

JUECES, POLÍTICA Y DERECHO:

PARTICULARIDADES Y ALCANCES DE LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

*Karina Ansolabehere**

1. Introducción: Jueces y política

En los países de América Latina y en muchas nuevas democracias, la reflexión acerca de la relación entre política y derecho ha tomado un nuevo cauce. Después de haber estado centrada en la dependencia del poder judicial respecto del poder político, de la mano de la creciente importancia que adquiere la actividad judicial, inicia un viraje hacia la forma en que el poder judicial interviene y procesa conflictos políticos. En otros términos, la balanza ha comenzado a inclinarse desde la preocupación por la dependencia del poder judicial a la preocupación por la dependencia del poder político de las decisiones judiciales. La tematización de las tan mentadas *judicialización de la política* y *politización de la justicia*, forma parte de este nuevo impulso.

Este es un trabajo que acepta los nuevos rumbos de las preocupaciones sobre la relación entre poder judicial y poder político. Se enfoca en las características que adquiere el accionar de las máximas instancias del poder judicial argentino y mexicano respecto de la politización de la justicia. Tema este que adquiere cada vez mayor relevancia académica y política, pero en el que poco se ha avanzado en la profundización del análisis de sus pormenores.

Como puede verse, no se abundará acerca del deber ser de la relación entre política y derecho, sino sobre lo que es en casos concretos. Es un estudio fundamentalmente empírico antes que teórico. Muestra que en los países recientemente democratizados, no todos los poderes judiciales asumen la misma posición respecto de la politización de la justicia y que estas diferencias están vinculadas con el tipo de relaciones que se dan entre las Cortes Supremas de Justicia y las instancias inferiores del poder judicial.

* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), México.

El recorrido propuesto es el siguiente: en primer lugar se realiza un repaso acerca de las implicaciones del concepto y las discusiones en torno a él a los efectos de identificar las asignaturas pendientes sobre el tema; en segundo lugar se exponen las formas que adquiere la posición de las cortes supremas argentina (entre 1983 y 2001) y mexicana (entre 1988 y 2001) frente a la politización de la justicia, y en tercer lugar se argumenta que estas diferencias están vinculadas con el grado de horizontalidad de la relación entre la corte suprema y las instancias inferiores del poder judicial.

2. La frontera entre política y derecho

El establecimiento de la frontera óptima entre la política y el derecho ha atravesado las discusiones de una buena parte de la teoría política moderna (Kant 1993, Bobbio, 1999; Hamilton *et al.*, 2001; Montesquieu, 2001; Hobbes, 2001) y sigue matizando las discusiones contemporáneas (Ferrajoli, 2002; Habermas, 2000; Guarnieri y Pederzoli, 1999; Sunstein, 2000; O'Donnell, 1994, 2000; Linz y Stepan, 1997; Diamond, *et al.*, 1997; Elster y Slagstad, 1999; Nino, 1997; Ely, 2001; Bickel, 1978, Schapiro, 1988, Golpeen, *et al.*, 2004).

Ahora bien, más allá del interés por la tradición de la discusión, la pregunta acerca de ¿Por qué sería importante reflexionar e intentar desentrañar características de la politización de la justicia hoy? Tiene como respuesta el que éste es un fenómeno, no necesariamente nuevo pero que adquiere cada vez mayor relevancia. Las fronteras acerca de lo que la justicia puede o no puede hacer frente a la política se están moviendo. Las Supremas Cortes de Justicia modifican sus doctrinas de las cuestiones políticas no justiciables¹ ampliando los márgenes de la jurisdicción del derecho sobre las cuestiones políticas. Se amplían cada vez más las atribuciones de los poderes judiciales para actuar como árbitro entre poderes políticos, entre poder político y ciudadanía, así como para controlar que las decisiones políticas sean compatibles con la constitución.

¹ Jurídicamente se denomina de este modo a las líneas de jurisprudencia desarrolladas por los poderes judiciales (especialmente las Cortes Supremas de Justicia) que establecen los límites de los alcances de la capacidad de decisión jurisdiccional en la resolución de conflictos políticos.

No obstante, como muchos otros conceptos –democracia y estado de derecho son un cabal ejemplo– la referencia a la politización de la justicia no adquiere un significado unívoco. Por ello en un primer momento, se considera importante dar cuenta de sus significados.

El concepto hace referencia al cambio en tres tipos de funciones que cumple el poder judicial: a) la de **guardián de la constitución** frente a las decisiones políticas, b) **la de árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político** y c) **la de fiscalización de la tarea de los políticos**. En relación con la función de guardián, la politización de la justicia remite al aumento de las atribuciones de los poderes judiciales en materia de control de constitucionalidad. Los poderes judiciales aumentan su capacidad de dejar sin efecto decisiones del parlamento y/o el poder ejecutivo. En relación con su función de árbitro, la politización remite al aumento de las cuestiones políticas y sociales sobre las que el poder judicial puede decidir. Los poderes judiciales reducen las doctrinas de las cuestiones políticas no justiciables, y amplían el temario de las cuestiones sobre las que pueden intervenir en conflictos entre poderes y en conflictos entre poder político y ciudadanía. Finalmente, en relación con la función de fiscalización se hace referencia a que cada vez en mayor medida el poder judicial juzga el desempeño de los funcionarios públicos.

La llamada revolución de los derechos (Epp, 1999; Ignatieff, 2000) es un ejemplo de corrimiento de las fronteras en la función de arbitraje. Cada vez más el poder judicial avanza sobre áreas de la vida social que quedan excluidas de la decisión política. Mientras durante el siglo XIX y ya entrado el siglo XX, el poder judicial se caracterizaba por la tutela casi exclusiva de los derechos de propiedad, progresivamente comienza a tutelar otro tipo de derechos sobre los que se había mantenido en silencio: derechos civiles, sociales (especialmente laborales y de seguridad social) y políticos, y posteriormente, de género, ambientales, etc. También, cada vez más, el poder judicial es un actor fundamental en el arbitraje de conflictos políticos. Como es notorio en el caso de México, se judicializan los conflictos electorales, y aumentan las atribuciones del poder judicial (específicamente de la Suprema Corte de Justicia) en la resolución de los conflictos entre poderes del estado.

Por otra parte, el corrimiento de las fronteras en relación con la función de guardián de la constitución es también un hecho. Cada vez más es requerido para intervenir en el control de los actos de gobierno, no

sólo a través de la sanción penal o la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, sino a través del control de constitucionalidad de las leyes, facultad que lo habilita para dejar sin efecto leyes y reglamentos sancionados por autoridades electas (Guarnieri y Pederzoli, 1999; Sunstein, 2000; Malleon, 1999).

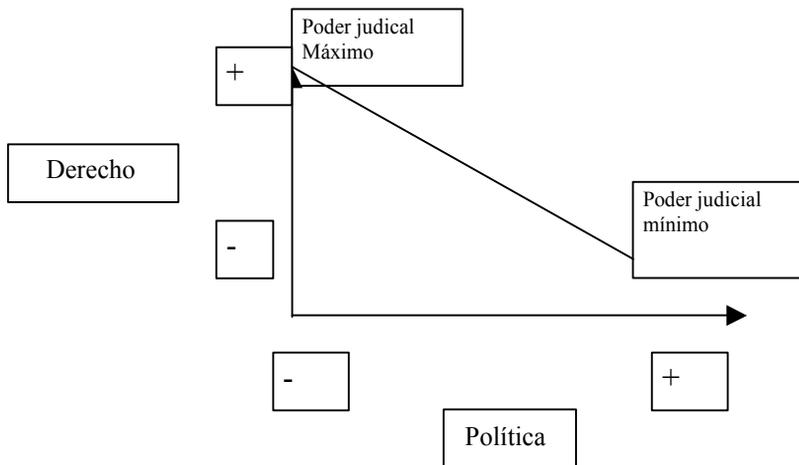
La politización de la justicia hace referencia entonces al proceso de avance del poder judicial sobre el espacio de la política, avance que se manifiesta en que:

- *Aumentan los temas sobre los que la política no puede decidir.* Ya no sólo son los derechos de libertad negativa que implican la obligación de no hacer por parte del estado respecto de la esfera de los individuo, sino también derechos que marcan la obligación de hacer por parte del estado. Ya no sólo, en consonancia con la tradición liberal, preserva la esfera privada de la injerencia individual, sino que indica al estado qué debe hacer.
- *Se legitima el aumento de la capacidad de fiscalización del poder judicial sobre los funcionarios públicos.* Interviene más en la sanción de funcionarios que cometen excesos, el caso *mani pulite* en Italia es ilustrativo al respecto.
- *Aumenta los alcances de su capacidad de revisión de las normas sancionadas por el poder político (leyes y reglamentos) a través de la figura del control de constitucionalidad.*
- *Aumenta su legitimidad para la resolución de conflictos políticos.* Se constituye en una instancia a la que se recurre para la resolución de conflictos entre poderes del estado.

La paradoja es que el advenimiento y la consolidación de la democracias nos conducen a la despolitización de la democracia. En los gobiernos democráticos, el poder judicial controla y revisa las acciones del poder político, de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político.

Esta tendencia a la ampliación del las fronteras del derecho sobre la política ha generado reacciones diversas. Para algunos, cada vez más la racionalidad del derecho modera a la pasión de la política y garantiza los derechos de los más débiles, para otros, cada vez más, funcionarios no electos están decidiendo acerca del gobierno democrático. Para unos es un problema, para otros una solución. En todos los casos lo que

está en cuestión es la relación entre política democrática y derecho. A continuación haremos un repaso de cada una de estas posiciones que pueden esquematizarse de la siguiente manera:



Por una parte se encuentran las posiciones que podríamos denominar partidarias de un poder judicial máximo, esto es que en el balance entre política y derecho, consideran que el segundo, y fundamentalmente los jueces, son garantía de moderación y prudencia frente a los excesos de la política. La política es imprudente y apasionada y el derecho y sus voceros los jueces, en cambio, son la reserva de racionalidad necesaria para evitar sus excesos.

Desde esta perspectiva la política es vista como peligrosa en tanto expresión de las mayorías que puede vulnerar los derechos de las minorías. La politización de la justicia es una garantía de la vigencia de los derechos fundamentales y de gobiernos democráticos más consensuales. Se celebra que cada vez mayor cantidad de esferas de la vida pública que se reconocen como derechos fundamentales sean vedadas a la decisión política, se tornen indecidibles. (Ferrajoli, 2001, 2002) o que requieran consensos más amplios para su aprobación (Lijphart, 2000) La independencia del poder judicial y su rectitud y efectividad son presupuestos fundamentales.

En el otro extremo encontramos a las posiciones que denominamos partidarias del poder judicial mínimo, esto es, que sin dejar de recono-

cer la importancia de una impartición de justicia efectiva, recta y confiable, consideran que en un régimen democrático no es deseable que, en muchos casos, la última palabra la tengan funcionarios no electos como son los jueces. Las decisiones políticas aquí no son sinónimo de peligrosidad sino sinónimo de expresión de los votantes. La política y las políticas, son racionales, representación de la pluralidad de intereses que constituyen la base de la democracia, por lo cual se considera peligroso que se constriñan irrestrictamente a la “mano muerta del pasado” antes que poder pensar en nuevos acuerdos presentes.

Desde esta visión la politización es vista como un peligro (Guarnieri y Pederzoli, 1999; Domingo, 2004; O’Donnel, 1999; Malleson, 1999; Gargarella, 1997, 2004), máxime cuando no siempre los poderes judiciales son garantías de imparcialidad y vigencia del estado de derecho como sucede en los países recientemente democratizados.

Sin embargo estos estudios no ahondan o lo hacen muy poco en las formas en que los poderes judiciales dan cuenta de estos procesos en países recientemente democratizados. Nuestro punto aquí es que, más allá de la generalidad de esta preocupación clásica con particularidades contemporáneas, no todos los poderes judiciales tienen la misma respuesta ante la judicialización de la política. Intentaremos demostrar esto y buscar un posible por qué. Para esto utilizaremos las herramientas de la política comparada aplicada a los casos de Argentina y México.

3. Argentina y México dos modelos de relación del poder judicial con la política

La investigación realizada tomó como referencias los casos de Argentina y México. Se analizó jurisprudencia de las Cortes Supremas de Justicia de cada país entre 1983 y 2001 en Argentina y entre 1988 y 2001 en México². Para el caso de Argentina en este estudio se consideraron la totalidad³ de los sumarios de jurisprudencia en materia constitucio-

² Estamos en proceso de actualización de los datos a los efectos de observar si los cambios políticos acontecidos en cada país, deslegitimación y depuración de la Corte en Argentina y alternancia en el poder en México, produjeron virajes en los modelos.

³ Se realizó una búsqueda de la totalidad de la jurisprudencia que hacía referencia a división de poderes, poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial, así como a libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de asociación y derecho a la información. Vinculados con estos te-

nal (130) que, durante el período observado, hacen referencia a la relación entre poder judicial y poder político, así como aquéllos (66) que remiten a la justiciabilidad de los derechos (rol del poder judicial ante los límites de la política). Para el caso mexicano se consideraron 149 tesis de jurisprudencia en materia constitucional que hacen referencia a la relación entre poder judicial y poder político.⁴

Se observó, que existen dos modelos diferenciados de posicionamiento frente a la politización de la justicia en uno y otro caso. Un modelo en el que encaja la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, al que denominaremos de **árbitro prudente** porque tiende a problematizar y a definir los límites de sus funciones, y otro que denominaremos de **árbitro asumido**, en el que no se observa una expresa preocupación por definir los límites de su función, al que corresponde la Suprema Corte de Justicia Mexicana.

Más allá de las connotaciones difusas del concepto de politización de la justicia, operacionalmente se definió a la posición en torno de la politización de la justicia en los dos países como: las expresiones vertidas por cada una de las cortes en los fallos en materia constitucional en torno del rol del poder judicial en: a) la resolución del conflicto relativo a la división de poderes⁵ (conflicto político) y b) en la garantía de derechos civiles que siguiendo a Dahl (1992) operan condiciones de posibilidad del juego político democrático: libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de prensa y derecho a la información.

A su vez, para determinar las características de la posición en torno de la politización de la justicia se optó por clasificar cada una de las tesis de jurisprudencia de acuerdo con la forma en que conciben la función judicial. Se propusieron tres formas de concebir esta función:

- *expansivas*: cuando en la jurisprudencia la corte realiza una interpretación del texto constitucional que aumenta las facultades del poder

mas durante el período considerado se obtuvieron: 456 sumarios de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y 340 tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México. Al interior de este universo se consideró para el análisis aquí realizado el subconjunto de la jurisprudencia que hacía referencia a la relación entre poder judicial y poder político y a la justiciabilidad de los derechos en cada caso.

⁴ Respecto de la justiciabilidad de los derechos no se ha identificado jurisprudencia al respecto.

⁵ Entendido el conflicto político como un conflicto entre poderes del estado.

judicial en la resolución del conflicto político y en la garantía de los derechos.

- *delimitativas*: cuando en la jurisprudencia la corte realiza una interpretación del texto constitucional donde explica las facultades del poder judicial en la resolución del conflicto político y en la garantía de los derechos.
- *contractivas*: cuando en la jurisprudencia la corte realiza una interpretación del texto constitucional que restringe las facultades del poder judicial en la resolución del conflicto político y en la garantía de los derechos.

Antes de continuar avanzando, es importante realizar un alto para comentar el por qué del corte temporal en cada caso. Se seleccionaron los períodos señalados porque era de interés trabajar los procesos de politización de la justicia en regímenes democráticos recientes. En el caso argentino está claro que el punto de corte era 1983, año en que el gobierno militar, luego de su derrota en la guerra de Malvinas convoca a elecciones limpias y competitivas y donde resulta electo el Raúl Alfonsín de la Unión Cívica Radical (UCR) como presidente de la República. En México es mucho más difícil, de hecho no existe un consenso claro acerca del momento en que puede hablarse del comienzo de la transición a la democracia. Para algunos el hito es 1977, para otros 1988, para otros 1997, para otros el 2000 (Schedler, 2000). Sin ánimo de ingresar a esa tan basta discusión, aquí se seleccionó 1988 porque se considera que con la tan mentada caída del sistema, constituye un punto de inflexión en el proceso de apertura política que estaba produciéndose en el país. Por primera vez, luego de 70 años, un partido diferente del Partido Revolucionario Institucional (PRI) tuvo posibilidades de ganar las elecciones. La sospecha (y la reciente confirmación) de la existencia de fraude electoral, fue el detonante de un proceso de movilización y protesta social que coadyuvó a la implementación de reformas de institucionales que contribuyeron a pluralizar la representación política.

A su vez, cada uno de los períodos se subdividieron en dos momentos que marcan un antes y un después de cambios institucionales (y de personas también) que redefinen la relación de las cortes con el poder político a los efectos de observar sus impactos sobre cada uno de los modelos. En el caso argentino el punto que define el antes y el después

es 1989, cuando el recién asumido presidente Carlos Menem amplía el número de ministros del máximo tribunal de 5 a 9 con el propósito de contar con una mayoría propia en su interior. Así el primer momento en Argentina abarca desde 1983 a 1989 y el segundo momento desde 1990 y 2001. Por su parte en México, el punto de corte ente los momentos está dado por la reforma constitucional del 94, la cual puede considerarse un momento refundacional del rol del poder judicial de la federación (Ansolabehere, 2003). Esta reforma, entre otros elementos, establece que la Suprema Corte funcionará como un tribunal constitucional –tendrá facultades exclusivas en control de constitucionalidad–, crea el Consejo de la Judicatura Federal, introduce como nuevo recurso de control de constitucionalidad a la acción de inconstitucionalidad y amplía el alcance de las controversias constitucionales (Cossío, 2001). En México, entonces, el primer momento abarca desde 1988 a 1994 y el segundo desde 1995 a 2001.

Una vez situadas las coordenadas de análisis se presentarán los resultados obtenidos en el análisis de datos de los casos considerados.

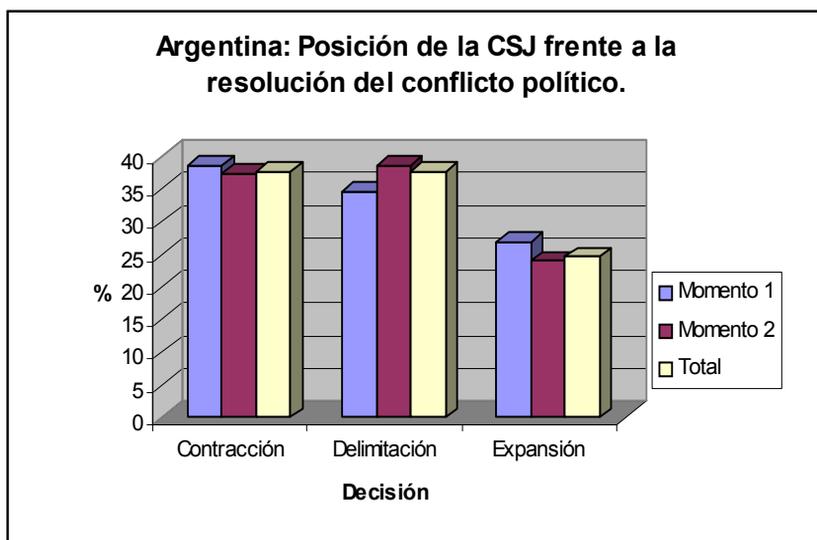
4. De arbitrajes y arbitrajes

Nuestro árbitro prudente, la Corte Suprema de Justicia argentina, se caracteriza por definir restrictivamente la función del poder judicial. De acuerdo con el análisis de las tesis de jurisprudencia se observa que es un poder judicial preocupado por los límites de su función frente a la política. Poder judicial al cual la politización de la justicia incomoda. Procura mantener el espacio de lo jurídico incontaminado de las cuestiones políticas. Es resistente a intervenir en la resolución del conflicto político, pero define claramente cuando el poder político no puede traspasar las fronteras de la “independencia judicial” entendida como sinónimo de: intangibilidad de las remuneraciones e inamovilidad en el cargo. Con una importante tradición de dependencia del poder político y de inestabilidad en su función producto de los sucesivos golpes de estado que tuvieron lugar en el país entre 1930⁶ y 1983, podría pensar-

⁶ De hecho el golpe de estado de 1930, que abre la historia de sucesiva intervención militar en la vida política del país, es legitimado por una acordada de la Corte Suprema de Justicia (Cayuso y Gelli, 1988).

se que este cuidado en el mantenimiento de las fronteras entre el derecho y la política, es sinónimo de una posición que aboga por no mirar ni ser mirado. Esta “resistencia” al arbitraje, que ubica a esta corte cercana a las posiciones partidarias de un poder judicial mínimo, cabría visualizarla como una estrategia de supervivencia, antes que un signo de autonomía. Un intento de explicar el por qué de esta tendencia se desarrollará en el apartado 5.

Como puede observarse en el gráfico que ha continuación presentamos, la Corte Suprema Argentina tiende a contraer y delimitar la función del poder judicial en la resolución del conflicto político.



Fuente: Elaboración propia con base en información pública de la Corte Suprema de Justicia Argentina. www.csj.gov.ar

Nuestra Corte, responde al fenómeno de la politización de la justicia, de manera diferente a la esperable. No aprovecha esa “oportunidad” de ampliar los márgenes de decisión, sino que tiende a ser muy prudente en este proceso. Prudencia que aparece como constante en el período ya que la proporción de tesis contractivas o delimitativas es muy similar en cada uno de dos momentos considerados: momento 1: 1983-1989 y momento 2: 1990-2001. Si bien en otros aspectos como la distribución de facultades entre poderes del estado pueden encontrarse diferencias

entre los momentos (Ansolabehere, 2003) aquí la estrategia del presidente Menem de ampliar el número de ministros para obtener una mayoría propia, contradiciendo las percepciones de sentido común, no parece haber cambiado significativamente esta tendencia.⁷

Ejemplifican esta posición de árbitro prudente, conceptos del tipo:

Uno de los presupuestos básicos que incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, es la de saberse mantener dentro de la órbita de su función jurisdiccional, en respeto a las prerrogativas y límites que los preceptos constitucionales y legales le imponen a su actividad judicial. (Fallos 319: 2641)

La apelación a la no trasgresión de las fronteras de la función jurisdiccional es un concepto repetido en numerosas ocasiones durante los dos momentos analizados, el que complementado con posiciones como la que a continuación se presenta permiten comprender mejor la caracterización de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina como un árbitro prudente.

El poder político está facultado para restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella, atribución que constituye la esencia misma de las potestades propias del Poder Legislativo; a los jueces sólo les incumbe controlar el uso de tales poderes a fin de evitar que ellos deriven en soluciones manifiestamente inicuas o irrazonables, ya que no es resorte del Poder Judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos para conjugar esa situación crítica. (Budano, Raúl c. Facultad de Arquitectura, 1987)

El poder judicial resigna su función límite al poder político en tanto garante de los derechos. Nuevamente prevalece la prudencia ante situaciones en que existe la posibilidad de que lo jurídico trasgreda la frontera de lo político.

Es inadmisibles que la Corte intervenga en una contienda suscitada entre el Poder Ejecutivo y algunos miembros de la Cámara de Dipu-

⁷ Seguramente se podrá objetar a esta afirmación que en los casos importantes la corte falló favorablemente al gobierno, y esto es así. Sin embargo, cuando situamos esos casos importantes en el universo de decisiones que se realizaron en torno al tema la situación es diferente.

tados antes de que «el procedimiento político normal tenga la oportunidad de resolver el conflicto», ya que el Poder Judicial no debe involucrarse en controversias donde se lo pretende utilizar, al margen de las limitaciones previstas en el art. 116 de la Constitución Nacional, como árbitro –prematureo– de una contienda que se desarrolla en el seno de otro poder. (Jefe de Gabinete s/ cuestión de competencia, 1997)

Probablemente el ejemplo más claro de la prudencia devenida en resistencia del arbitraje de la corte, está dada por el concepto expresado en el texto anterior. La corte no debe involucrarse en controversias entre poderes políticos cuando no se hayan agotado los procedimientos previos. Otra vez observamos que no sólo evita traspasar las fronteras de la política, sino que, incluso, es una corte temerosa a la intervención en el conflicto estrictamente político, aún cuando es una facultad que le está expresamente reservada por la constitución (Art.16 y 17).

Esta corte, árbitro prudente y hasta resistente, en algunos casos, frente a la resolución del conflicto político, mantiene su prudencia cuando de los límites del poder político frente a la ciudadanía se trata. En el momento de decidir acerca de la garantía de los derechos de asociación, libertad de prensa, expresión e información, es una instancia que otra vez aparece preocupada por su función. La delimitación del rol del poder judicial frente a conflictos en torno de estos derechos es una cuestión relevante como puede observarse en el gráfico siguiente. La justiciabilidad de estos derechos es un tema.

En relación con este punto, cabe hacer notar que esta preocupación por la justiciabilidad de los derechos civiles considerados se ubica exclusivamente en el segundo momento. Situación que sí permite en este caso identificar discontinuidades entre los dos momentos considerados, que permite inferir un aumento en el número de conflictos en torno de los derechos se judicializan.

La tendencia a la delimitación de las funciones judiciales al respecto pueden encontrarse en tesis del tipo:

Corresponde a la Corte Suprema armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa - que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno- con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, ya que el art. 16, inc.1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto. (SV c/ M, DA s/ medidas precautorias, Fallos 324 (2001):975)

o

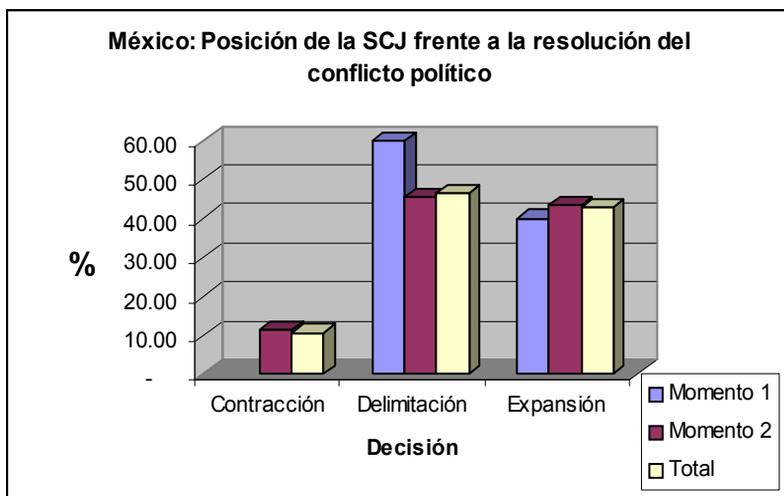
El especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio.

Es una corte garante de los derechos en cuestión pero preocupada por sus límites y los de los propios derechos. Tanto en la resolución del conflicto político como en el establecimiento de límites a la política esta corte actúa cautelosamente. Desde nuestra preocupación por la politización de la justicia, podríamos decir que la característica más saliente de la corte argentina no es tanto la “politización de sus decisiones”, sino su resistencia a ella.

En contraste la Suprema Corte de Justicia mexicana, actúa como un árbitro asumido en la resolución del conflicto político y en el establecimiento de límites a la política. Es una corte no preocupada por los límites de su función. Ante el conflicto decide, aunque no siempre en forma garantista respecto de los derechos (Ansolabehere, 2004; Cossío, 2002). Corte a la que no incomoda la “politización de la justicia”, en la que los límites entre lo político y lo jurídico no constituyen un proble-

ma. Con una tradición de dependencia del poder político en la que opera como base de la legitimación del sistema presidencialista de partido hegemónico⁸, está aceptación gustosa de la politización de su función, tampoco es –como en el caso argentino– evidencia de un funcionamiento más adecuado del poder judicial, sino una estrategia que le permite, después de la reforma constitucional de 1994 y del proceso de cambio político que tuvo lugar en México, mirar sin que la miren. Instancia que en sus decisiones se ubica más cerca de aquellas posiciones que denominamos de poder judicial máximo.

Como puede observarse en el gráfico que se presenta a continuación, la corte delimita o expande la función del poder judicial frente a la resolución del conflicto político, en tanto la justiciabilidad de las cuestiones vinculadas con el grupo de derechos civiles considerados aquí directamente no se problematiza.



Fuente: Elaboración propia con base en Base de Datos de Jurisprudencia IUS 2002 .

La tesis de jurisprudencia que se cita a continuación es una cabal expresión de esta tendencia.

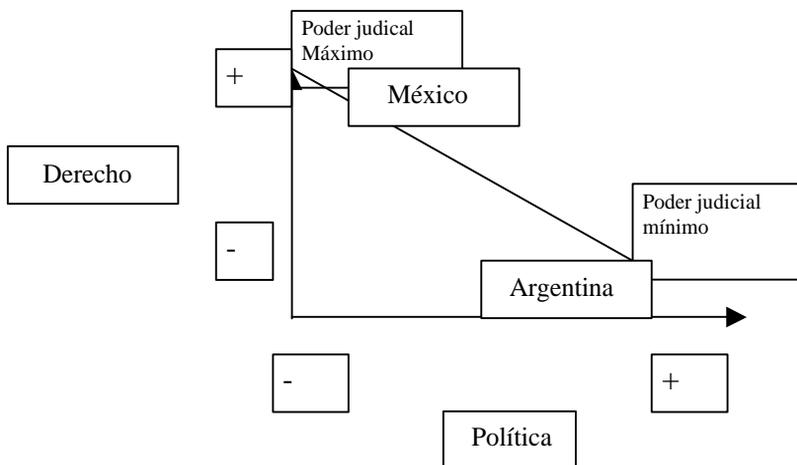
⁸ Este concepto es tomado de Valdés Ugalde, F. (2002).

...Por otra parte, también se aprecia que ambos principios (el de división de poderes y el de no poder reunir más de dos en una sólo persona o corporación) no implican que los poderes tengan que actuar siempre y necesariamente separados, pues si bien cada uno tiene señaladas sus atribuciones ... del examen de las mismas se aprecia que en varios casos se da una concurrencia de poderes... Conforme al principio de supremacía constitucional, cabe inferir que cuando se está en presencia de facultades u obligaciones de cada uno de los poderes que se relacionan con otro poder, las mismas deben estar expresamente señaladas en la propia Constitución y si bien el Congreso de la Unión tiene dentro de sus atribuciones dictar leyes, ello no puede exceder lo establecido en el artículo 49 de la Constitución, ni lo expresamente señalado en las disposiciones especificadas, relativas a las facultades y deberes de cada poder. Por consiguiente, las fracciones XXIV y XXX del artículo 73, que precisan como facultades del Congreso de la Unión..., deben interpretarse enmarcadas y limitadas por los principios referidos, es decir, salvaguardando el de división de poderes y el de autonomía de cada uno y regulando, en detalle, las facultades y obligaciones que a cada poder señala la propia Constitución, pero sin introducir atribuciones u obligaciones que no estén consignadas en la misma y que supusieran no ajustarse a ella, vulnerando los repetidos principios.

Antes que por los límites de su función, después de 1994 esta es una corte preocupada por la extensión de los mismos sobre los otros poderes. La preocupación por distinguir entre lo jurídico y lo político se esfuma. Otra vez, como en el caso argentino, encontramos una tendencia marcada durante el período, sólo que aquí durante el segundo momento (posterior a la reforma constitucional de 1994) aumenta levemente la expansión de la función del poder judicial frente al conflicto político. Podemos afirmar que su posición frente a la politización de la justicia es persistente en la medida en que no se ha visto modificada por los cambios institucionales profundos que ha sufrido el poder judicial de la federación.

Nuestras cortes tienen elementos comunes: en el diseño institucional están concebidas de acuerdo con el modelo contramayoritario, tienen una historia de dependencia del poder político, actúan en un contexto de cambio político e institucional intenso y los cambios institucionales que tuvieron lugar en 1989 en Argentina y en 1994 en México no han marcado, en este punto, ruptura significativas. Sin embargo, sus posi-

ciones respecto de la judicialización de la política son diferentes, en el caso argentino existe una resistencia a ella, en el caso mexicano no existe tal resistencia. Tomando como base la gráfica de relación entre política y derecho que habíamos propuesto al principio podemos observar que los países analizados se ubicarían de la manera siguiente.



Ahora bien, una vez reconocidas las diferencias, es hora de preguntarse acerca del por qué de las mismas. A encontrar una vía de respuesta a esta pregunta se dedica el próximo apartado.

5. ¿Por qué? Las características del poder judicial

Como puede observarse en los datos anteriores encontramos dos modalidades diferentes de asunción de la relación entre poder judicial y el poder político por parte o de cada una de las Cortes Supremas estudiadas. El propósito de este apartado es intentar explicar el por qué de estas diferencias.

La respuesta, que se propone, no la única posible, sino la que como se verá rápidamente la más adecuada para los supuestos de los que se parte, es que: **estas diferencias están vinculadas con las característi-**

cas de la relación entre corte suprema e instancias inferiores del poder judicial.

Consideramos que poderes judiciales más horizontales –con mayor grado de autonomía en las decisiones y organización profesional de los jueces– y con condiciones privilegiadas de funcionamiento como el argentino, tienden a que la Corte Suprema asuma la posición de árbitro prudente antes señalada. Se postula que la esta posición se adopta porque esta mayor autonomía y organización de los jueces opera como un contrapeso interno que vuelve más costosa la trasgresión de las fronteras del derecho frente a la política. Los beneficios de preservar las fronteras de lo jurídico (el status quo) son mayores que sus costos. En tanto, poderes judiciales más verticales, como el mexicano –con menor grado de autonomía en las decisiones y organización profesional de los jueces– y hasta hace poco con condiciones no privilegiadas de funcionamiento, coadyuvan a que la Corte Suprema adopte la posición de árbitro asumido. En este caso se postula que ante la ausencia de contrapesos internos importantes, los costos de transgredir los límites existentes entre la política y el derecho –acompañando a las decisiones políticas o poniéndose por encima de éstas– son menores. En el primer caso el actuar imprudente puede causar muchas pérdidas, en el segundo puede ser fuente de ganancias.

Los supuestos en que se sustenta esta explicación son los siguientes:

1) Se considera, en consonancia con la revolución estratégica de las *judicial politics*, (y confrontando los supuestos de neutralidad, imparcialidad y aislamiento de los jueces en el proceso de toma de decisiones que constituyen el sentido común de muchos de los actores del proceso judicial) (Epstein y Knight, 2000; Shepsle y Boncheck s/f; Epp, 1999; Reed, 1996; Eskridge, 1991; Segal, 1997) **que los jueces son actores racionales que actúan estratégicamente** (pueden anticipar en sus decisiones las preferencias de los otros agentes involucrados) y tienen preferencias propias constreñidas por los marcos institucionales en que actúan.

La influencia de esta perspectiva de análisis ha comenzado a permear trabajos recientes sobre el poder judicial en la región. Son claros ejemplos los trabajos de Gretchen Helmke (2001)⁹, sobre la Corte Suprema

⁹ En este trabajo pionero, la autora demuestra para el caso Argentino, que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia entre 1976 y 1995 diferían en su relación con el poder ejecutivo. En

Argentina en dictadura y democracia, o de Iaryczower, Spiller, y Tommasi (2002). La inseguridad institucional influye sobre las decisiones a favor o en contra del gobierno por parte de las cortes. Éstas y sus miembros son actores estratégicos que evalúan sus decisiones de acuerdo con la preservación de su posición en el contexto político en que se insertan. Los jueces ya no están aislados, ni deciden sólo con arreglo a derecho o con arreglo a las necesidades del gobierno de turno, son actores relativamente autónomos, que se preservan de los riesgos del contexto en el que actúan y arrastran las inercias de la historia de la institución de la que forman parte. Esta posición supone tomar en cuenta, que el poder judicial no es dócil y prudente por definición.

2) En consonancia con el neoinstitucionalismo histórico (Hall y Taylor, 1996; Steinmo et. Al; 1998; Goodin, 1996; Powell y Di Maggio, 1999), se asumirá que **los jueces, las Cortes Supremas o el poder judicial como un todo, tienen preferencias cuya formación es endógena al marco institucional en el que están insertos**. Marco institucional presente pero configurado tanto por las inercias del pasado, historia institucional (*path dependence*), como por las expectativas (certidumbre e incertidumbre) sobre el futuro. En tanto que influidas por marcos institucionales con estas características la formación de preferencias se vuelve problemática, se conforman como yuxtaposición de la situación presente, las experiencias pasadas y las expectativas sobre el futuro, de acuerdo con el contexto en que se insertan.¹⁰ Partiendo de esta premisa, es que se considera que la posición del poder judicial en relación con la politización de la justicia, su aceptación de la posibilidad de correr la frontera del derecho frente a la política, está relacionada con su entorno interno, fundamentalmente la relación entre la corte suprema y las instancias inferiores del poder judicial. El poder judicial no sólo es de-

los momentos de debilitamiento del poder ejecutivo, observa mayor cantidad de decisiones de la corte contrarias a éste.

¹⁰ En un intento de complejizar algunos supuestos del denominado neoinstitucionalismo *rational choice* (Shesple, 1986; Riker, 1992) con Kathleen Telen y Sven Steinmo (1998) se sostendrá que: *“Tomando los fines, las estrategias y preferencias como algo a ser explicado, el institucionalismo histórico muestra que, a menos que se conozca algo sobre el contexto, las asunciones amplias sobre el comportamiento “autointeresado” están vacías... el institucionalismo histórico no tiene problemas con la idea de la elección racional de que los actores políticos actúan estratégicamente para alcanzar sus fines. Pero claramente no es muy útil dejar eso allí. Necesitamos un análisis históricamente basado que nos diga que están tratando de maximizar y por qué ellos enfatizan ciertos fines sobre otros.”* (9)

pendiente del poder ejecutivo (como sostiene la posición tradicional para la región) o actúa sólo calculando los movimientos del poder político, ni es aislado y neutro (como tienden a considerarlo los propios juristas o pretenden los partidarios de modelos contramayoritarios).

Esta decisión no implica desconocer la sumisión al poder político que ha caracterizado (y en muchos casos todavía caracteriza) a las cortes en los países en proceso de democratización. No obstante, trata de dar cuenta de los matices que puede tener la posición de las cortes frente a la política aún en este escenario.

Se define a la relación de la Corte Suprema argentina con las instancias inferiores del poder judicial como horizontal, por considerar que la misma opera como *primus inter pares* de éstas últimas. La Corte es una instancia superior en una organización en que los miembros gozan de un importante margen de libertad en el ejercicio de su función. Como puede observarse en el Cuadro I: los jueces no son ni han sido designados por la Corte, están facultados para realizar control de constitucionalidad, la jurisprudencia no es obligatoria y cuentan con una organización gremial importante.¹¹ A esta situación se suma que el poder judicial argentino constituye un grupo profesional con condiciones privilegiadas de funcionamiento. Establece sus propias barreras de acceso, permanencia y destitución, su propio régimen salarial y de retiro, y un sistema de aprendizaje y juzgamiento a cargo de los pares. En tanto la relación de la Suprema Corte de Justicia mexicana se define como vertical porque la Corte opera como tutora de las instancias inferiores del poder judicial: hasta 1994, con la creación del Consejo de la Judicatura, ha nombrado a los jueces y magistrados, el control de constitucionalidad es concentrado, la jurisprudencia es obligatoria, y la organización profesional del poder judicial es incipiente.¹² A diferencia de su par argentino, hasta bien entrada la década del 80 las condiciones de funcionamiento del poder judicial no eran privilegiadas ni mucho menos, las remuneraciones eran bajas y la posibilidad de realizar una carrera judicial dependía de las relaciones con los correspondientes ministros (Cossío, 1995).

¹¹ La organización gremial que reúne a los jueces y magistrados es la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, creada en 1928, la cual reúne al 99% de los jueces, magistrados y funcionarios de alto rango.

¹² La organización "gremial" más importante es la Asociación de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, creada en 2001, la cual reúne a 500 jueces sobre 720.

En el cuadro que a continuación se presenta se repasan los elementos que se tuvieron en cuenta en la elaboración de esta caracterización.

Cuadro I: Características de los poderes judiciales

	Argentina	México
Control de Constitucionalidad	Difuso	Concentrado
Jurisprudencia	No obligatoria	Obligatoria
Designación de los jueces	Hasta 1994 Senado de la República por propuesta del presidente. Después de 1994 Consejo de la Judicatura.	Hasta 1994 Ministros de la Corte. Después de 1994 Consejo de la Judicatura en el cual luego de la reforma constitucional de 1999 la Suprema Corte puede manejar la mayoría de los votos.
Organización interna y externa	Antigua e importante. Asociación de magistrados y funcionarios de la República Argentina, nuclea al 90% de los funcionarios y magistrados de la justicia.	Nueva y dependiente

Ahora bien, porque consideramos que la relación entre corte suprema e instancias inferiores del poder judicial tiene incidencia en las características de árbitro resistente o árbitro asumido que adquieren las cortes en cuestión. Simplemente porque, en consonancia con los supuestos planteados podemos pensar que una corte que opera como primus internares y además actúa dentro de un grupo profesional que se desempeña en condiciones privilegiadas, estará más constreñida por las instancias inferiores del poder judicial, si se permite más vigilada por estas instancias para tomar decisiones costosas para la institución que redunden en un conflicto con el poder político que pueda mover el status quo. Por su parte, en el caso de la corte mexicana que opera como soberana, que no tiene un contrapeso en las instancias inferiores del poder judicial –dada la forma piramidal de la estructura que encabeza y las condiciones no privilegiadas de ejercicio de la función que operaban hasta hace muy poco tiempo– no tiene constricciones internas fuertes

por lo cual podemos pensar que será una corte cuyos mayores beneficios estarán dados por correr las fronteras de lo jurídico hacia el espacio de la política, sobre todo cuando, como en el caso mexicano la reforma del 94 ha otorgado amplios poderes para la resolución del conflicto político, poderes que asume sin titubeos.

6. Conclusiones

Para un no abogado la posibilidad de pensar el derecho y sus actores desde fuera del derecho no es tarea fácil. Este trabajo es una muestra de este intento que busca reflexionar acerca de las particularidades de la politización de la justicia.

Probablemente la principal fortaleza de este trabajo es que busca adentrarse en un problema que hasta el momento no ha sido específicamente analizado en la región, se trata de la posibilidad de pensar en la politización de la justicia como un fenómeno no homogéneo. El análisis de la politización de la justicia y de la judicialización de la política en los países recientemente democratizados, en general describe las causas del fenómeno o las ventajas o desventajas que entraña. Las características particulares de este proceso y la explicación de éstas en general no son materia de cuestionamiento.

Se propuso que existen diferencias en la forma en que los poderes judiciales asumen la politización de la justicia o, en otros términos, asumen la extensión de las fronteras de lo jurídico sobre la política. Observamos la jurisprudencia desarrollada por las cortes supremas de justicia argentina y mexicana y encontramos que la primera actuaba como un árbitro prudente respecto de la función del poder judicial respecto de la política, era una corte que buscaba no mirar para no ser mirada. La corte mexicana por su parte, actuaba en cambio como un árbitro asumido, miraba, intervenía y decidía.

Atribuimos estas particularidades a la relación que mantienen cada una de las cortes con las instancias inferiores del poder judicial. La relación más horizontal que presentan la corte y las instancias inferiores del poder judicial en la argentina, así como las condiciones privilegiadas de desempeño con las que cuentan explican la prudencia. La existencia de contrapesos internos y la preservación de la situación privilegiada se constituyen en el mecanismo fundamental de preservación de

las esferas de lo jurídico tal y como están. Los costos de transgredirlos son tan altos que es preferible mantener las cosas como están. Sin embargo, no está demás apuntar que puede que la situación de crisis política en Argentina 2001 y 2002 que ubicó a la corte como uno de los blancos de ataque puede haber modificado algunas de estas tendencias. Por su parte, la relación más vertical que mantiene la Suprema Corte de Justicia mexicana con las instancias inferiores del poder judicial, son las que explican la adopción de un árbitro asumido. La inexistencia de contrapesos internos importantes ayuda a que los costos de la ampliación de las fronteras de lo jurídico no sean altos, el involucrarse con la política no supone un problema.

Para finalizar es importante puntualizar que, por una parte, los miedos a las expectativas puestas en la politización de la justicia, son relativos, no todos los poderes judiciales reaccionan de la misma manera ante la cuestión y la reacción está dada por las características internas que presentan. Por otra parte, y a favor de los argumentos aquí presentados, un argumento contrafáctico: si toda corte preferirá tener más poder que menos por qué asumir una actitud prudente, una posible respuesta a esta pregunta es la que se desarrolló aquí.

Bibliografía

- Ansolabehere, Karina (2003), *Los efectos de la justicia sobre el proceso político democrático. Cortes supremas, gobierno y democracia*, tesis doctoral, México, FLACSO-mimeo.
- Bickel, Alexander (1978), *The least dangerous Branch*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing.
- Cayuso, Susana; Gelli, María Angélica (1988), *Ruptura de la legitimidad constitucional: la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, Cuadernos de Investigaciones 1, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.
- Cossío, José Ramón (2002), *El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del Poder Judicial de la Fed-*

- ración (1969-2001)*, Documentos de trabajo No. 24, Dpto. Académico de Derecho, ITAM, México.
- _____, (2001), “La suprema corte y la teoría constitucional”, *Política y Gobierno*, vol. VIII, No. 1, primer semestre, pp. 61-117, México, CIDE.
- _____, (1995), *Jurisdicción Federal y Carrera Judicial*, México, UNAM.
- Dahl, Robert, (1992), *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós.
- Diamond, Larry; Plattner, Marc; Chu, Yun-han; Tien, Hung-mao, (1997), *Consolidating the third wave of democracies*, Washington D. C., Johns Hopkins University Press.
- Domingo, Pilar, (2004), “Judicialization of politics or politization of the judiciary? Recent trends in Latin America”, *Democratization*, vol. 11, No. 1, Febrero, pp. 104-126, London, Frank Cass.
- Elster, J; Slagstad, R., (1999), *Constitucionalismo y democracia*, pp 111-130, México, FCE.
- Eskridge, William N. Jr., (1991), “Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game.” *California Law Review* 79, pp. 613-64, University of California.
- Epp, Charles, (1999), *The rights revolution. Lawyers, activist and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago-Londres, University of Chicago Press.
- Epstein, Lee; Knight, Jack, (2000), “Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead”, *Political Research Quarterly*, Vol. 53, No. 3, septiembre, pp. 625-661, Salt Lake City, University of Utah.
- _____, (1998), *The choices justices make*, Congressional Quarterly, EE. UU.
- Ferrajoli, Luigi, (2002), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- _____, (2001) a) “La democracia constitucional”, en Courtis Christian (comp.), (2001), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, pp, 255-272, Buenos Aires, EUDEBA.
- _____, b) “Derechos Fundamentales” en Ferrajoli Luigi, (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, pp. 19-56, Madrid, Trotta.
- Gargarella, Roberto, (2004), “In serch of democratic justice– What courts should not do: Argentina, 1983-2002”, en Gloppen, Siri;

- Gargarella, Roberto; Skaar, Elin (2004), *Democratization and the judiciary. The aswerability function of courts in new democracies*, pp. 181-197, London, Portland, Frank Cass.
- _____, (1996), *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
- Gloppen, Siri; Gargarella, Roberto; Skaar, Elin, (2004), *Democratization and the judiciary. The aswerability function of courts in new democracies*, London, Portland, Frank Cass.
- Goodin, R., (1996), *The theory of institutional design*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Guarnieri, C.; Pederzoli, P., (1999), *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus.
- Habermas, J., (2000), *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta.
- Hall, Peter; Taylor, Rosemary, (1996), "Political Science and the three new institutionalisms", pp. 936-957, *Political Studies*, vol. 44, No. 5, diciembre, Cambridge, Political Studies Asociation.
- Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J., (2001), *El federalista*, México, FCE.
- Helmke, Gretchen, (2001), *The logic of strategic defection: insecure tenure and judicial decision-making in Argentina under dictatorship and democracy*, University of Notre Dame-Departamento de Gobierno, Mimeo.
- Hobbes, Thomas, (2001), *Leviathan*, México, FCE.
- Iaryczower, Matías; Spiller, Pablo; Tommasi, Mariano, (2002), "Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998", *American Journal of Political Science*, vol. 46, No. 4, Octubre, Wisconsin, University of Wisconsin.
- Ignatieff, Michel, (2000), *The rights revolution*, Canadá, CBC Massey Lectures Series.
- Kant, E., (1993), *La metafísica de las costumbres*, Barcelona, Altaya.
- Lijphart, A., (2000), *Modelos de Democracia*, Barcelona, Alianza.
- Linz, Juan; Stepan, Alfred, (1997), "Toward Consolidated Democracies", en Diamond, Larry; Plattner, Marc; Chu, Yun-han; Tien, Hung-mao (1997), *Consolidating the third wave of democracies*, pp. 14-34, Washington, D. C., Johns Hopkins University Press.
- Malleson, Kate, (1999), *The new judiciary. The effects of expansion and activism*, Aldershot UK, Dartmouth.
- Montesquieu, (2001), *Del Espíritu de las leyes*, México, Porrúa.

- Nino, Carlos, (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- O'Donnel, Guillermo, (2000), "Teoría democrática y política comparada", *Desarrollo Económico*, vol. 39, No. 156, enero-marzo, pp 519-570, IDES, Buenos Aires.
- _____, (1999), "Horizontal accountability in new democracies" en Schedler, A.; Diamond, L.; Plattner, M., (1999), *The self restraining state. Power and accountability in new democracies*, pp. 29-52 editado por Schedler, A.; Diamond, L.; Plattner, M.
- _____, (1994) "Delegative democracy", *Journal of democracy* vol. 5, No. 1, January, Baltimore, Johns Hompkins University Press.
- Powell, W.; Di Maggio, P. (comp.), (1999), *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*, México, FCE.
- Riker, William, (1988), *Liberalism against populism*, Prospects Heights-Illinois, Waveland Press.
- Schedler, Andreas, (2000), "¿Por qué seguimos hablando de transición democrática en México? En Julio Labastida Martín del Campo; Antonio Camou; Noemí Luján Ponce, *Transición democrática y gobernabilidad México y América Latina*, pp. 19-40, México, IIS-FLACSO-Plaza y Valdés.
- Schapiro, Martin, (1988), *Who guards the guardians? Judicial control of administration*, Athens, University of Georgia Press.
- Segal, Jeffrey, 1997, "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Law and Courts", *American Political Science Review* 91, pp. 28-44.
- Shepsle, K.; Boncheck, M., (s/d), *Analyzing politics. Ratioanlity, behavior, and institutions*, Cap., New York, W. W. Norton & Co.
- Shepsle, K., (1986), "Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions", en Weisberg, H. (ed.), *Political Science: The Science of politics*, Nueva York, The Agathon Press.
- Steinmo, S.; Thelen, K.; Longstreth, F., (1998), *Structuring Politics: Historical Institucionalism in comparative analisis*, New York, Cambridge University Press.
- Sunstein, Cass, (2001), *Designing democracy, What constitutions do*, New York, Oxford University Press.
- Thelen, Kathleen; Steinmo, Sven, (1998), "Historical institutionalism in comparative politics" en Steinmo, S.; Thelen, K.; Longstreth, F., (1998), *Structuring Politics: Historical Institucionalism in comparative analisis*, New York, Cambridge University Press.