

Judicialización de la Política: Algunas notas sobre el Concepto y Origen

Judicialization of Politics: Some notes about the Concept and its Origin

Fernando Contreras

Universidad Católica de Chile

RESUMEN El presente artículo hace un análisis crítico de distintas aproximaciones conceptuales a la idea de judicialización de la política. Se intenta acotar el fenómeno de modo que permita distinguirlo de otros que se le suelen asociar, como el activismo judicial. Luego, se sistematizan y explican posibles causas de su expansión. El análisis conceptual, así como el esquema de causas que se ofrece, puede servir de herramienta para un entender y analizar la situación chilena de modo posterior.

PALABRAS CLAVE judicialización, política, neoconstitucionalismo.

ABSTRACT This article makes a critical analysis of different conceptual approaches to the idea of judicialization of politics. It tries to limit the phenomenon in a way that distinguishes it from others that are usually associated with it, such as judicial activism. Then, the possible causes of its expansion are systematized and explained. The conceptual analysis, as well as the scheme of causes offered, can serve as a tool to understand and analyze the Chilean situation in a later way.

KEYWORDS judicialization, politics, neo-constitutionalism

Introducción¹

El derecho y su lógica distintiva parecen estar en un proceso de propagación hacia áreas en las que no siempre estuvo presente, o al menos no de manera dominante. Mayor atención a este fenómeno es uno de los desafíos que nos plantea estas Jornadas de Derecho Público. En efecto, el progresivo aumento de la importancia del derecho

1. Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT N° 1161334, del cual soy ayudante. Agradezco los comentarios de Claudio Alvarado, Raúl Bertelsen y Luis Alejandro Silva a borradores anteriores a este artículo.

en la vida social es lo que subyace como patrón común a ciertas cuestiones sobre la que se nos invita a reflexionar: «la notable expansión de la constitucionalización del derecho, el surgimiento de nuevos derechos y los anhelos de darle protección efectiva» (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016: 3). Distintas dimensiones de este fenómeno, cuyas raíces pueden ser rastreadas, en último término, al nacimiento del Estado Moderno (Manent, 2016: 288), suelen ser etiquetadas, entre otras, como «la revolución de los derechos», el «lenguaje de los derechos», «el gobierno de los jueces» o «activísimo judicial».

Este artículo tiene por objeto analizar la expansión del derecho en sólo dos aspectos particulares. El primero guarda relación con aquello que se expande: la resolución de conflictos en sede jurídica (la Judicatura, el Poder Judicial). El segundo tiene que ver con el área hacia el cual se expande: la política. Se trata de la expresión –que está adquiriendo rasgos canónicos– denominada *judicialización de la política*. Uno de los fenómenos de gobierno, se puede decir, «más significativos» de fines del s. XX e inicios del s. XXI (Hirschl, 2008: 253)²

Estudiar la judicialización de la política consiste principalmente en un estudio sobre límites y fronteras. Gran parte de ella se construye –ya sea para afirmarla o desafiarla– en torno a la idea clásica de *separación* de poderes (Montesquieu, 1748: XI, 6)³ En este sentido, ya en su formulación, se asume que lo propio de la judicatura es algo efectivamente diferente del foro político. Sin embargo, estas fronteras parecen ser más difíciles de determinar que en la época que nos precede (Hamilton, Madison y Jay, 2014: 20)⁴. Las esferas de cada uno de estos ámbitos se han tornado difusas y en los hechos se suelen solapar. Así, se ha convertido en un lugar común afirmar que los tribunales se enfrentan a cuestiones que antes eran incontestablemente consideradas más allá de su competencia (Issacharof, 2015: 289). Se ha dicho, por ejemplo, que «las cortes son jugadores centrales en la política Latino Americana. Por toda la región, los jueces ahora moldean políticas [públicas] que antes eran determinadas únicamente por presidentes y legisladores» (Helmke, 2011: 1).

La comprensión y especificación de la relación entre lo que le corresponde al juez y lo que le corresponde al legislador es uno de los temas centrales del constitucionalismo moderno (Bonilla, 2013: 2). El problema de trazar una línea entre ambos o de develar los contornos de lo que comprenden implica dar una respuesta, entre otras cosas, al proble-

2. La traducción es propia y así lo será en todas las siguientes referencias.

3. Como se sabe, su primera formulación se atribuye a *El Espíritu de las leyes*

4. La idea parece haber sido suficientemente pacífica en los inicios del constitucionalismo. En una obra fundacional de la Constitución de Estados Unidos, James Madison destacó la tesis de Montesquieu señalando: «El Magistrado en el cual reside todo el poder ejecutivo no puede hacer una sola ley por sí solo, aunque pueda oponer su veto a todas las leyes; ni administrar justicia en persona, si bien nombre a quienes la administran. Los jueces *no pueden ejercer prerrogativa alguna de carácter ejecutivo*, a pesar de brotar del tronco ejecutivo; *ni ninguna función legislativa*, no obstante que las asambleas legislativas puedan oír su parecer. La legislatura entera no ha de desempeñar *ningún acto judicial* [...] *tampoco ejercer prerrogativas ejecutivas.*»

ma democrático de que jueces no responsables políticamente decidan temas constitutivos (y altamente divisorios, en algunos casos) de una comunidad política dada. Pero más importante aún, consiste en determinar no si *en los hechos* los tribunales pueden o no crear políticas públicas o derechos; sino si *debiesen* hacerlo o no. Es decir, si es o no un aspecto constitutivo (determinante) de la actividad jurisdiccional. (Finnis, 2015: 5) (Stone, 2000: 61 y 139)⁵

Al ser un fenómeno relativamente reciente en Chile, el uso de expresiones tales como «los jueces son activistas» o «la política se está judicializando», se suele presentar en términos más retóricos que técnicos. La razón parece estar en que se ha asumido acríticamente que la judicialización de la política es un producto obvio de dos ideas: la tendencia mundial de los ordenamientos jurídicos a adoptar la supremacía constitucional y la predominancia del discurso de derechos (Hirschl, 2008: 254). Puesto que ambas comparten un importante estatus de relevancia y aceptación en el debate constitucional, la bienvenida al producto que ellas generan parece ser sólo una consecuencia natural.

Clarificar, por lo tanto, estas nociones y dar luz a su contenido parece una tarea especialmente relevante en un contexto de debate respecto de una nueva o reformada Constitución – un debate en torno al cual estas mismas Jornadas nos invitan a reflexionar. Así, se analizará críticamente, en primer lugar, distintas nociones del concepto de judicialización de la política, que son dominantes, con especial énfasis en la literatura anglosajona (2); luego se ofrecerá un esquema que dé cuenta de las causas o condiciones de fenómeno. Es decir, de las razones por las cuales se puede afirmar que hay judicialización (3); para finalmente concluir con algunas ideas provisionales, que requieren ser profundizadas (4).

Aproximación a un concepto

El concepto de judicialización de la política es uno equívoco. La equivocidad la hallamos, desde un inicio, en el significado de la voz «judicialización». En castellano, el uso de la palabra «judicializar» denota un proceso de traslado; es decir, de que un asunto se está conduciendo por una vía distinta a la que uno tendería a pensar que fuera su cauce adecuado: «llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política» (R.A.E.) En inglés, sin embargo, la definición lingüística no incluye la idea de traslado, y, por ende, no implica una referencia a lo que una decisión judicial

5. Compárese, por ejemplo, estas dos afirmaciones opuestas, la primera de Finnis y la segunda, de Stone: (i) «afirmar [...] que el common law es declarado y no creado no es un mero «cuento de hadas» a menos que la afirmación sea hecha o escuchada, erróneamente, como una *descripción de la historia* del common law [...]. No es una descripción o predicción [...] es una afirmación de responsabilidad judicial» y (ii) «Las cortes constitucionales *deben ser* conceptualizadas como órganos legislativos especializados, y la revisión judicial debe ser entendida como una etapa de la elaboración de leyes». Ver en general el capítulo «Razones para judicializar». Stone incluso llega a negar la distinción entre derecho y política, y por «razones empíricas». Énfasis añadido.

debiese o no considerar: «to make judicial in character; to treat judicially; to subject to judicial process or decision» (Oxford).

Consciente de la equívocidad de la expresión, Ran Hirschl ha intentado definirla como una que ejerce la función de paraguas, englobando tres procesos estrechamente relacionados. Así, en el primer proceso, y en un nivel más abstracto, la judicialización de la política implica la juridificación de las relaciones sociales. Es decir, de la expansión del lenguaje y discurso legal (junto con su jerga propia), y de sus reglas y procedimientos no sólo hacia la esfera política (y al foro de la creación de políticas públicas), sino que a «virtualmente todos los aspectos de la vida moderna». El segundo proceso consiste en la expansión de la competencia de los tribunales con vistas a determinar:

- Los resultados de las políticas públicas;
- El alcance de la protección de derechos constitucionales, y;
- Los límites de poderes ejecutivos y legislativos.

El tercer proceso, por último, consiste en la dependencia en los tribunales para abordar lo que el autor ha denominado como la «mega política». Es decir, controversias centrales que definen –y a menudo dividen– comunidades políticas completas. Acá se produce un cambio en el lenguaje, pues cuestiones sociales, políticas y económicas empiezan a ser enmarcadas como «problemas constitucionales». Por ejemplo: revisión de procesos electorales, seguridad nacional, planificación macroeconómica, justicia transicional, redefiniciones del matrimonio, aborto, eutanasia, entre otros (Helmke y Ríos-Figueroa, 2011: 1). Para Hirschl la diferencia entre el segundo y el tercer proceso es sutil, pero relevante. Mientras que al segundo lo caracteriza la predominancia de la justicia procedimental y la imparcialidad [*fairness*] formal en la creación de políticas públicas, al tercero lo caracteriza un razonamiento abiertamente moral y político.

De un modo similar, y en uno de los trabajos que inició esta reflexión académica, Tate y Vallinder afirmaron que el núcleo de la judicialización de la política lo comprenden dos ideas:

- El proceso por el cual tribunales y jueces hacen o dominan crecientemente la creación de políticas públicas, que anteriormente eran hechas por el ejecutivo y el congreso, y;
- El proceso por el cual la negociación y los foros de toma de decisiones no judiciales empiezan a ser dominados por reglas y procedimientos cuasi-judiciales (legalísticos) (Tate, 1995: 28).

Un aspecto importante de esta segunda idea incluye un aumento en la litigación por parte de políticos y movimientos sociales (Huneus, Couso y Sieder, 2010: 8). En este sentido, algunos distinguen entre dos tipos de judicialización: «desde arriba» o «desde abajo» (Sieder, Schjolden y Angell, 2009: 4-5). La política se judicializa desde arriba cuando es promovida por «elites», como jueces constitucionales y políticos. Otros incluyen también a «elites económicas» (Hirschl, 2007: 38 y ss.) Por el contrario, se dice que hay ju-

dicialización desde abajo cuando sectores de la sociedad adquieren mayor consciencia de que pueden presionar por exigencias por la vía judicial, organizándose estratégicamente. Es lo que Sieder, Schjolden, y Angell han denominado «patrones de movilización legal» (Sieder, Schjolden y Angell, 2009: 13-14). En este contexto se entiende la proliferación de ONG de derechos humanos, que litigan en tribunales nacionales e internacionales.

Sin embargo, hay autores que en su definición han puesto menor énfasis en lo que el juez hace, dándole mayor peso a cómo está estructurado el contexto o el foro general en que se mueven legisladores y jueces. Así, Shapiro y Stone Sweet han definido la judicialización como «el proceso general por el cual el discurso legal –normas de comportamiento y lenguaje– penetran y son absorbidos por el discurso político» (Shapiro y Stone Sweet, 2002: 187). De acuerdo con esta noción, la política está judicializada cuando ella se realiza «al menos en parte a través de la técnica del discurso legal» (Shapiro y Stone Sweet, 2002: 187). Aun así, Stone Sweet mantiene sintonía con los autores aludidos más arriba, al distinguir claramente entre la juridificación de la *política* y la juridificación de la *sociedad*. Esta última, afirma, consistiría en un:

proceso por el cual (i) un mecanismo triádico [i.e de tres partes, donde un tercero imparcial decide una controversia] de resolución de disputas desarrolla autoridad sobre estructuras normativas existentes en una comunidad dada; y (ii) la decisión del tercero [...] viene a moldear cómo los individuos interactúan entre ellos (Stone, 2000: 13).

Las distintas aproximaciones al concepto, en definitiva, se mueven entre dos ideas. Por un lado, y en un sentido más general, la judicialización de la política sería una dimensión de un proceso más amplio, en que la vida social entera estaría dominada por el derecho: nuestra cultura –también la política– sería una eminentemente jurídica. Por otro lado, en un sentido más acotado y preciso –y que por lo tanto da más información– hay judicialización cuando los jueces toman decisiones autoritativas sobre la creación de políticas públicas y derechos (ya sea creándolos o reforzando los ya existentes en un sistema).

Razones para judicializar

Al advertir que el fenómeno de la judicialización de la política es uno relativamente reciente (en América Latina, por ejemplo, tiene alrededor de treinta años), se alza la pregunta: ¿qué cambió?, ¿por qué se produjo? Este apartado tiene por objeto elaborar un esquema que intente responder a esas preguntas (Hirschl, 2007: 37-38).⁶ En este esquema se considerarán concepciones del derecho y del funcionamiento de un sistema jurídico; motivaciones políticas asociadas (y no) a ellas, que al ser circunstanciales son

6. Este esquema está construido a partir de las causas dominantes en la literatura anglosajona. No tiene pretensión de exhaustividad, pero sí de dar una imagen general y lo suficientemente amplia. Hay causas que han sido menor repercusión, como, por ejemplo, la que Ran Hirschl denomina «teorías sobre modelos de economía institucional».

influidas por factores históricos; así como aspectos institucionales o de arquitectura constitucional, como producto de las dos anteriores. Tener esto a la vista es relevante, porque entre los promotores de la judicialización de la política (i.e de las condiciones que la generan) hay dos motivaciones diferentes. Por un lado, hay una convicción teórica –normativa– respecto del rol de los tribunales, cómo debiese funcionar el razonamiento de los jueces, el rol que le cabe al discurso de los derechos, entre otros. Por otro lado, hay una convicción práctica o instrumental (Issacharof, 2015: 241)⁷, y por lo tanto contingente, que puede o no ir acompañado de una convicción teórica.

Neoconstitucionalismo

Este término se ha usado para describir un cambio de paradigma. Se ha dicho que el «tradicional» modelo de una interpretación formalista de la ley y una total subordinación de los jueces a la legislación ha sido sustituido por una jurisprudencia valorativamente orientada (Couso, 2010: 148). En otras palabras, se abandonó el ideal codificador europeo del s. XIX, construido sobre la idea de que un ordenamiento jurídico puede llegar a ser un sistema cerrado, completo, coherente y unívoco. Se desmantela la noción de que el derecho estaría comprendido sólo por *reglas* (sino también por *principios*), que son creadas por el legislador, limitando la función del juez a sólo «ser la boca que pronuncia las palabras de la ley» (Correa, 2014: 45). Esta sería la delimitación entre derecho y política a la que el neoconstitucionalismo reacciona: el legislador crea las normas, el juez las aplica. En este contexto, la fuente última de legitimidad de las normas consistía en haber sido aprobadas por el Congreso. Allí dominaba la idea de que la supremacía era *parlamentaria*.

Con este movimiento gana aceptación una segunda concepción de lo que debe ser el rol de una constitución. La primera, que gozaba de amplia aceptación, enarbola la supremacía del legislador: la constitución establece reglas electorales, y distribuye funciones entre los órganos públicos. La segunda de ellas, a la que se asocia el neoconstitucionalismo o «*higher law constitutionalism*» (Stone, 2000: 20-21), afirma que, además de distribuirlo, debe imponer restricciones al uso del poder político, las cuales deben ser hechas cumplir *por los jueces*.

Los neoconstitucionalistas postulan que desde mediados del s. XX se inicia el proceso conocido como la «revolución de los derechos». A través de él, producto de la Segunda Guerra Mundial –especialmente influenciado por la destrucción europea a partir de leyes alemanas e italianas, cuya validez provenía de haberse generado por la actividad parlamentaria– se alcanza un consenso que los considera relevantes para una vida democrática sana (Waldron, 1984: 14).⁸ Ello generó una tendencia a consa-

7. Issacharoff, por ejemplo, presenta una tesis abiertamente instrumental. Pues sostiene que es la forma adecuada de consolidar regímenes políticos de países con democracias jóvenes e inestables.

8. Adquieren, en efecto, un *momentum* importante, caracterizados, también, por su «fuerza, urgencia, carácter perentorio y concluyente en la argumentación política»

garlos constitucionalmente. La supremacía pasa, así, del Congreso o Parlamento a la Constitución.

De acuerdo con Stone, entonces, lo que este nuevo constitucionalismo propugna es:

- Que las instituciones estatales son establecidas por, y derivan su autoridad exclusivamente de, una constitución escrita;
- Esta constitución asigna el poder último al pueblo por medio de elecciones;
- El uso de la autoridad, incluyendo la del legislador, será considerada válida [*lawful*] sólo en la medida en que se conforme a la constitución;
- La constitución incluirá derechos y un sistema de justicia que los proteja (Stone, 2000: 37).

En efecto, una de las restricciones más importantes al legislador ha venido a ser el conjunto de derechos consagrados en la constitución. La constitución tiene ciertos *principios* universales (en la forma de derechos humanos) estimados como superiores a cualquier ley, y susceptibles de ser aplicados directamente por los tribunales. Aún al costo de «triunfar» sobre decisiones de otros poderes del Estado. Más o menos implícito en esta idea se halla una determinada concepción de la supremacía constitucional, según la cual la constitución es una norma jurídica directamente.

En la base de esta forma de entender la función de una constitución subyace una determinada comprensión de la democracia. En ella se asume que la legitimidad democrática de un Estado está fundada principalmente en dos principios:

- El principio democrático: el gobierno del pueblo, y;
- El principio de los derechos humanos (Webber, 2009: 13 y ss.).

En este entendido, se adopta una visión «gruesa»: la democracia es más que la regla de la mayoría. En una verdadera democracia (y, por tanto, no una en que reine el principio de soberanía parlamentaria), las minorías poseen protecciones jurídicas en la forma de una constitución escrita, que aun los elegidos democráticamente no pueden cambiar (Issacharof, 2015: 5, 8)⁹. En este sentido, el proceso legislativo no terminaría en la promulgación de la ley, sino que se extendería al proceso de adjudicación de derechos y revisión de la legislación por parte de los jueces (Stone, 2000: 21). La política no sería, en fin, un juego de suma cero entre legislador y juez, sino uno de colaboración en la misma tarea.

9. Issacharoff ha dicho: los mecanismos formales de la democracia no aseguran por sí mismos ni tolerancia ni legitimidad. Las elecciones simplemente indican quienes son la mayoría y quienes son la minoría, pero nada más. Lo que el constitucionalismo hace es «remover ciertos ámbitos significativos de la política del control popular inmediato»

La estructura del juego democrático y el problema del legislador

Se trata de dos concausas estrechamente relacionadas pero distinguibles. La primera alude a un problema político que es estructural, frente al cual la judicialización sería una reacción orgánica. Se dice que el sistema político es descentralizado y lleva inherentemente a la imposibilidad de acuerdos (Hirschl, 2004: 34-37)¹⁰, hay una especie de lentitud en la manera de introducir legislación. Mientras más débil es y menos funcional a la capacidad de lograr consensos, mayor será la probabilidad de expansión del poder judicial. En este sentido, señala Hirschl, la judicialización es vista como el mejor modo de vencer la «ingobernabilidad» política. (Hirschl, 2004: 35). En el centro de esta idea está el cuestionamiento a la arquitectura institucional diseñada para gobernar.

Esta aproximación tiene una fuerte carga hacia el valor de la eficiencia en el cambio social y cultural. En efecto, parece ser que la judicialización de la política es sólo un desvío en el cauce institucional que permita conducir lo que se pretende cambiar. Lo relevante, en este sentido, serían las demandas ciudadanas por una mayor protección de derechos (o por nuevos derechos) o nuevas políticas públicas, que, al no ser provistas por el legislador o el ejecutivo, son buscados en los tribunales. Esto último da cuenta del aumento en la litigación en tribunales nacionales e internacionales, que responde principalmente, como se señaló, a una judicialización «desde abajo». Asimismo, conecta con la segunda concausa: el problema del legislador.

Con el «problema del legislador» me refiero a su ineficacia en su cometido de legislar, y de hacerlo correctamente. En este sentido, se ha señalado que el surgimiento de la judicialización en América Latina responde en parte importante al hecho de que los derechos no habrían sido suficientemente garantizados por el ejecutivo o el legislador (Sieder, Schjolden y Angell, 2009: 2). Esto no tiene que ver con las fallas institucionales que pudiese tener una particular comunidad política, que he denominado «la estructura del juego democrático». El legislador se transforma en un problema, en este sentido, cuando los miembros del Congreso son negligentes. Esta inoperancia consiste normalmente en dos efectos. Por un lado, se omite legislar sobre materias que requieren ser reguladas. Por otro lado, cuando se legisla, se hace de modo tal que o las reglas no quedan lo suficientemente claras como para guiar la acción, o se producen inconsistencias –contradicciones e incompatibilidades– con otros derechos y deberes relacionados, y el sistema en general. Tratándose de derechos, esto último consiste en un problema de especificación.

Los derechos, tal como están consagrados en las constituciones o instrumentos de derecho internacional, suelen estar formulados de manera general y abierta. Típicamente, en dos términos, que expresa una relación entre una persona o categoría de personas y una materia (expresión, reunión, propiedad, etc.). La información que esas expresiones aportan, sin embargo, es muy limitada. Es por esta razón que los derechos son desarrollados a través de la legislación, la reglamentación administrativa, y a veces

10. Esta idea es denominada por Hirschl como «teorías funcionalistas» o de «necesidad sistémica».

por la costumbre. La forma de desarrollarlos es especificándolos. Es decir, determinando precisamente, entre otras cosas:

- La identidad del portador del deber, que debe respetar o dar efecto al derecho de otro;
- El contenido de ese deber (en términos de una descripción específica del acto, incluyendo el tiempo y otras circunstancias o condiciones para la aplicabilidad del deber);
- La identidad o la descripción de la categoría de personas del portador del derecho a reclamar el deber de (i);
- Las condiciones bajo las cuales el portador del derecho lo pierde;
- Las exigencias, poderes y libertades que del portador del derecho para actuar en caso de incumplimiento;
- Las libertades del portador del derecho (Finnis, 2011: 218-219).

Al hacer esto se traduce el derecho de dos términos a uno de tres términos, que expresa la relación entre dos sujetos (el portador del derecho y el obligado) y una materia. Se trata, en otras palabras, de responder al llamado que en nuestro medio ha realizado Jorge Correa, que ha puesto como una de las causas de la judicialización el hecho de que el legislador ha abandonado el énfasis en la creación de reglas, mutando hacia la creación de principios (Correa, 2014: 49).

Legislar en base a principios y no a reglas, para parafrasear a Correa, genera un problema adicional, pues erosiona en última instancia el Estado de Derecho. Una de las ideas fundamentales que comprende el Estado de Derecho –en cuanto ideal de un sistema jurídico– es su capacidad de poder guiar la acción humana: si la ley quiere ser obedecida, debe ser capaz de guiar nuestro comportamiento (Raz, 1979: 213). Se dice que un sistema jurídico que logra esto es uno virtuoso, que se encuentra en buen estado. Así, cuando el legislador no especifica los derechos, o los especifica de una forma poco armónica con el resto de los derechos e instituciones jurídicas del sistema, distorsiona su inteligibilidad misma, generando confusión en los ciudadanos.

La tesis de la aproximación estratégica

Esta tesis ha sido defendida principalmente por Ran Hirschl. Se enfoca en los incentivos que pueden tener los «portadores de poder» en la sociedad para una mayor deferencia hacia la judicatura. Aunque pueda parecer contra intuitivo que un «portador de poder» quiera transferir parte de él voluntariamente a un tribunal, parecen haber buenas razones para pensar que, en ciertas ocasiones, los beneficios pueden ser más altos que los costos. Se trata de una idea que le otorga fuerte relevancia al status de elite de ciertos actores de una comunidad política. Hirschl distingue entre elites políticas,

económicas y judiciales (Hirschl, 2007: 43)¹¹. Su tesis se construye principalmente sobre dos supuestos. En primer lugar, el empoderamiento de los jueces no se crea en un vacío o en abstracto. Los factores económicos, políticos y sociales concretos de una comunidad dada son esenciales. En segundo lugar, su análisis del comportamiento de las elites tiende a basarse en el método de la teoría de la elección pública.

Así, argumenta que en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, actores políticos y económicos pueden verse beneficiados de la judicialización; y los propios jueces también pueden hallar beneficios en esas transferencias de poder.

Los beneficios que, en un sentido más inmediato, participantes de la actividad legislativa de un congreso pueden obtener tienen que ver principalmente con los costos que ahorran al legislar en determinados temas (Hirschl, 2007: 39); asociados a la toma de decisiones o negociaciones mancomunadas. Alcanzar acuerdos muchas veces exige conceder y recibir algo a cambio. Eso puede tener un precio, o al menos, puede valer la pena reservar ciertas concesiones para otro tipo de negociaciones. Pero hay, además, otro tipo de costos asociados: la responsabilidad política. Es habitual que en esta actividad se enfrenten a decisiones impopulares. La idea misma puede tener mala recepción ciudadana, o no teniéndola, su implementación puede resultar en una mala percepción. Así, atribuir esta responsabilidad a los tribunales puede ser conveniente en ciertos casos. Este tipo de actuación estratégica salta a la vista, también, cuando un político, enfrentado a una mayoría contraria a la agenda que propone, ve mayoría favorable en algún tribunal superior. En todo caso, este escenario requiere de ciertas condiciones para darse. En efecto, debe existir cierta periodicidad en la alternancia en el poder, pues a mayor alternancia, mayores incentivos habrá para que políticos de lado y lado cedan poder a los jueces y se preocupen de su imparcialidad (Hirschl, 2007: 40-42)¹².

Pero Hirschl argumenta que el empoderamiento de los jueces también proviene de jugadas estratégicas de elites económicas. En efecto, la constitucionalización de libertades económicas y de los derechos de propiedad puede servir para promover una agenda partidaria del libre mercado y la desregulación estatal (Hirschl, 2007: 43). Por último, existen incentivos para los mismos jueces. Tienen que ver con los beneficios asociados a expandir su esfera de reputación e influencia. Ministros de una Corte Suprema o de

11. La especificación de los derechos puede ser vista como una instancia de avanzar en la claridad y no contradicción de las normas; dos de los desiderata del Estado de Derecho. Es importante tener presente que especificar un derecho es conceptualmente diferente a la especificación del lenguaje: es a través del lenguaje que los derechos se especifican. La especificación del lenguaje se puede tornar en contra de la claridad si es que se sobrepasa, pues es en principio todo lenguaje es vago –lo que H.L.A. Hart denominó «textura abierta»–. Por esta razón la tarea del legislador, si pretende lograr claridad en las normas que dicte o corrija (incluyendo los derechos), consiste en un constante juego entre el exceso de especificidad y el exceso de generalidad. Para un análisis de la especificidad de las reglas y del lenguaje jurídico en relación a la claridad, véase (Yowell, 2011: 116-121). Sobre los desiderata, que Lon Fuller llamó «la moralidad interna del derecho», (Fuller, 1963: cap. 2)

12. Las razones para una mayor autonomía judicial, desde esta perspectiva, se asemejan bastante a las que existen respecto de otro tipo de organismos estatales, como el Banco Central.

un Tribunal Constitucional pueden votar estratégicamente para lograr ciertos resultados, como, por ejemplo, para minimizar los riesgos de que su decisión sea cambiada en el futuro.

¿Y los jueces activistas?

Es importante precisar que esto último –el esquema de incentivos a los que se pueda enfrentar un juez para fallar de tal o cual modo– no equivale a afirmar que un juez es activista. En este sentido preciso, no existe una correlación entre actuar estratégicamente y actuar de modo «activista». Sin embargo, al igual que el concepto de judicialización de la política, el concepto de activismo judicial también es equívoco. A pesar de eso, existen ciertas notas comunes en distintas aproximaciones. En efecto se suele hablar de «activismo judicial» para referirse a ciertas disposiciones interiores y actitudes exteriores que los jueces reflejan en la fundamentación de sus sentencias. A las distintas concepciones subyace la idea de un ir y venir entre el razonamiento formalista (caracterizado por silogismos simples, identificando los hechos del caso concreto y vinculándolos a la regla, previamente establecida, que corresponda en el caso) y un razonamiento moral libre de ataduras (caracterizado por referencias a principios abiertos como «equidad», «igualdad», «proporcionalidad», etc.). Como es evidente –pues a menor formalismo habrá menor sujeción, y por lo tanto mayor espacio de creatividad– este razonamiento tiene mayor probabilidad de ir ligado a una orden de crear, controlar o determinar políticas públicas concretas. Un juez será activista, en general, cuando se acerque más a un razonamiento de este segundo tipo (García y Verdugo, 2013: 27-39).¹³ En este sentido, Javier Couso distingue entre dos tipos de activismo, uno normativo y uno empírico. El normativo se refiere a casos en que el juez se aparta de una interpretación puramente jurídica [legal] de la ley o la constitución. El empírico se refiere al comportamiento judicial que busca defender activamente derechos consagrados en la constitución (Couso y Hilbink, 2011: 100, n.1). Asumiendo que esta distinción se pueda sostener, ambos sentidos participan del razonamiento indicado.

Si bien no parece haber suficiente claridad respecto de la relación precisa entre la judicialización de la política y el activismo judicial, sí se puede decir que existe una fuerte correlación: por un lado, el empoderamiento del juez –en otras palabras: la falta de deferencia hacia el legislador– supone una determinada disposición interior, una voluntad, a actuar más allá de lo que una estricta separación de poderes permite (la judicialización supone una actitud activista); por otro lado, que un juez realice una interpretación extensa o evolutiva de la ley, o fundamente su fallo en consideraciones más morales o políticas que estrictamente jurídicas, supone que exista una cultura en que otras esferas de la vida social estén impregnadas por un lenguaje y lógica jurídica – una de las notas

13. Los autores citados efectúan un breve análisis de distintos conceptos de activismo judicial. Para efectos de éste, no optan por ningún concepto específico, sino que utilizan un «conjunto de variables prácticas» que denominan «luces de alerta».

distintivas de la definición de judicialización. Por lo tanto, más que una razón para judicializar pareciera ser que ellas se implican mutuamente, al menos en cierta medida.

Factores institucionales

Los factores institucionales son aquellos instrumentos jurídicos que permiten a los jueces ejercer sus facultades. Su existencia está estrechamente relacionada con los cuatro puntos anteriores. Uno puede sostener, por un lado, que el neoconstitucionalismo sirve como base teórica para su creación. Por otro lado, su existencia y el uso extendido de algunos es un producto del juego de intereses interrelacionados que la tesis de la aproximación estratégica afirma. Además, las herramientas institucionales concretas sólo serán efectivas si es que existe una disposición («activista») del juez a usarlas. Por último, es sólo a través de ellos que los ciudadanos, frustrados por la lentitud del juego democrático, pueden aproximarse a los tribunales.

A grandes rasgos, uno puede identificar tres tipos de factores. Entre ellos, hay algunos que se refieren a la estructura y capacidad de los mismos tribunales. Otros a la estructura de una constitución; y otros, por último, a ciertas acciones y mecanismos de revisión judicial que permiten al juez una interpretación extensa o evolutiva del derecho, así como un campo más flexible –menos constreñido– de deliberación y fundamentación.

En el primer caso, destaca la necesidad de un poder judicial razonablemente independiente (Ríos-Figueroa, 2011: 29-30)¹⁴ y que los tribunales que estén en la cúspide (Corte Suprema o Tribunal Constitucional) sean respetados por su imparcialidad y calidad técnica (Hirschl, 2008)¹⁵. En cuanto a la estructura de una constitución, lo habitual es que en ellas estén consagradas cartas de derechos. A mayor cantidad de derechos, y más extensa o amplia sea su redacción, mayor será la probabilidad de un empoderamiento de los jueces. Las acciones y los mecanismos de revisión judicial, por último, tienen un lugar central en el potenciamiento de la judicialización. Se suele afirmar, por ejemplo, que la revisión judicial es la principal herramienta de la judicialización (Couso, 2005: 107). Julio Ríos ha hecho un estudio respecto de las acciones constitucionales y los mecanismos de revisión judicial de la legislación o de actos administrativos que, según él, han contribuido a la judicialización en América Latina. Destaca: el recurso de amparo, habeas corpus, habeas data, acción de inconstitucionalidad, controversias de constitucionalidad (Ríos-Figueroa, 2011: 31). Cada uno de ellos cuenta, a su vez, con distintos tipos de instrumentos:

14. A su vez, hay ciertas características que lo potencian. Entre otros, encontramos (i) el nombramiento: es mejor uno en que se elijan los propios jueces o al menos dos órganos estatales o no estatales conjuntamente, que, por ejemplo, cuando se hace por un solo órgano distinto del poder judicial; (ii) que la duración del juez sea más larga que la de aquellos que lo nombran; (iii) que existan dificultades para poder remover a un juez.

15. Por ejemplo, y para graficarlo, es un hecho público que los últimos nombramientos de ministros del Tribunal Constitucional han estado marcados por dudas respecto a su trayectoria y formación jurídica.

- Concreto o abstracto;
- *A priori* o *a posteriori*;
- Jurisdicción centralizada o descentralizada;
- Efectos *inter-partes* o *erga omnes*;
- Acceso al mecanismo puede ser abierto (cualquier ciudadano) o restringido (sólo determinadas autoridades estatales) (Ríos-Figueroa, 2011: 40-50)¹⁶.

Optar por alguno(s) de estos instrumentos tiene diversos efectos. Se ha sostenido, por ejemplo, que un control centralizado, *a priori* y abstracto favorece más la judicialización que otros. Ello en razón de que el control descentralizado, *a posteriori*, concreto e *inter-partes* hace más costoso cambiar o debilitar la ley; pues se requerirá de varios años y muchos fallos (Stone, 2000: 51).

Reflexiones finales

Las notas sobre lo que actualmente se entiende por judicialización de la política, así como el análisis de sus posibles causas, sugieren que toda aproximación a este fenómeno asume como premisa la existencia de algún tipo de diferencia entre política y derecho. Es decir, más allá de la consideración neo constitucional de que la labor del juez es una actividad política sin solución de continuidad con la legisladora, las doctrinas expuestas asumen que existe un ámbito propio para el tribunal. Entender exactamente qué significa esto, y las implicancias institucionales que implica, debe seguir siendo explorado. Esa tarea requerirá, a su vez, hacerse cargo de cuál sería la línea a trazar entre ambas esferas, y en virtud de qué criterios trazarla.

Referencias

- BONILLA, Daniel. (ed.) (2013). *Constitutionalism in the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press.
- CORREA, Jorge (2014). La política comparece ante los tribunales. Judicialización y democracia en Chile. *Revista Societas*, 16, pp. 37-54.
- FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE (2016). Convocatoria XLVI Jornadas Chilenas de Derecho Público. Santiago de Chile, s.e.
- COUSO, Javier (2005). «Judicialization of Chilean Politics. The rights revolution that never was». En Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (editores) *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- COUSO, Javier (2010). «The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America». En Javier Couso et al. (editores) *Cultures of*

16. Ríos-Figueroa analiza las posibles combinaciones entre mecanismo de revisión e instrumentos, así como la conveniencia e inconveniencia de cada una para la adjudicación de derechos.

- Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America. Nueva York: Cambridge University Press, Cambridge.
- COUSO, Javier y Lisa Hilbink (2011). «From quietism to incipient activism: the institutional and ideological roots of rights adjudication in Chile». En Gretchen Helmke et al. (editores) *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.
- FINNIS, John (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- FINNIS, John (2015) *Judicial Power. Past, present and Future*. Disponible en <https://judicialpowerproject.org.uk/john-finnis-judicial-power-past-present-and-future/>.
- FULLER, Lon (1963). *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press.
- GARCÍA, José Francisco y Sergio Verdugo (2013). *Activismo Judicial en Chile ¿hacia el gobierno de los jueces?* Santiago de Chile: Ediciones LyD.
- HAMILTON, Alexander, James Madison y John Jay (2014). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- HUNNEUS, Alexandra, Javier Couso y Rachel Sieder (2010). «Introduction». En Javier Couso et al. (editores) *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press, Cambridge.
- ISSACHAROFF, Samuel (2015). *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Nueva York: Cambridge University Press.
- HIRSCHL, Ran (2007). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge MS: Harvard University Press.
- HIRSCHL, Ran (2008). «The Judicialization of Politics». En Gregory A. Caldeira et al. (eds.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- MANENT, Pierre (2016). *Curso de Filosofía Política*. Santiago de Chile: IES.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de (1746). *El Espíritu de las Leyes*. Ginebra: Barrillot e hijos.
- OXFORD ENGLISH DICTIONARY.
- RAZ, Joseph (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio (2011). «Institutions for Constitutional Justice in Latin America». En Gretchen Helmke et al. (editores) *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- SHAPIRO, Martin; Stone, Alec, *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- SIEDER, Rachel, Lisa Schjolden y Alan Angell (2005). «Introduction». En Rachel Sieder et al. (editores) *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- STONE, Alec (2000). *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Nueva York: Oxford University Press.
- TATE, Neal y Torbjorn Vallinder (editores) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York: New York University Press.

- TATE, Neal (1995). «Why the expansión of judicial power?». En Neal Tate y Torbjorn Vallinder (editores) *The Global Expansion of Judicial Power*. Nueva York: New York University Press.
- WALDRON, Jeremy (1984). «Introduction». En Jeremy Waldron (editor). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- WEBBER, Gregoire (2009), *The Negotiable Constitution*. Nueva York: Cambridge University Press.
- YOWELL, Paul (2011). «Common Law, legislation, and the virtue of clarity». En Richard Eckins (editor) *Modern Challenges to the Rule of Law*. Wellington: Lexis Nexsi.

Sobre el autor

Fernando Contreras es Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es Profesor Instructor Adjunto del Departamento de Derecho Procesal.