una reacción por parte de los tribunales de justicia (Tate y Vallinder, 1995; Ferejohn, 2002; Guarnieri y Pederzoli, 2003). Esta atención que ha desarrollado la sociedad sobre los fallos de los tribunales ha adquirido una relevancia tan grande que los políticos cada

vez más tratan de incorporar en sus discursos y acciones un conjunto de construcciones legales con la finalidad de superar exitosamente los procesos políticos a los que se enfrentan (Sieder *et al*, 2005). La generalización de este proceso en toda una sociedad implica que todo actor interesado políticamente termine por incluir en sus estrategias acciones y recursos ante las cortes o los tribunales que le permitan avanzar en la consecución de sus intereses y demandas.

Como consecuencia de ello, cuando los tribunales pueden tomar decisiones más o menos finales con consecuencias políticas, cualquiera que desee obtener algún provecho de dichas decisiones tiene razones suficientes para tratar de presentar sus intereses en la forma de persuasivos argumentos legales, así como también, importantes motivos para buscar influenciar e, incluso, controlar los nombramientos de los jueces y de los miembros de las otras instituciones de derecho. Es este proceso, en el cual las condiciones de judicialización de la política tienden a producir la politización de los tribunales de justicia (Ferejohn, 2002). La diferencia está en que, contrario a lo que ocurre con la judicialización, la politización nace en la sociedad o de alguna de las instituciones del Estado y se cierne sobre los tribunales o juzgados, generando un esquema de retroalimentación entre ambos procesos que termina reforzándose a sí mismo.

Ahora bien, en términos generales, Tate y Vallinder (1995) advierten sobre una serie de condiciones que facilitan la expansión del poder de los jueces en el mundo moderno, entre ellas, (i) la democracia, (ii) la separación de poderes, (iii) la democracia constitucional (*politics of rights*), (iv) el continuo uso de las cortes por parte de grupos de intereses y de la oposición para promover sus demandas, (v) partidos políticos débiles o coaliciones de gobiernos frágiles en instituciones mayoritarias imposibilitadas para llegar acuerdos y generar políticas, (vi) falta de apoyo político en los otros poderes públicos, al menos en comparación con el judicial y (vii) la delegación en las cortes de cierta autoridad para tomar decisiones en asuntos relacionados con políticas públicas. Sin embargo, a pesar del campo fértil que podrían constituir estas condiciones para los procesos estudiados, estos autores ponen énfasis al señalar la necesidad de que existan jueces dispuestos a tomar decisiones con implicaciones políticas.

Por su parte, Guarnieri y Pederzoli (2003) advierten que la intervención judicial en la política tiene intensidades diferentes en las diversas realidades nacionales, lo cual lleva a considerar que a pesar de que puedan identificarse tendencias generales es importante no descuidar la existencia de

características particulares en cada Estado. Estas diferencias que se pueden advertir se deben, según exponen estos autores, a las distintas variables que afectan el poder de los jueces a tres niveles: el de los jueces en sí mismos (particularmente su reclutamiento y estatus), el del sistema judicial en el cual operan (especialmente su estructura, los medios para entrar en él y el poder que confía a los jueces) y el nivel de las características del sistema político como un todo.

Tomando en consideración los señalamientos expuestos, es preciso indicar que la judicialización y politización en América Latina se han producido bajo diversas modalidades. Así es preciso distinguir entre aquellos casos donde estos procesos han sido conducidos “desde arriba”, donde han sido promovidos “desde abajo” y donde ha habido una marcada influencia “desde el exterior” (Sieder *et al*, 2005).

El impulso viene “desde arriba” cuando está manejado por las élites. Este es el caso de países donde, por un lado, los magistrados de sus cortes constitucionales o cortes supremas muestran una marcada tendencia a controlar la constitucionalidad de las leyes y prácticas gubernamentales (activismo) y/o donde sus políticos (de gobierno o de la oposición) recurren ante éstas como estrategia para tratar de cambiar o bloquear ciertas políticas (politización). Evidencia de ello se puede encontrar en países como Brasil, Costa Rica y Venezuela. Igualmente, puede considerarse judicialización “desde arriba” aquella que ha surgido a raíz de los procesos de reformas institucionales producidos en América Latina en los últimos 25 años. En estos procesos, la adopción bastante común de tribunales constitucionales y de consejos de la judicatura, permitió el desarrollo del marco institucional necesario para procurar el fortalecimiento de la independencia de los jueces en dicha región (Gil, 2002).

La judicialización “desde abajo”, en cambio, se ha producido en aquellos países donde ciertos sectores de la sociedad, evidenciando una amplia conciencia de sus derechos ciudadanos, han adoptado como estrategia la movilización legal para la obtención de respuestas a sus demandas. La misma ha consistido, básicamente, en accionar ante las cortes o tribunales, bien sea para solicitar el resguardo de derechos ya adquiridos o para alcanzar el amparo de nuevas situaciones no protegidas, procurando, en este último caso, que quedasen estipulados como derechos en la jurisprudencia, de manera que puedan ser exigidos a posteriori, o que se dispusiese su inclusión en la ley respectiva (ejemplos de ello pueden observarse en Argentina y las luchas por los derechos indígenas en Colombia y Bolivia).

Finalmente, en cuanto a la judicialización impulsada “desde el exterior” es importante señalar que rara vez los factores externos se han constituido como un único motor de estos procesos. Generalmente, la judicialización ha surgido más bien de la conjunción de procesos internos con presiones extraterritoriales. Entre los factores que han sido considerados como los más influyentes en la región, es posible mencionar los avances en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, la importación de doctrinas y criterios a partir de las cuales se han resuelto casos en cortes o tribunales de otros países y el activismo transnacional de las organizaciones no gubernamentales con características globales. Un ejemplo palpable de lo expuesto ha sido, el conjunto de las sentencias dictadas por las Cortes o Tribunales Supremos de Argentina, Brasil y Venezuela respecto a la provisión obligatoria de medicamentos para quienes padecen VIH y las sentencias contra los llamados créditos indexados, que constituían cargas prácticamente imposibles de pagar para la mayoría de las familias afectadas.

Finalizando este apartado, hay que advertir que si se estudian a profundidad los procesos de judicialización de la política y politización de la justicia, se llega a la conclusión de que en el fondo lo que está en debate es quién debe ejercer la facultad legislativa entre los órganos públicos del Estado, es decir, quién debe poseer el poder para crear normas de carácter general de obligatorio cumplimiento frente a quien realmente lo ejerce. En otras palabras, quién posee la facultad interpretativa, exclusiva y suprema de la constitución a partir de la cual puede crear dichas normas generales de conducta. La respuesta es que de hecho, los poderes legislativos se desplazan, razón por la cual, éstos pueden ubicarse y reubicarse en los distintos organismos de las diversas ramas del Poder Público (Ferejohn, 2002).

Este planteamiento conduce, inevitablemente, a la reconsideración de los esquemas metodológicos para el estudio de la relación entre los poderes del Estado, aspecto que nos aleja de las aspiraciones normativas de colaboración o separación (consagrados como principios en las constituciones) y nos acerca a la necesidad material de alcanzar ciertos equilibrios en la interacción de los poderes públicos.

3. El análisis racional y la relación entre los poderes públicos

La perspectiva de la elección racional ha contribuido decididamente al estudio de la relación entre los poderes públicos aportando importantes metodologías para analizar la dinámica interna de esta interacción. A través

de estas herramientas es posible abordar los conceptos discutidos en el apartado anterior, siendo factible plasmar la bidireccionalidad que caracteriza los procesos de judicialización y politización.

Weingast (2001: 256) señala que “la concepción dominante tanto en la ciencia política como en el derecho veía a los tribunales de justicia como el último actor en la secuencia del proceso legislativo: una vez que se aprueba una legislación, los tribunales la interpretan, cambiando con frecuencia su ejecución de modo significativo”. Bajo esta concepción, indica, “el poder judicial es dominante”.

A un lado de esta noción se encuentra el enfoque racional, el cual, a diferencia de la visión anterior, destaca la interacción entre los tribunales y los órganos representativos partiendo sobre la base de que la relación entre los procesos legislativos y judiciales es continua: no sólo el poder judicial puede reinterpretar la legislación, sino que las legislaturas electas pueden a su vez legislar como reacción a las decisiones de aquél (Eskridge, 1991; Weingast, 2001). Es acá donde frente a los procesos de judicialización, surgen los de politización, ya que ante la posibilidad de que las interpretaciones judiciales modifiquen sustancialmente el contenido de los actos legislativos, además del recurso casuístico de una nueva legislación, los miembros del congreso y el presidente tenderán a prestar mayor atención a la designación de los jueces y a cualquier otro mecanismo regulatorio que permita elevar el control de las cámaras y del ejecutivo sobre las actuaciones de aquellos.

Esta perspectiva, desde el punto de vista metodológico, parte de la existencia de un conjunto de agentes o actores (ya sean actores individuales, es decir, personas, o colectivos, como poderes públicos, partidos políticos, sindicatos, clases sociales) cada uno de los cuales tiene deseos sobre cómo le gustaría que fuera el mundo y creencias acerca de cómo funciona el mundo (Sánchez-Cuenca, 2004). Cada actor se considera un ser racional en la medida que actúa en función de esos deseos y preferencias, tratando de conseguir lo que considera mejor para sí y rechazando lo que cree que es peor para su existencia. Bajo este enfoque, la racionalidad constituye la condición básica de todo comportamiento.

Una vez que un agente racional se relaciona con otros actores igualmente racionales, emerge la noción de *estrategia* como la herramienta analítica más adecuada para entender su conducta y para predecir sus futuras acciones (Shepsle y Bonchek, 1997; Baum, 2000; Mari-Klose, 2000; Weingast, 2001). De este modo, se considera que se está en presencia de una *situación estratégica* cuando los resultados de la acción elegida por el agente no de-

penden únicamente de parámetros, sino que además depende de lo que los otros actores hagan; y se está en frente de una *interacción estratégica entre varios agentes* cuando la acción de cada uno depende de las expectativas que cada uno tenga sobre lo que vayan a hacer los demás. Esta interacción estratégica entre individuos o actores en un contexto determinado representa la característica que diferencia los estudios de relación entre poderes públicos bajo la perspectiva de la elección racional y, dentro de esta, desde lo que se conoce como el “*separation-of-powers approach*”.

Ahora bien, desde este enfoque se han difundido fundamentalmente dos metodologías para el estudio de la interacción entre las ramas del poder público. La primera de ellas, es mediante la utilización de la teoría de juegos. Shepsle y Bonchek (1997) señalan, refiriendo al sistema político de los Estados Unidos, que los jueces son jugadores en un *policy game* como consecuencia de la separación de poderes. En principio, esto significa que la rama legislativa formula políticas (definidas constitucionalmente e institucionalmente por el proceso legislativo); que el ejecutivo implementa las políticas (de acuerdo con los procedimientos administrativos definidos y sujetos a una aprobación inicial por parte del presidente o la invalidación legislativa mediante el veto); y las cortes, cuando son accionadas, verifican la validez de la ley tanto en su propia sustancia, como en su conexión con otras leyes y la constitución. En otras palabras, las cortes pueden invalidar una acción administrativa o legislativa tanto porque excede lo autorizado por una ley superior (control de legalidad) como porque excede la autoridad otorgada por la constitución (control de constitucionalidad). De tal modo que lo que en principio son las competencias de cada una de las ramas, se convierte en un “juego” si una coalición de legisladores se muestra perturbada por una decisión de las cortes o tribunales que modifica sustancialmente algún acto legislativo. En este caso, seguramente los miembros del congreso tomarán acciones en contra de dicha decisión, las cuales, pueden ir desde la promulgación de una nueva legislación hasta iniciar un proceso de enmienda de la constitución, si se trata de un caso extremo.

Metodológicamente, el tipo de juego empleado para la modelización de este tipo de interacciones son los juegos en forma extensiva ya que posibilitan el estudio de secuencias de jugadas o acciones, de manera tal que se puede observar como los participantes (legisladores, jueces, presidente) van tomando decisiones conforme se van verificando las respuestas de los otros. Según señala Sánchez-Cuenca (2004), en este tipo de juegos la estrategia puesta en marcha por los actores es algo más rica que en un juego en forma

normal (el que se produce cuando las respuestas de los actores son simultáneas), ya que en este caso dicha estrategia constituye un plan de actuación contingente que especifica qué hará el jugador ante cada movimiento posible del rival. Además, subraya como ventaja del análisis con este tipo de juegos la posibilidad de especificar: a) la secuencia de las jugadas u orden de movimientos, b) las estrategias posibles de los jugadores, c) la información que tienen los jugadores en cada movimiento y d) los pagos que reciben los jugadores para cada combinación posible de estrategias.

Por otro lado, es importante tomar en cuenta que la relación entre los poderes públicos constituye, a su vez, una estructura de interacción estratégica que se repite a lo largo del tiempo, caso en el cual tendría una cualidad adicional: es un juego repetido además de en forma extensiva. Esta característica es fundamental, ya que en este tipo de interacciones suelen surgir *estrategias condicionales*, es decir, estrategias donde el jugador elige su acción en función de lo que su rival haya hecho en situaciones similares del pasado. Bajo este tipo de condicionamientos es posible hallar equilibrios (resultados) distintos a los presentes en el juego de referencia (el juego en forma extensiva o normal que se repite) (Sánchez-Cuenca, 2004).

Una segunda metodología para el estudio de la relación entre los poderes públicos es la operacionalización de modelos espaciales. Para ello, generalmente, se hace uso de los supuestos del modelo de control de la agenda o "*setter model*". Este esquema impone una visión interdependiente sobre cómo se relacionan las distintas ramas del poder público, en la medida en que sólo una de ellas tiene efectivamente la capacidad para establecer las opciones dentro del proceso de toma de decisiones. A continuación se ilustra de manera simplificada la dinámica de este tipo de estudios.

El ejemplo trata sobre la aprobación de una ley sobre ayudas económicas para la superación de un período de crisis. La dimensión en la que se ubican los actores representa un continuo que va desde ayudas sólo a grandes empresas en el extremo izquierdo, hasta ayudas sólo a hogares en la parte derecha. Al igual que en el caso de la teoría de juegos, se asume que el congreso, el presidente y la corte suprema son actores unitarios, cada uno de los cuales, dadas sus preferencias, se sitúan en los puntos ideales C, P y CS, respectivamente. Es decir, el congreso plantea ayudas sólo para grandes empresas, el presidente a pequeñas y medianas empresas y familias y la corte suprema sólo a hogares (ver figura 1).

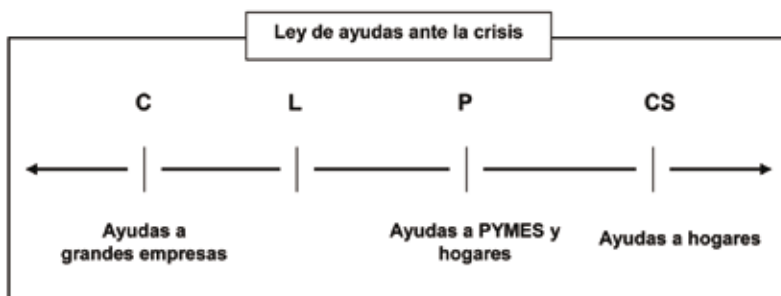


Fig. 1. Modelo unidimensional de Separación de Poderes.
Fuente: Elaboración propia, 2009.

Tomando en cuenta la secuencia temporal, la interacción comienza con el proceso de negociación legislativa que se produce entre el congreso y el presidente, proceso que termina al ubicar la ley cerca del punto medio L, equidistante a sus respectivos puntos ideales. Esto quiere decir que el sistema de ayudas aprobado prevé que el fondo creado se reparta únicamente entre empresas (grandes, medianas y pequeñas).

Ahora bien, supongamos que la ley es recurrida ante la corte suprema y esta tiene plena competencia para modificar una legislación por considerarla inconstitucional o ilegal. Si la corte suprema fuera la última en actuar, tal y como lo prevé la "concepción dominante", su acción no estaría restringida por las posibles reacciones de otras instituciones del Estado, de manera que su decisión sobre la legislación estaría situada en el punto CS, es decir, en el otorgamiento de créditos sólo a hogares. Los tribunales que dispongan de esta capacidad son omnipotentes y no están restringidos políticamente por las demás poderes públicos electos (Ferejohn y Weingast, 1992; Weingast, 2001).

Sin embargo, la realidad es que la corte participa de un proceso de interacción continua y estratégica con el congreso y el presidente. Asumiendo que éstos tienen la oportunidad de revertir o anular sus decisiones a través de una nueva legislación o que pueden tomar represalias contra sus miembros, lo que mejor puede hacer la corte es ubicar su interpretación en el punto ideal del presidente P, es decir, establecer que se otorguen créditos tanto a hogares como a pequeñas y medianas empresas. En este punto, iniciado un proceso de negociación legislativa para modificar la ley en el congreso, el presidente se negará al cambio propuesto.

En este tipo de modelos espaciales, como se expuso anteriormente, se percibe la relación entre los poderes públicos de manera mucho más estrecha e interdependiente, ya que, por una parte, se hace visible cómo potenciales fallos judiciales modifican las decisiones de los cargos electos sobre la legislación y, por otro lado, cómo la expectativa de una nueva legislación u otro mecanismo que anule las decisiones judiciales tiene un efecto restrictivo y directo sobre éstas (Weingast, 2001; Ferejohn, 2002).

Como puede verse la ubicación de las preferencias (puntos ideales) adquiere, en el modelo del control de la agenda (*setter model*), una gran importancia y produce importantes consecuencias, por lo que suele usarse no sólo como instrumento de análisis sino también como herramienta de predicción. Así, un alejamiento o incremento de la distancia entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, como ocurre en el gobierno dividido, incrementa, a su vez, el margen de maniobra y la influencia de poder judicial (Shepsle y Bonchek, 1997; Weingast, 2001). Esto evidentemente constituye una ejemplificación y demostración clara de lo que Ferejohn (2002) denomina hipótesis de la fragmentación política, la cual fue estudiada en el apartado anterior como una de las condiciones a las que se adjudica el origen de los procesos de judicialización (Gely y Spiller, 1992; Shepsle y Bonchek, 1997; Weingast 2001).

Aunque las circunstancias sean cambiantes en cada país, el marco general sobre el *separation-of-powers approach* es bastante general y exportable a otras realidades. Helmke (2002) señala que mientras este enfoque estratégico es criticado por algunos sectores en la ciencia política norteamericana bajo el argumento de que los jueces están relativamente aislados de las presiones provenientes de otros actores, el hecho de que en las democracias en desarrollo no se encuentren extendidas este tipo de protecciones institucionales constituye, para ella, la principal razón por la cual este tipo de análisis sobre el comportamiento de los jueces debe ser probado en contextos más allá del norteamericano.

En América Latina existe importante evidencia de que cuando los jueces han intentado limitar el rango de acción de los políticos, esos mismos políticos han intentado limitar el poder de las cortes (Sieder y otros, 2005). Un ejemplo claro de ello lo constituye el caso de la reestructuración o ampliación de la Corte Suprema de la Nación llevada a cabo por el presidente Menem en la Argentina. También ha sido evidente el caso colombiano donde a partir del importante activismo que ha desarrollado la Corte Constitucional, se han generados críticas desde importantes círculos políticos que incluyen a

miembros del gobierno de Álvaro Uribe, e incluso, desde otros sectores de la propia justicia. Finalmente y en el mismo sentido, se encuentra el caso Venezuela donde la extinta Corte Suprema de Justicia fue intervenida por la Asamblea Nacional Constituyente, y más recientemente, donde el número de magistrados del actual Tribunal Supremo de Justicia fue ampliado de 20 a 32 en el año 2004 como respuesta del gobierno a la decisión que impidió el enjuiciamiento de los generales que participaron en los sucesos del 11 de abril de 2002.

En contraste con una visión legalista donde se asume que los magistrados son seres apolíticos y de las aproximaciones que se enfocan en actitudes o aspectos puramente ideológicos, el *separation-of-powers approach* considera que los jueces son decisores racionales que actúan restringidos por las acciones de otros actores institucionales (Baum, 2000; Helmke, 2002). Desde esta visión la justicia, regularmente, toma en cuenta las otras ramas del poder público al momento de elaborar sus decisiones, votando estratégicamente para minimizar la posibilidad de que dichas decisiones sean invalidadas por la acción de la legislatura y/o el ejecutivo.

3. Un nuevo modelo para el estudio de la relación entre los poderes públicos

En este trabajo se considera que la propagación de los procesos de judicialización y politización, constituyen los límites del escenario donde se están produciendo las interacciones más relevantes entre los poderes públicos de los países de América Latina. Esto, como se dijo al inicio de esta investigación, ha surgido como consecuencia de la creación de tribunales, cortes y salas constitucionales a lo largo y ancho de toda la región, las cuales, han acentuado el componente político que caracteriza esta jurisdicción (Boscán, 2007).

Sin embargo, la judicialización de la política y la politización de la justicia no son procesos independientes entre sí: cada uno representa una dirección en las interacciones que se producen entre el poder judicial y alguna o todas las ramas restantes del poder público. Así, la relación que surge a raíz de estos procesos constituye una dinámica de acciones estratégicas donde cada actor hace un ejercicio expansivo o restrictivo de sus competencias constitucionales dependiendo de la distribución del poder político en el momento determinado. Por ello, el primer aspecto que debe distinguir el modelo que se pretende proponer en estas líneas es su potencialidad para el estudio de los poderes públicos como entes interrelacionados, siendo ese

punto donde la elección racional aporta algunos aspectos metodológicos interesantes.

El primero de esos aspectos es el análisis de esta dinámica a partir de la noción de interacción estratégica. Cada poder público a la hora de tomar sus decisiones tiene en cuenta las posibles acciones que contra sus actuaciones puedan ejercer el resto de entes del Estado. De manera que el poder político real de un tribunal o corte suprema, un congreso o un presidente, no sólo depende las competencias que constitucionalmente les fueron atribuidas, sino que viene a estar determinado por lo que será el resultado de su interacción con el resto de los poderes. A continuación se presenta el esquema general de esta relación (ver figura 2).

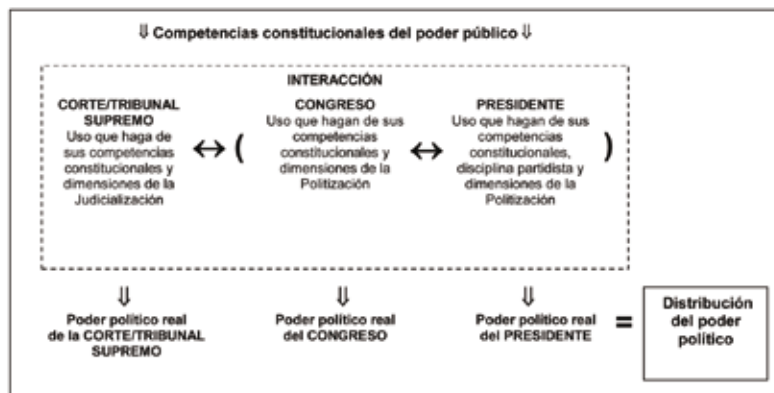


Fig. 2. Esquema general de la interacción de los Poderes Públicos.

Fuente: Elaboración propia, 2009.

Esta creencia sobre lo que será el resultado de una inminente interacción viene dada, fundamentalmente, por dos aspectos: la información con la cuenta el agente sobre las preferencias de los otros actores (sus puntos ideales) y por su experiencia institucional, es decir, el registro de lo que ha ocurrido en interacciones pasadas. La consideración de la información como un aspecto crucial para el agente es un segundo aporte destacable de la perspectiva de la elección racional, ya que su carencia o su inexactitud, puede llevar al actor a tomar decisiones muy costosas a nivel político.

Iniciando el análisis del esquema presentado, vale la pena señalar que la dinámica descrita en él versa sobre un proceso de formación legislativa, razón por la cual, los primeros poderes públicos en interactuar son el con-

greso y el presidente, de ahí que estén ubicados entre paréntesis. Durante este proceso, ambas instituciones tienen a su disposición un conjunto de competencias constitucionales cuya utilización les permite presionar para tratar de acercar a sus puntos ideales el resultado de sus interacciones. Por su parte, el presidente podría contar, además, con una serie de poderes partidistas, los cuales, le permitirían ejercer su control sobre los congresistas que representan su organización política en las cámaras. Entre estos poderes destacan: (i) su facultad para seleccionar los candidatos del partido en elecciones futuras, (ii) su potestad para establecer el orden en el cual los militantes son ubicados dentro de la lista electoral y (iii) su influencia sobre la repartición de los votos entre los candidatos de su organización política (Mainwaring y Shugart, 2002). Por otro lado, tampoco hay que olvidar la posibilidad real de que el presidente caiga en la tentación de hacer uso de políticas de patronazgos, mediante las cuales, haría uso de incentivos selectivos para ganar lealtades individuales en el parlamento.

Este proceso de negociación entre el presidente y el congreso puede generar cuatro nuevos escenarios. El primero de ellos se produce cuando existe un acuerdo entre ambos poderes públicos. Ello generalmente ocurre en gobiernos donde el presidente cuenta con mayoría parlamentaria por lo que suele disponer de significativo control sobre la rama judicial. Sin embargo, el hecho de que los jueces sean simpatizantes o no de la corriente ideológica-partidista que gobierna, tiene relevancia sobre las decisiones que adoptan los tribunales y la sobre la naturaleza del vínculo que se establece entre los tres poderes. Como señala Boscán (2007) existe evidencia empírica en América Latina, que en un contexto de alta judicialización y politización y escasa independencia de poderes, los jueces pueden ser utilizados como legitimadores del proyecto político del gobierno de turno, dotando de una discutible legalidad a actos de otros órganos del Estado que favorecen su imposición o llegando al punto de convertirse, ellos mismos, en ejecutores de dicho proyecto político.

Es evidente que el control que puede ejercer el gobierno sobre los jueces se dificulta en el caso de que éstos sean nombrados de forma vitalicia, es decir, cuando sus mecanismos de control sobre las remociones disminuyen. Presentada esta situación, el presidente y el congreso solo tienen la oportunidad de controlar la rama judicial procurando restringir sus competencias a través de la legislación o modificando su composición para nombrar nuevos jueces afines a sus intereses.

Los otros tres escenarios resultantes implican una incorporación estratégica de los jueces en la política que termina por demostrar la importancia de los tribunales en la vida pública. Sin embargo, antes de adentrarnos a su estudio, es importante recordar que los tribunales actúan, salvo ciertas excepciones constitucionales en las que se les habilita para actuar de oficio, cuando son accionados por un agente con legitimidad para hacerlo. Este requisito constituye el origen del estrecho vínculo que existe entre las nociones de judicialización de la política y politización de la justicia, por un lado, y las interacciones que se registran entre estos tres poderes públicos, por el otro.

En este orden de ideas, para determinar los escenarios restantes se debe distinguir entre quién es el agente que propicia la incorporación de los tribunales a la dinámicas de interacción dadas entre el congreso y el presidente durante el proceso de formación legislativa. Específicamente hay que diferenciar, siguiendo el esquema planteado, los siguientes escenarios: un segundo caso, donde es alguno de estos dos poderes públicos, congreso o presidente, quien recurre ante el tribunal o corte suprema en busca de favorecer sus intereses frente a los del otro poder público; un tercer escenario, donde el accionante es un agente distinto a estos tres órganos del Estado, como lo puede ser un grupo de ciudadanos, un grupo de presión, un ente subnacional o cualquier otro actor interesado en política; y, un cuarto caso, donde es la propia corte o tribunal supremo quien inicia dicha interacción mediante una actuación de oficio.

El supuesto básico del segundo escenario es la confrontación entre el presidente y el congreso, lo cual, se da fundamentalmente en los llamados gobiernos divididos. En este tipo de gobiernos el control de cada uno de estos poderes se encuentra en manos de partidos políticos distintos y, por lo tanto, estos órganos del poder público evidencian un alejamiento de sus puntos ideales que amplía los márgenes dentro de los cuales la corte o tribunal supremo puede tomar sus decisiones. Esto se refleja en un incremento del poder político de los tribunales que, a su vez, se traduce en un aumento de los procesos de judicialización.

Por otro lado, si la judicialización aumenta, también suben los niveles de politización. Esto se debe a que tanto el congreso como el presidente buscan, de cualquier modo posible, ejercer control sobre los magistrados de estos altos tribunales. Siempre que el presidente intente pasarse por alto al congreso mediante una expansión de sus poderes legislativos o el congreso intente incrementar sus competencias de contraloría sobre el ejecutivo, los

tribunales tendrán en sus manos un poder decisivo que aquellos no dudarán en intentar controlar.

Sin embargo, desde otra perspectiva, cuando parlamento y presidente alcanzan acuerdos sobre la futura legislación y los cumplen, es poco probable que el poder judicial tenga al menos la posibilidad de entrar en la interacción y, mucho menos, tendrá la oportunidad de modificar el resultado alcanzado. Salvo dos casos: que un actor, distinto del congreso o el presidente, solicite la participación de los tribunales interponiendo ante éstos un recurso o acción judicial (tercer escenario) o que una disposición constitucional habilite al tribunal o corte suprema para actuar de oficio (cuarto escenario).

Como se puede deducir, para que se verifique el tercer escenario, la *movilización legal* de los ciudadanos es, en muchos casos, determinante. Los grupos de activistas, la sociedad civil organizada y las organizaciones no gubernamentales unidos a cortes constitucionales mucho más dispuestas que en otros momentos históricos a garantizar derechos, aunque ello signifique sentenciar en contra de los congresos y los ejecutivos, han constituido la combinación necesaria de legitimidad y poder para la expansión de los procesos de judicialización y politización en la región de América Latina. En ello, la acción de tutela de derechos y las acciones de interpretación de las normas constitucionales y de las leyes han jugado un papel decisivo, ya que estos altos tribunales han abierto vías que permiten al ciudadano común interponer este tipo de acciones, siempre que logren demostrar su interés jurídico actual en el asunto que pretenden someter a consideración.

No obstante, el cuarto escenario a pesar de haber tomado importancia en los últimos procesos de reformas constitucionales de América Latina no deja de constituir una excepción a los otros casos planteados. La diferencia respecto a aquellos es que en éste la corte o el tribunal supremo actúa de oficio, por lo que constituye la máxima expresión de judicialización que podría presentarse en un sistema político. Esto podría acarrear riesgos importantes para el sistema democrático, ya que se estaría favoreciendo una rama del poder público cuyos miembros no han sido seleccionados mediante el voto, frente a otros cuya legitimidad democrática es menos discutible.

En este punto, con la finalidad de modelizar la relación entre los poderes públicos, se hace necesario avanzar en la operacionalización del esquema propuesto, específicamente, dotando de contenido los procesos que se pretenden incorporar: la judicialización de la política y la politización de la justicia. En términos generales, la judicialización se ha venido manifestando, básicamente, en tres categorías de acciones: el primer grupo se

corresponde al conjunto de decisiones tendientes a limitar y controlar el poder de las legislaturas y el presidente; el segundo grupo, se corresponde con la suma de los fallos donde los jueces terminan elaborando políticas públicas significativas; y, un último conjunto de acciones que agrupa toda las acciones de los jueces tendientes a regular la actividad política en sí misma (Tate y Vallinder, 1995; Ferejohn, 2002; Guarnieri y Pederzoli, 2003; Sieder y otros, 2005).

En cuanto a las dimensiones en que se ha desarrollado la politización de la justicia, resulta necesario destacar las siguientes: en primer término, la posibilidad de limitar el poder de los tribunales mediante actos legislativos; en segundo lugar, la intención de presentar intereses políticos accionando ante los tribunales; y, por último, la influencia que el congreso o el presidente puedan ejercer sobre el nombramiento o la destitución de los jueces (Tate y Vallinder, 1995; Ferejohn, 2002; Guarnieri y Pederzoli, 2003; Sieder y otros, 2005). A continuación se presenta el esquema con todas estas aportaciones teóricas incluidas (ver figura 3).

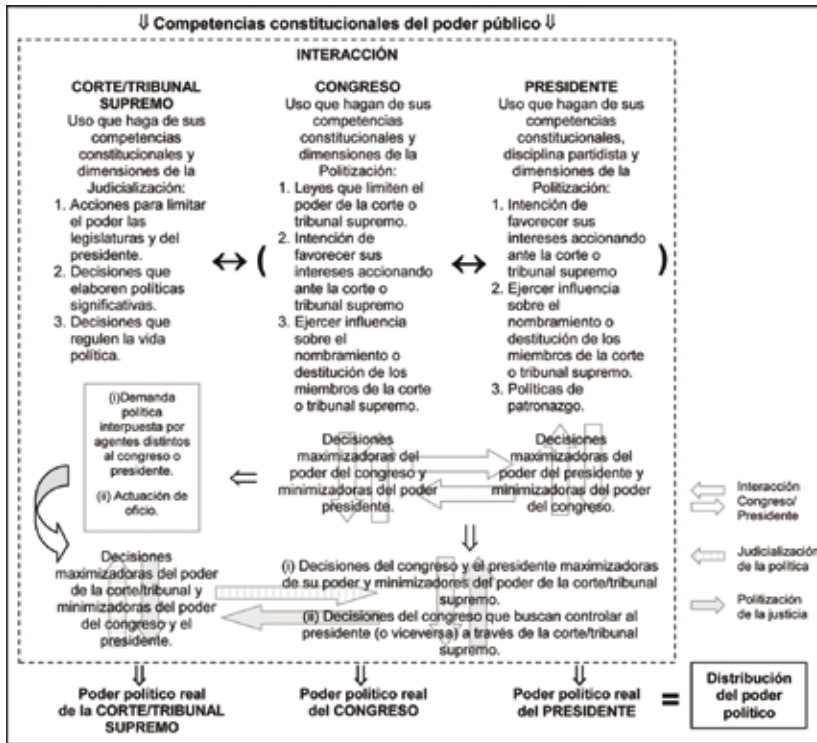


Fig. 3. La judicialización y la politización en la interacción de los poderes públicos.

Fuente: Elaboración propia, 2009.

Como se observa, la incorporación de los planteamientos teóricos expuestos en el modelo sobre la relación entre los tres poderes públicos, permite destacar la bidireccionalidad característica de toda interacción, aspecto que en el caso tratado en este estudio, está indiscutiblemente ligado con los procesos de judicialización de la política y politización de la justicia.

Del igual modo, se destaca un tercer aspecto importado de la teoría de elección racional: el principio de la racionalidad y, en consecuencia, el criterio de la utilidad. Este aspecto es medular en la relación de poderes públicos que se pretende esquematizar ya que viene a constituir la explicación del comportamiento de los agentes en la dinámica de su interacción. Partiendo de tal premisa, la corte o tribunal supremo tomará decisiones que maximizan su poder político y minimizan el margen de acción del congreso y el presidente, siempre y cuando, las probabilidades de que éstas sean revertidas por actos de dichos poderes públicos sean mínimas (judicialización) y, a la inversa,

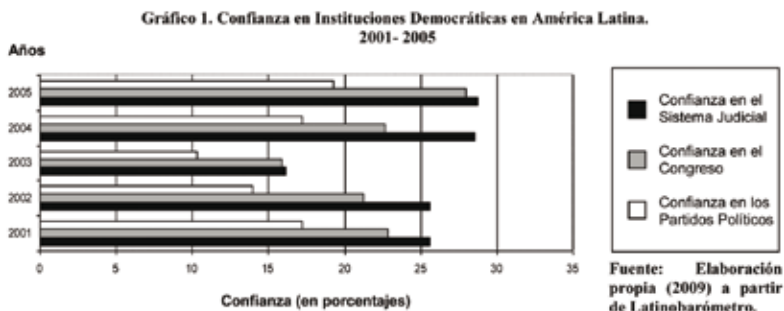
la corte/tribunal supremo intentará revertir las decisiones del congreso y el presidente cuando éstos intenten maximizar su poder político limitando el impacto de sus decisiones judiciales (politización).

La esencia de la distribución del poder político parte de que dicho poder se ejerce por medio de competencias que son limitadas y, en consecuencia, según la lógica racional cada rama del Estado busca expandirlas intentando ejercer la mayor cantidad posible del mismo. Esto evidencia la necesidad de avanzar desde la concepción de equilibrio entre poderes públicos, la cual, forma parte de un estudio estático de los mismos, a la noción de “*equilibrio*” entre poderes públicos. Desde esta nueva concepción, la relación entre las distintas ramas del Estado estaría definida por una dinámica compensatoria entre acciones expansivas y restrictivas, cuyo resultado es una distribución del poder político que varía en el transcurso del tiempo.

Existen dos aspectos que deben tomarse en cuenta al analizar un caso partiendo del contenido del modelo propuesto. El primero de ellos tiene que ver con la variable partidos. Esta llama la atención sobre el hecho de que la composición de las instituciones del Estado determina indiscutiblemente la dinámica de sus relaciones. La colaboración o separación de los poderes públicos depende en gran medida de las redes transversales que existan entre los individuos que los componen y estas redes son fundamentalmente partidistas. Sin embargo, la influencia de los partidos sobre la relación entre los poderes públicos puede considerarse una variable tradicional en este tipo de estudios. A su lado, existe un segundo aspecto que, aunque ha sido menos estudiado, también podría ser el origen de cambios en la distribución del poder político entre los órganos del Estado, este es el apoyo de la opinión pública.

El siguiente gráfico compara la percepción que los ciudadanos latinoamericanos tienen respecto a sistema de justicia, el congreso y los partidos políticos¹. En ella se evidencia que en el período comprendido entre los años 2001 y 2005 ha existido mayor confianza en la justicia que en las otras dos instituciones de los Estados (ver gráfico 1).

¹ Datos libres del Latinobarómetro consultados en Datogob: http://www.iadb.org/datagob/home_esp.html.



También apuntan en el mismo sentido la tendencia creciente, que se ha venido observando en América Latina, respecto al número de ciudadanos que acuden ante la justicia en busca de respuestas a sus problemas sociales. Esto indistintamente de la configuración institucional de la jurisdicción constitucional que se haya adoptado en el país en cuestión. Así tenemos, a modo de ejemplo, que en la Sala Constitucional de Costa Rica en 1989 ingresaron 365 casos, mientras que en el año 2001 se presentaron 12752. El caso colombiano es similar. Los asuntos de constitucionalidad aumentaron de 69 casos en 1992 a 390 en el año 2001 y de 590 expedientes de tutela seleccionados para revisión en 1992 se pasó a 2094 en 2001. Argentina muestra la misma tendencia. De 13922 casos presentados ante la Corte Suprema en 1995 aumentaron a 18920 en el año 1999¹.

No obstante, es evidente que quien pretenda avanzar sobre la comprobación de esta hipótesis debería profundizar en el nexo que existe entre ambos hechos, en el cómo una opinión pública favorable sobre las cortes o tribunales supremos propicia el hecho de los ciudadanos acudan ante estos altos tribunales en busca de una satisfacción de sus intereses y necesidades. Los datos expuestos por sí mismo no constituyen una prueba de esta relación, aunque sí pueden ser considerados como indicios que parecen confirmar lo expuesto en términos teóricos.

Independientemente de que los casos versen o no, específicamente, sobre asuntos políticos, el hecho de que el ciudadano encuentre en los tribunales algún tipo de reivindicación a sus demandas, podría haber dotado a los jueces de una base de legitimidad importante en la cual apoyar su actuación política. Este estudio se inclina hacia esa opinión. De esta conexión se cree que nace el hecho que los magistrados de la región de América Latina

¹ Datos obtenidos de Laguna (2005).

cuentan, cada vez más, con mayor poder para hacer valer sus posiciones ante los otros poderes públicos (Sieder *et al*, 2005). Esto no quiere decir que en estos países, los jueces se hayan constituidos en los controladores por excelencia de los actos del congreso o el presidente, pero evidentemente sí les ha dotado de mayor poder de negociación y acción. No obstante, el tipo de relación entre los poderes públicos resultante, ha dependido de cuán proactivos han sido los jueces de cada país en el uso de dicho poder. La evidencia empírica sobre el comportamiento de las cortes y tribunales supremos en América Latina, muestra casos como el de Venezuela, en un extremo, donde la Sala Constitucional se ha erigido como garante del proyecto político-axiológico que está detrás de la Constitución, y el de Honduras, en el otro extremo, donde la Corte Suprema conjuntamente con el Congreso terminaron por deponer un presidente electo democráticamente como es el caso de Manuel Zelaya.

Conclusiones

La propagación de las cortes y salas constitucionales en América Latina ha sido un elemento decisivo en la conformación de una verdadera jurisdicción constitucional en la región. Ello ha traído como consecuencia la aparición de los procesos de judicialización de la política y politización de la justicia, los cuales, en esencia llaman la atención sobre un cambio en la actitud que han venido asumiendo los jueces frente a los asuntos políticos y en la manera en que el poder judicial se ha estado relacionando con el resto de las instituciones del Estado.

Esta nueva realidad evidencia nuevos patrones en la distribución de las tareas que deben cumplir los diversos órganos de gobierno y administración responsables del funcionamiento de una democracia, aspecto que incide directamente sobre la efectividad, la eficiencia y la legitimidad de este tipo de sistema político. Ante tan importantes consecuencias, procesos de esta envergadura deben ser estudiados mediante estrategias de investigación acordes a la naturaleza y a las características que éstos poseen, de manera que sea posible definir con claridad su origen, funcionamiento y proyección a futuro.

La primera cualidad que debe tomarse en cuenta al abordar el estudio de la judicialización y la politización, es que estos procesos constituyen interacciones estratégicas dentro de la relación que se verifica entre los poderes públicos de un Estado. Siendo así, el estudio estático y aislado de los mismos, tradicional en la ciencia del Derecho y la Ciencia Política para

abordar la relación entre poderes públicos, no ofrece buenos resultados a nivel de la ingeniería institucional. Sólo la utilización de técnicas que permitan capturar la esencia de la respectiva dinámica, es decir, donde los vínculos entre los agentes se privilegien frente a sus individualidades, resultan aconsejables para el estudio de este tipo de procesos.

Igualmente, se debe tomar en cuenta el carácter continuo que distingue la relación entre las distintas ramas del Estado. Esta cualidad constituye el aspecto principal que condiciona el tipo de comportamiento que adoptan los agentes en las interacciones objeto de nuestro estudio. La proyección de esta relación en el futuro, las acciones estratégicas y presión de la opinión pública son aspectos que, unidos a factores ya tradicionales en los estudios sobre poderes públicos, como lo son las configuraciones partidistas y competencias constitucionales, generan cambiantes escenarios que devienen en una multiplicidad de equilibrios.

Bajo esta perspectiva, la distribución del poder político entre las distintas ramas del Estado no deviene únicamente de una determinada configuración de competencias constitucionales sino que varía en relación a dicho comportamiento estratégico de los actores en la interacción. El resultado de los condicionantes que se imponen unos con otros al relacionarse suelen ser, en la mayoría de los casos, proporciones de poder distintas a las previstas en la norma fundamental.

Esto trae importantes implicaciones sobre la función que se ejerce en el plano donde se ubica el constituyente. A este nivel, el ajuste de las competencias que se asignan a los distintos poderes en el texto constitucional no puede hacerse sobre la base de un “deber ser” sin antes haber tomado en cuenta el “ser” de las interacciones dadas entre las distintas ramas del poder público. Es evidente que no existe una relación unidireccional que va desde la norma a la práctica política o desde una institución del Estado hacia otra. Existe una relación bidireccional y continua donde los comportamientos se reafirman o se modifican de acuerdo a un conjunto de factores cambiantes a lo largo del tiempo. De ahí que resulte más adecuado hablar de *equilibrio* que de equilibrio entre poderes públicos.

Finalmente, es importante remarcar que los procesos de judicialización de la política y politización de la justicia se vienen dando a lo largo y ancho de todo el planeta, vinculando de manera directa a la rama judicial con las funciones que teóricamente habían sido concebidas como el centro de las competencias de los poderes legislativo y ejecutivo. Ante tal circunstancia, mientras diversos sectores de la sociedad comienzan a pronunciarse, prema-

turamente, sobre lo positivo o negativo de la aparición de estos procesos, en estas páginas se reitera la invitación a la adopción de estrategias de investigación que no desvinculen a dichos procesos con la realidad política en la que están enmarcados y que, por el contrario, permitan poner de relieve los aspectos dinámicos y los elementos estratégicos que caracterizan toda lucha de poder.

Bibliografía

Alivizatos, N. 1995. "Judges as Veto Players". En H. Doring, (ed.) **Parliaments and Majority Rule in Western Europe**. Martin's Press. New York.

Arango, R. 2003. "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy" en **Ratio Juris**. Volumen 16 N° 2. Pp. 141-54.

Baum, L. 2000. **The puzzle of judicial behaviour**. University of Michigan Press. Michigan.

Boscán, G. 2007. "El poder político de los tribunales constitucionales y su incidencia sobre la calidad de la democracia. El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela". En **Cuestiones Jurídicas**. Volumen I N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo. Pp. 82-130.

Brewer-Carías, A. 1996. **Instituciones Políticas y Constitucionales**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

Brewer-Carías, A. 2006. **Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los Derechos Humanos**. En Documento preparado para el Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Centro América y República Dominicana.

Colomer, A. 1990. **Introducción al constitucionalismo iberoamericano**. Ediciones de cultura hispánica. Madrid.

Datagob. **Base de Datos de Indicadores de Gobernabilidad**. Consultada el 29/05/07 en http://www.iadb.org/datagob/home_esp.html.

Eskridge, W. 1991. "Renenging on history? Playing the Court/Congress/President civil rights game". En **California Law Review**. N° 79. Pp. 613-684.

Ferejohn, J. 2002. "Judicialización de la política, politización de la ley". En **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**. Año xlv N° 184. Pp. 13-49.

*Ferejohn, J. y Weingast, B. 1992. "Positive Theory of Statutory Interpretation". En **International Review of Law and Economics**. N° 12. Pp. 263-279.*

Ferraro, A. (2006), “El censor de la democracia. Problemas de legitimidad de la justicia constitucional en América Latina”, En Fondevila, G. (ed.), **Instituciones, Legalidad y Estado de Derecho en la Transición Mexicana**. Fontamara. México.

García Belaunde, D. 1990, “Sobre la jurisdicción constitucional”, En Quiroga, A. (comp.), **Sobre la jurisdicción constitucional**, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Pp. 25-64.

Gely, R. y Spiller, P. 1992. “The political economics of the Supreme Court constitutional decisions: the case of Roosevelt Court packing plan”. En **International Review of Law and Economics**. Volumen 12 N° 1. Pp. 45-67.

Gil, R. 2002. **Un vistazo a las reformas constitucionales en América Latina**. Documento presentado en el Seminario de Latinoamérica en Teoría Constitucional y Política.

Gillman, H. 2002. “How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875–1891”. En **American Political Science Review**. Volumen 96 N° 3. Pp. 511-524.

Gloppen, S., Gargarella, R. y Skaar, E. (eds.). 2004. **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Frank Cass. London.

Gonzalez, R. 1997. **Estado constitucional y mecanismos de defensa constitucional**. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales. Ciudad de Panamá.

Grofman, B. 1991. “Power: Checks and Balances. Introduction”. en Grofman, B. y Wittman, D. (eds.), **The federalist papers and the new institutionalism**. Agathon Press. New York.

Guarnieri, C. y Pederzoli, P. 2003. **The power of judges. A comparative study of courts and democracy**. Thomas Oxford Social Legal Studies. Oxford.

Häberle, P. 2004. “El Tribunal Constitucional como poder político”. En **Revista de Estudios Políticos**. N° 125. Pp 9-37.

Hardin, R. 1997. “Economic Theories of the State”. En Muller, D (ed.), **Perspective On The Public Choice. A Handbook**. Cambridge University Press. U.S.A.

Helmke, H. 2002. “The Logic of Strategic Defection: Court–Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy”. En **American Political Science Review**. Volumen 96 N° 2. Pp. 291-303.

Hirschl, R. 2008. “Judicialization of Politics”. En Whittington, K., Kelemen, R. y Caldeira, G. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford University Press. New York.

Jacob, H., Blankenburg, E., Kritzer, H., Provine, D. y Sanders, J. 1996. **Courts, Law and Politics in Comparative Perspective**. Yale University Press. New Heaven and London.

- Laguna, R. 2005. **La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como Máximo Interprete de la Constitución**. Serie: Trabajo de Grado. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Linares, S. 2006. **Modelos de justicia constitucional y deferencia al poder legislativo**. Artículo presentado en la Universidad de Salamanca. España.
- Mainwaring, S, y Shugart, M. S. 2002. **Presidencialismo y democracia en América Latina**, Paidós. Barcelona.
- Mari-Klose, P. 2000. **Elección Racional**. Centro de Investigaciones Sociológicas. Colección Cuadernos Metodológicos. Madrid.
- Martin, A. 2001. "Congressional Decision Making and the Separation of Powers". En **American Political Science Review**. Volumen 95 N° 2. Pp. 361-378.
- Miller, G. y Hammond, T. 1989. "Stability and efficiency in a separation-of-powers constitutional system". En Grofman, B. y Wittman, D. (eds.), **The federalist papers and the new institutionalism**. Agathon Press. New York.
- Mueller, D. 1999. "Fundamental Issues in Constitutional Reform: With Special Reference to Latin America and the United States". En **Constitutional Political Economy**. Volumen 10 N° 2. Pp.119-148.
- Muller, D. 1997. "Constitutional Public Choice". En Muller, D (ed), **Perspective On The Public Choice. A Handbook**. Cambridge University Press. U.S.A. Pp.124 – 148.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. Sin fecha. **La función de las Cortes Constitucionales en las democracias modernas**. Uniboyacá. Colombia.
- O'Donnell, G. 2005. "Afterwords". En Sieder, R. y otros. (eds.) **Judicialization of Politics en Latin America**. Macmillan. Palgrave. Pp. 293-298.
- Padovano, F., Sgarra, G. y Fiorino, N. 2003. "Judicial Branch, Checks and Balances and Political Accountability". En **Constitutional Political Economy**. Volumen 14 N° 1. Pp. 319-333.
- Requena, J., Laguna, R. y Fernández, L. (comp.). 2002. **Doctrina de la Sala Constitucional - Competencias procesales**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- Roger, J. Flemming, R. y Bond, J. 2006. **Institutional games and the U.S. Supreme Court**. Virginia University Press. Virginia.
- Salzberger, E. 1993. "A positive analysis of the doctrine of separation of powers, or: Why do we have an independent judiciary?". En **International Review of Law and Economics**. Volumen 13 N° 4. Pp. 349-379.
- Sanchez-Cuenca, I. 2004. **Teoría de Juegos**. Centro de Investigaciones Sociológicas, Colección Cuadernos Metodológicos. Madrid.

Segal, J. 1997. "Separation-of-Power Games in the Positive Theory of Congress and Courts", En **American Political Science Review**. Volumen 91. Pp. 28-44.

Shapiro, M. 2004. "Judicial Review in Developed Democracies". En Gloppen S. y otros, **Democratization and the judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Fran Caas. London. Pp. 7-26.

Shepsle, K. y Bonchek, M. 1997. **Analyzing Politics. Rationality, Behavior and Institutions**. W.W. Norton & Company. London.

Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. 2005. **Judicialization of Politics en Latin America**. Palgrave Macmillan. U.S.A.

Sikkink, K. 2005. "The transnational dimension of the Judicialization of Politics in Latin America". En Sieder, R. y otros (comp.), **Judicialization of Politics en Latin America**. Palgrave Macmillan. U.S.A.

Spiller, P y Tiller, E. 1996. "Invitations to override: Congressional reversals of supreme court decisions". En **International Review of Law and Economics**. Volumen 16 N° 4. Pp. 503-521.

Spiller, P. 1992. "Rationality, decision rules, and collegial courts". En **International Review of Law and Economics**. Volumen 12 N° 2. Pp. 186-190.

Tate, N. 1995. "Why the expansion of Judicial Power?". En Tate, N. y Vallinder, T. (eds.), **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press. New York. Pp. 27- 37.

Tate, N. y Vallinder, T. 1995. "Judicialization an the Future of Politics and Policy". En Tate, N. y Vallinder, T. (eds.), **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press. New York.

Tsebelis, G. y Garrett, G. 1996. "Agenda setting power, power indices, and decision making in the European Union". En **International Review of Law and Economics**. Volumen 16 N° 3. Pp. 345-361.

Vallinder, T. 1995. "When the Courts Go Marching in". En Tate, N. y Vallinder, T. (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press. New York. Pp. 13-26.

Von Wangenheim, G. 1993. "The evolution of judge-made law". En **International Review of Law and Economics**. Volumen 13 N° 4. Pp. 381-411.

Weingast, B. 2001. "Las instituciones políticas: perspectivas de elección racional". En Goodin, R. y Klingemann, H. (eds.), **Nuevo Manual de Ciencia Política**. Editorial Istmo. Madrid. Tomo I. Pp. 247-283.

Wilson, B. y Rodríguez, J. 2006. "Legal Opportunity Structures and Social Movements. The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics". En **Comparative Political Studies**. Volumen 39 N° 3. Pp. 325-351.