

## ¿Judicialización de la política o politización de la justicia? Hacia una democracia participativa y deliberativa\*

### Judicialization of politics or politicization of justice? Towards a participative and deliberative democracy

Alejandro SAHUI\*\*

RESUMEN: En este artículo repaso algunas cuestiones sobre el fenómeno de la judicialización de la política que cobra cada vez mayor interés, en especial en el contexto de crisis actual de los Estados constitucionales, que pone bajo sospecha el cariz liberal de las democracias pluralistas y las acusa de padecer un déficit de legitimidad. La percepción de que los representantes se alejan de los intereses de la ciudadanía y la falta de instancias de rendición de cuentas pueden convertirse en pretextos para asumir posiciones elitistas que atribuyen a los tribunales aptitudes prácticas y epistémicas especiales sobre las legislaturas, y también para cobijar el surgimiento de liderazgos que prometen en forma demagógica acabar con las mediaciones institucionales. Ello amenaza valores fundamentales relacionados con los contrapesos y la cooperación de los poderes estatales. En este escenario, la disputa política por la judicatura se hace

---

\*Versión derivada de la Voz “Judicialización de la política” en PEREDA, Carlos (ed.), *Diccionario de injusticias*, México, Siglo XXI, 2022, pp. 474-479.

\*\* Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Es Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Campeche. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCyT, nivel 2. Contacto: <alesahui@uacam.mx>. Fecha de recepción: 06/03/2023. Fecha de aprobación: 27/03/2023.

más evidente.

**PALABRAS CLAVE:** judicialización de la política; constitucionalismo; democracia; participación; deliberación.

**ABSTRACT:** In this article I review some relevant questions about the phenomenon of the judicialization of politics. This notion is gaining more and more interest, especially in the context of the current crisis of constitutional States, which calls into question the liberal aspect of pluralist democracies, accusing them of suffering a legitimacy deficit. Perception that representatives distance themselves from the interests of the citizenry and the lack of instances of accountability become pretexts to assume elitist positions that attribute to the courts special practical and epistemic skills over the legislatures, and also to shelter the emergence of leaders who promise demagogically to overcome institutional mediations. This threatens fundamental values related to balance and cooperation of state powers. In this scenario, the political dispute over the judiciary becomes more evident.

**KEYWORDS:** judicialization of politics; constitutionalism; democracy; participation; deliberation.

## I. INTRODUCCIÓN

La judicialización de la política ha cobrado un interés creciente en varios campos de estudio, como el derecho constitucional o el derecho internacional; la ciencia política y la sociología en el análisis de los procesos de transición democrática; o la filosofía política, jurídica y moral en la reflexión sobre la justicia y legitimidad de regímenes políticos, y, más recientemente, acerca de la democracia deliberativa.

A pesar de que no existe una definición unívoca del tópico se pueden señalar ciertos rasgos que permiten identificar este fenómeno que se ha hecho visible gracias a dos procesos entrelazados. En primer lugar, en el mundo jurídico, en el cambio del paradigma del Estado legal al constitucional, que anuncia un desplazamiento en el eje del poder: de la representación de los parlamentos y el imperio de la ley, hacia los tribunales como guardianes de los derechos y la soberanía popular. En segundo lugar, en la política, en los procesos transicionales y de consolidación democrática comprendidos desde el ideal de autogobierno colectivo con derechos de corte liberal y republicano, y de naturaleza social, económica y cultural. Debido a su importancia, conviene desarrollar algunas ideas en su derredor.

En la primera parte expongo los caracteres del fenómeno de judicialización de la política señalando sus virtudes y lo distingo de otro fenómeno con el que se suele confundir, pero que es más bien su opuesto y que acarrea graves amenazas para la vida pública. Me refiero a la politización de la justicia entendida como activismo judicial, mediante el cual los tribunales se convierten en vehículos de intereses partidistas o de otros poderes fácticos. En la segunda parte describo algunas de las circunstancias que subyacen a este fenómeno, y observo que las condiciones de desigualdad en la región latinoamericana son un factor que agrava sus efectos. Por último, en la tercera parte, relaciono la judicialización de la política con los ideales participativos y deliberativos

de democracia que en el ámbito de la filosofía política señalan el carácter reflexivo de la actividad jurisdiccional e imputan responsabilidad a los tribunales bajo el ideal de la razón pública práctica.

## II. SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA (MALA) POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

En la literatura académica reciente la cuestión de la judicialización de la política se asocia con los siguientes caracteres: 1) mayor presencia de la judicatura en la vida pública, que conduce a que conflictos diversos que antes eran resueltos por el sistema político o en espacios informales, se resuelvan en tribunales o instancias análogas; 2) control de constitucionalidad de las leyes y políticas públicas cuyo alcance depende del diseño institucional: catálogo de derechos y mecanismos procesales de control; 3) mayor conciencia de los actores políticos y sociales de las ventajas de recurrir a los tribunales como árbitros finales para promover sus intereses y proteger derechos; 4) progresiva fiscalización del gobierno y la administración, medios de rendición de cuentas y atribución de responsabilidad; o sea, empoderamiento ciudadano; 5) mayor confianza en los tribunales para tratar cuestiones morales y políticas fundamentales, crisis profundas y resolver desacuerdos radicales<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SIEDER, Rachel, Line SCHJOLDEN y Allan ANGEL (eds), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; DOMINGO, Pilar, “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. Ciudadanización–judicialización de la política”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 85-86, pp. 33-52; ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Flacso-Fontamara, 2007; ANSOLABEHERE, Karina, “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Isonomía*, núm. 22, 2005, pp. 39-63; HIRSCHL, Ran, “The Judicialization of

Como denominador común de estas dinámicas la judicialización de la política revela una tendencia a vincular la legitimidad del sistema político con la capacidad estatal de cumplir sus promesas materiales: garantizar el debido proceso y la rendición de cuentas; proteger todos los derechos humanos, incluidos los económicos, sociales, culturales y ambientales; así como conducir y limitar el incremento de poder de los Estados y otros poderes fácticos, dado el riesgo de arbitrariedad que esto acarrea.

Lo que aquí se dirá es que la judicialización de la política produce reflexividad en la vida pública, ajustes en una doble dirección: a partir de las discusiones alentadas en sede judicial, legislaturas y administración pública se hacen más conscientes de la dimensión constitucional de sus acciones; pero también, en sentido inverso, los tribunales se percatan de la complejidad del orden social visto con la perspectiva macro de la política. Esto tiene que ver con pensar constitucionalismo y democracia con enfoques participativos y deliberativos, en forma semejante a las propuestas de Roberto Gargarella en Latinoamérica<sup>2</sup> o Cristina Lafont<sup>3</sup>.

En México, en forma destacada, con influencia en toda la región, la obra académica de Sergio García Ramírez y su proyección como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son ejemplo del significado positivo de la judicialización de la política en clave democrática contra las derivas autoritarias de varios regímenes en el mundo. En el contexto transicional de la llamada tercera ola democratizadora, las intervenciones públicas de García Ramírez han señalado rumbos para articular el binomio derechos humanos y democracia en la arquitectura del *ius constitutionale commune* latinoamericano. Más allá de la salida de las dictaduras

---

Politics”; GOODIN, Robert E. (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, pp. 254-274.

<sup>2</sup> GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

<sup>3</sup> LAFONT, Cristina, *Democracia sin atajos: Una concepción participativa de la democracia deliberativa*, Madrid, Trotta, 2021.

y de la instalación del Estado de derecho, de cara al mundo quizá nuestra principal contribución global ha sido la particular interpretación de los principios de universalidad e igualdad, en la que se visibilizan como directrices la inclusión y la especificidad para acoger a las personas y los grupos vulnerables. En lugares donde exclusión y desigualdad no son una excepción, sino cotidianas, la judicatura ha de prohijar “leyes del más débil”. La jurisprudencia constitucional e interamericana sirve a un proyecto democrático, no elitista ni contramayoritario -como a menudo se imputa a los altos tribunales<sup>4</sup>. En este tenor las contribuciones de García Ramírez son dignas de reconocimiento.

Como ha observado Guillermo O’Donnell, la judicialización de la política es parte del fenómeno más amplio de judicialización o juridización de la vida pública y de las relaciones sociales en conjunto<sup>5</sup>, en términos análogos a lo que Max Weber trataba como legitimidad legal-racional de la sociedad moderna, como un proceso de formalización y explicitación de las normas y de los mecanismos de constitución de la autoridad política<sup>6</sup>. Desde sus inicios este proceso se representó con la figura de un contrato entre individuos iguales y libres; verbigracia en Locke, Rousseau o Kant como bien recuerda John Rawls<sup>7</sup>. En la filosofía política

---

<sup>4</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*” en VON BOGDANDY, Armin, Héctor FIX FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 459-500. De modo más amplio GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.

<sup>5</sup> O’DONNELL, Guillermo, “Epílogo”, en SIEDER, Rachel, Line SCHJOLDEN y Allan ANGEL (eds), *op. cit.*, pp. 351-358.

<sup>6</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Madrid, FCE, 1993.

<sup>7</sup> RAWLS, John, *Lecciones sobre historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2017.

contemporánea tanto Rawls como Jürgen Habermas<sup>8</sup> se pueden considerar herederos de las tradiciones liberal y republicana, y han intentado destrascalizar el ideal contractual, que se suele entender erróneamente como la hipóstasis de ciertos consensos históricos.

Más acá de estas cuestiones filosóficas, gracias a estos procesos de judicialización las personas han adoptado de modo gradual el lenguaje de los derechos humanos, como una gramática a través de la cual puedan realizar sus denuncias y demandas públicas. Los derechos se convierten en lenguaje universal como instancia de crítica y emancipación a partir de la explosión y expansión que observa García Ramírez<sup>9</sup>. La mayoría de los grupos que padecen daños y exclusión suelen recurrir a ellos para exponer sus demandas, a veces en forma estratégica, ya que algunas de sus pretensiones no tienen sencillo acomodo en el formato habitual de derechos individuales que prevalece en la doctrina, la interpretación y la dogmática judicial. Como se sabe por la práctica de tribunales y organizaciones de la sociedad civil en el plano nacional e internacional estas experiencias contribuyen en gran medida a ampliar el alcance de los derechos y su protección.

Es importante empero distinguir entre “judicialización de la política” y “politización de la justicia”. Karina Ansolabehere<sup>10</sup> sugiere que los términos son intercambiables ya que las atribuciones y competencias que ha adquirido la judicatura son expresión de su carácter político. Visibilizar este punto exige tomar conciencia y hacerse cargo de la naturaleza de su actividad. Detrás de una imagen de la tarea de los tribunales como neutral o imparcial -“pura”- se hubo de esconder una ideología generalizada acerca del dere-

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

<sup>9</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana... op. cit.*, pp. 5-21.

<sup>10</sup> ANSOLABEHERE, Karina, “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *op. cit.*

cho, su significado, condiciones de validez y fines. En este sentido más específico es verdad que se politiza la justicia si se explicita esta tarea, y se asume que ella no depende de criterios estrictamente profesionales y técnicos expertos, ni de métodos analíticos o dogmáticos rigurosos. Los jueces son sujetos públicos a quienes cabe pedir cuentas. Bajo esta mirada, no se pueden autocomprender como seres angélicos ni arrogarse la última palabra.

Conviene por tanto observar los riesgos de despolitizar la noción de democracia constitucional, si se deja que sean funcionarios no electos quienes decidan tantos asuntos. Y aunque podría suponer, en efecto, una mayor moderación judicial ante los excesos de la política, sobre todo en contextos de polarización extrema, la toma de posición de los jueces en asuntos altamente controvertidos puede afectar su legitimidad. Piénsese en el tipo de cuestiones que Cass R. Sunstein ha denominado como insuficientemente teorizadas<sup>11</sup>, donde las soluciones suelen ser interpretadas como parciales e injustas.

Según Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>12</sup> en América Latina ha existido un déficit a este respecto en el estudio, práctica y enseñanza del Derecho afincadas en un positivismo formalista; ideológico según la clasificación de Norberto Bobbio<sup>13</sup>, y del que a menudo se acusa injustamente a Hans Kelsen<sup>14</sup>. Normas, instituciones y actores públicos no son entes asépticos, más allá de su intención declarada.

---

<sup>11</sup> SUNSTEIN, Cass R., “Constitutional Principles without Constitutional Theories”, en *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, pp. 49-66.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en CARBONELL, Miguel, Héctor FIX FIERRO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011.

En este contexto, resulta importante apreciar la dimensión política de la función judicial, o sea, la politización de la justicia bajo este particular uso. Porque como ha destacado Luis Villoro<sup>15</sup> las ideologías no son tales porque se descubran en última instancia como falsas, sino por la función social que cumplen: reproducir sin crítica el orden social. Al eludir entrar en diálogo, y al no estar justificadas, las ideologías causan cegueras y sesgos epistémicos que suelen ser conservadores, antes que disruptivos.

No obstante, en esta connotación específica, que la justicia esté politizada es una declaración verdadera, pero en cierto modo trivial, ya que la dimensión pública de la función judicial es ineludible; está siempre presente, de una manera u otra. Que sea más o menos reflexiva dependerá de los diseños institucionales.

En la medida que los tribunales disponen de mayores competencias y son cada vez más los escenarios de adjudicación judicial que trascienden conflictos simples entre particulares afectando poderes fácticos, una idea más fuerte de “politización judicial” está presente siempre como un fantasma, sospechosamente, en cualquier fallo. Si no se toma distancia crítica de la propia función y se pretende que ella se agota en la actividad mecánica de aplicar reglas deductiva y gramaticalmente, o mediante parámetros de interpretación objetivos los tribunales estarán desempeñando un rol también politizado, pero ideologizado en el sentido de Bobbio o Villoro antes señalado.

Esto no significa, sin embargo, que el activismo judicial consciente sea siempre emancipador como observa Christian Courtis<sup>16</sup> con varios ejemplos de resoluciones en direcciones opuestas: tribunales deferentes con poderes políticos progresistas (período de la Corte Warren en USA para la desegregación racial); tribunales deferentes con poderes políticos conservadores (el caso más

---

<sup>15</sup> VILLORO, Luis, *El concepto de ideología y otros ensayos*, México, FCE, 1985.

<sup>16</sup> COURTIS, Christian, “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Cortes, jueces y política*, México, Fontamara, 2007.

recurrente en América Latina anterior a las transiciones democráticas); tribunales activistas con poderes progresistas (período Lochner también en USA contra la regulación de economía y trabajo para proteger la propiedad y la libertad contractual); o tribunales activistas con poderes conservadores (la Corte Argentina a favor de derechos sociales: seguridad social, etc.). De manera que desde un punto de vista normativo lo que se debe averiguar es la calidad, publicidad y transparencia de las razones y la argumentación sustantiva de las sentencias. En esto se juega la legitimidad de la actuación judicial. Más allá del diseño institucional dichas razones permiten apreciar la independencia de criterio y la imparcialidad. Con esta mirada, como sugiere Jorge Malem Seña<sup>17</sup>, se pueden conjurar ciertos peligros de politizar la justicia: importaría poco tener malas juezas y jueces siempre que existan adecuadas instituciones, deliberación incluyente y una esfera pública robusta.

La politización de la justicia en el sentido habitual y más intuitivo de la expresión, que sí implica una injusticia consistiría en que los tribunales alineen sus intereses de manera partidaria con los actores del sistema político, renunciando a la imparcialidad. También puede significar que juezas y jueces se miren a sí mismos como un grupo social privilegiado y se organicen corporativamente para cuidar las condiciones que les benefician. Ambas posibilidades solo se pueden verificar a posteriori, de manera casuista, y no existe una forma de vacunarse contra ellas. Los poderes políticos, económicos y sociales siempre están al acecho para cooptar a la judicatura y adueñarse de su legitimidad.

Para Ran Hirschl<sup>18</sup>, empero, este uso corriente e indiscriminado del término “judicialización de la política” es menos riguroso, ya que incluye por igual activismo judicial, jurisprudencia de derechos, compromisos judiciales, y politización de la justicia *stricto sensu*, lo que conlleva la tendencia de las cortes a usar razo-

<sup>17</sup> MALEM SEÑA, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa*, núm. 24, pp. 379-403.

<sup>18</sup> HIRSCHL, Ran, “The Judicialization of Politics”, *op. cit.*

namientos morales y abiertamente políticos más que legales, que arriesgan a menudo la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

### III. CAUSAS Y RUMBOS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Entre las condiciones antecedentes del fenómeno de judicialización de la política cabe destacar las siguientes: 1) la “revolución de los derechos”<sup>19</sup> que se puede considerar como una “última utopía”<sup>20</sup> asociada a cambios en la sociedad civil y los nuevos movimientos sociales como género y diversidad sexual; o minorías raciales, étnicas y religiosas, que han descubierto la importancia de usar los derechos en sus reclamos; 2) la internacionalización del derecho y el surgimiento de un espacio público global que ha estabilizado tras la segunda guerra mundial el lenguaje de los derechos como una práctica social plural de emancipación<sup>21</sup>; 3) las transiciones democráticas con sus procesos de reforma para fortalecer el Estado de derecho a través de tribunales, instancias de transparencia y rendición de cuentas; aunque también se verifican

<sup>19</sup> EPP, Charles R., *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, The University of Chicago Press, 1998.

<sup>20</sup> MOYN, Samuel, *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

<sup>21</sup> BEITZ, Charles R., *La idea de los derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2012; VON BOGDANDY, Armin, *Por un derecho común para América Latina: cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020; VON BOGDANDY, Armin y VENZKE, Ingo, *¿En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016; Kathryn SIKKINK, *Razones para la esperanza: la legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018; DE SOUSA SANTOS Boaventura y SENA MARTINS, Bruno, *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Ciudad de México, Akal, 2020.

procesos reaccionarios como en Venezuela con Chávez y Maduro, o Perú con Fujimori; y 4) la crisis y el cambio gradual pero consistente de paradigma del Estado legal al constitucionalismo<sup>22</sup>.

Los procesos de judicialización de la política pueden ocurrir en varias direcciones: “desde arriba” como Colombia y México, a través de los medios de control concentrado de constitucionalidad; “desde abajo” como Argentina a través de una judicatura que es internamente independiente de sus órganos supremos, y ha logrado importantes victorias sobre derechos sociales mediante el control difuso de la legalidad ordinaria; o “desde afuera”, como México también ante condenas de los tribunales internacionales -Corte Interamericana de Derechos Humanos- en casos de violencia de género, fuero militar y candidaturas independientes<sup>23</sup>. En todos estos asuntos, pero sobre todo en la judicialización desde abajo y desde afuera, las organizaciones y redes de la sociedad civil y abogados activistas mediante el litigio estratégico y estructural han jugado un papel de primera importancia.

Tales procesos, sin embargo, presentan diferentes grados de desarrollo y cumplimiento. En América Latina, Gargarella<sup>24</sup>; ha llamado la atención sobre la generosidad de los catálogos de derechos humanos, pero cuya satisfacción no se ha universalizado a toda la población. Este defecto se debe entre otras cosas a la

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018; SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, FCE, 2006; CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

<sup>23</sup> SIEDER, Rachel, Line SCHJOLDEN y Allan ANGEL (eds), *La judicialización de la política en América Latina*, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>24</sup> GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014; GARGARELLA, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020.

ausencia de reflexión sobre las instancias garantes y los órganos del poder, los mecanismos de control, distribución de competencias y rendición de cuentas horizontales o verticales. En esta tarea los tribunales deben desempeñar un rol fundamental, aunque Gargarella no estima que deban tener la última palabra en los asuntos políticos más controvertidos. Se trata de pensar la “sala de máquinas” de las constituciones de modo que en el diálogo entre órganos y actores políticos se propicie espacios deliberativos que sean igualitarios, incluyentes y libres. En contra del optimismo habitual sobre la labor judicial, se ha señalado también el déficit de eficacia de sus sentencias, que puede llegar a tornarse en una crisis de legitimidad debida a las altas expectativas que las constituciones despiertan y que el activismo alimenta<sup>25</sup>.

Esta sobrecarga normativa puede darse de manera deliberada y perversa, cuando los actores políticos, gobierno u oposición, emplean la arena judicial para eludir tratar asuntos impopulares y socialmente conflictivos, cuyos costos electorales nadie quiere afrontar. La polarización antes mencionada, que se puede deber a desacuerdos profundos y radicales, se pasa del órgano político de la representación a los tribunales y sus consecuencias son múltiples. En efecto, los conflictos son susceptibles de desactivarse provisionalmente, pero sin soluciones efectivas al mudar del lenguaje social y político al legal. La solución jurídica de un problema no es lo mismo que su solución real. Piénsese el caso de las consultas indígenas y los derechos de propiedad; los movimientos y asociaciones de deudores; la impunidad en la crisis de inseguridad y violencia de la región; o los trabajadores ante la precarización del

---

<sup>25</sup> LANGFORD, Malcolm, César RODRÍGUEZ GARAVITO y Julieta ROSSI (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa por su cumplimiento*, Bogotá, DeJusticia, 2017; GARGARELLA, Roberto, Pilar DOMINGO y Theunis ROUX (eds.), *Courts and Social Transformations in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor*, Ashgate, 2006; ARANGO, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y su práctica en América Latina*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétarom 2016.

empleo, salario y seguridad social, donde los parlamentos y los gobiernos son omisos en la provisión de leyes y políticas públicas. Es lo que Hirschl refiere como los temas de la meta-política: conflictos electorales; identidad colectiva y construcción nacional; justicia transicional y restaurativa; prerrogativas de la rama ejecutiva del gobierno en asuntos internacionales, de política tributaria, macroeconómica o seguridad nacional; o reparto de competencias entre órganos, o entre poderes centrales o federales<sup>26</sup>. Son escasos los recursos del poder judicial en este tipo de cuestiones para su efectiva resolución. Acudir más a los tribunales no quiere decir en automático que exista un Estado justo y democrático, porque puede ocurrir también lo contrario: que la ciudadanía sea más consciente frente a los abusos y la concentración del poder estatal, la denegación de derechos, la exclusión de la oposición política o las distintas formas de violencia policial o militar.

En América Latina, como indican Zaffaroni<sup>27</sup> y O'Donnell<sup>28</sup>, se percibe la tendencia a una ampliación de poderes ejecutivos especiales, gobiernos delegados o por decreto que normalizan la excepción y el estado de emergencia. Por lo tanto, al analizar los procesos de democratización, persisten problemas para que ocurra una completa judicialización de la vida social, y de la política en particular. Todavía hay muchas “zonas marrones” o “grises” donde el derecho aún no rige eficazmente. Además de los gobiernos autoritarios, se trata también de territorios donde el Estado no alcanza a imponer orden y se está a expensas de los poderes fácticos. Estos van desde el entorno rural, territorios indígenas, hasta zonas urbanas o de frontera que son presas de la inseguridad, ya que están controladas por guerrillas, pandillas y crimen organizado. Es menester pensar las condiciones de la agencia personal, los

<sup>26</sup> HIRSCHL, Ran, “The Judicialization of Politics”, *op. cit.*

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, *op. cit.*

<sup>28</sup> O'DONNELL, Guillermo, “Democracia delegativa”, en *Journal of Democracy en Español*, num. I, pp. 7-13.

circuitos en los que esta circula en el propósito de incidir sobre los mecanismos del Estado, en el gobierno, la burocracia y el régimen político<sup>29</sup>.

A este déficit institucional de los Estados latinoamericanos se debe añadir la crisis estructural de desigualdad y pobreza de grandes grupos de población, que sufren injusticia de muchas formas: como dominación, explotación, marginación, exclusión, discriminación y violencia. El acceso a una ciudadanía de derechos y con bienestar es inequitativo, y se halla sesgado contra las mujeres, pueblos indígenas y tribales, por cuestiones étnicas y raciales, migración interna y externa, etc. Cabe por tanto esperar que la judicialización de la política y el acceso a la justicia sean medios más eficaces para la inclusión de todas las personas con la misma consideración y respeto<sup>30</sup>. En México, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha publicado protocolos o guías de actuación para varios grupos en situación de discriminación. En la argumentación judicial los prejuicios como cegueras y sesgos epistémicos se verifican como injusticias debido a su sistematicidad; no son sucesos fortuitos, sino reflejan ideologías profundamente arraigadas. A este respecto, resulta de gran interés como campo de estudio nuevo las injusticias epistémicas<sup>31</sup>. Una teoría adecuada de la discriminación es indispensable para visibilizar lo que nos hace falta<sup>32</sup>. Muchos temas que desde el punto de

---

<sup>29</sup> O'DONNELL, Guillermo, *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.

<sup>30</sup> SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

<sup>31</sup> FRICKER, Miranda, *El poder y la ética del conocimiento*, Barcelona, Herder, 2017; MEDINA, José, *The Epistemology of Resistance. Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*, Oxford University Press, 2013; BRONCANO, Fernando, *Conocimiento expropiado. Una epistemología política en una democracia radical*, Madrid, Akal, 2020.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Un marco teórico para la discriminación*, Ciudad de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006; Ro-

vista público son ignorados, han salido a la luz con las luchas del feminismo y otros colectivos. Existen prejuicios que afectan las mejores motivaciones.

Con todas estas prevenciones la judicialización de la política parece un fenómeno positivo que podría propiciar mayor prudencia y reflexividad frente a los excesos habituales de la política y el gobierno por su tendencia natural a concentrar poder y restringir espacios de libertad<sup>33</sup>. De sus fines destacan una mayor inclusión social y una reducción de la inequidad económica; la consolidación del ideal de ciudadanía; la apuesta por el Estado de derecho ante la discrecionalidad de la administración observada por Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule<sup>34</sup>. Recuérdese que también O'Donnell prevenía de la dinámica delegativa a los poderes ejecutivos en las democracias presidencialistas latinoamericanas. Dada su configuración institucional y lo pautado de sus procesos dialógicos en el Estado constitucional la judicatura se erige como una garantía de los derechos: según Ferrajoli<sup>35</sup> vigilaría la esfera de lo no decidible, viendo por los más débiles, y según Ernesto Garzón Valdés<sup>36</sup> la integridad del coto vedado.

---

DRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Iguals y diferentes: la discriminación y los retos de la democracia incluyente*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

<sup>33</sup> ANSOLABEHERE, Karina. “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>34</sup> SUNSTEIN, Cass R. y Adrian VERMEULE, *Law and Leviathan. Redeeming the Administrative State*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, p. 54.

<sup>36</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa*, núm. 6, pp. 209-2013.

#### IV. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y DELIBERATIVA COMO MARCO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

En el debate contemporáneo la judicialización de la política se puede asociar a las reflexiones de la democracia deliberativa<sup>37</sup>, contra las interpretaciones reducidas de la democracia representativa, competitiva y mayoritaria<sup>38</sup>. La versión de democracia semejante al mercado<sup>39</sup> insinúa que el régimen político es neutral en sus contenidos y que las mayorías electorales están autorizadas a convertir sus intereses en leyes y políticas, cualesquiera que sean. El problema es que en Estados constitucionales todas las decisiones deben ser justificadas con buenas razones. La constitución es un acuerdo básico que enmarca la vida pública de la sociedad. Implica cooperación y no una pura negociación de intereses.

Un riesgo del modelo deliberativo, empero, es que la democracia comprometa su espíritu participativo e inclusividad, dado que los tribunales son órganos no electos y operan como instancias contramayoritarias, pueden devenir instituciones elitistas. Debido al pluralismo siempre caben conflictos de derechos, desacuerdos sobre sus alcances porque no existen criterios interpretativos indisputables<sup>40</sup>. Para varios autores el sistema político y el espacio abierto de la opinión pública son los lugares idóneos para procesar estos asuntos y por eso la participación popular no se debe soslayar<sup>41</sup>. Esta crítica no implica que los tribunales sean refractarios al interés general o inca-

<sup>37</sup> NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

<sup>38</sup> SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia. 2 vols.*, Barcelona, Folio 1996.

<sup>39</sup> DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row Publishers, 1957.

<sup>40</sup> WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

<sup>41</sup> GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, 1996; GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON, *Why Deliberative Democracy*, Princeton University Press, 2004.

paces de procesar asuntos de esta naturaleza: bien comprendidas las cortes pueden ser escenario de fácil acceso de personas, minorías y grupos desaventajados para realizar reclamos que la competencia en sede política difícilmente concedería<sup>42</sup>.

Una perspectiva optimista y amplia sobre la judicialización de la política puede llevar a identificar novedosos movimientos de reconocimiento y defensa de derechos. De modo especial se debe destacar la violencia doméstica, laboral y sexual. Con ello se da cuenta de la transformación del papel público y la ciudadanización del género, respondiendo a la fórmula empleada por el feminismo acerca de que “lo personal es político”, y visibilizando la imbricación de la esfera productiva con la reproductiva y de los cuidados. El acceso a la justicia de causas sociales antes ignoradas o tenidas por perdidas se aprecia en la constitucionalización del derecho familiar, empresarial, laboral o del régimen de propiedad. Como derecho básico el acceso a la justicia revela su importancia política como derecho procedimental de equidad participativa, más allá de los ideales de justicia redistributiva o del reconocimiento<sup>43</sup>. Sirve como “derecho llave” para reclamar todo tipo de derechos. Su función es sujetar a los órganos estatales para que pronuncien una respuesta a cualquier demanda del espacio público, sea individual o colectiva. Aunque este derecho no implica que la solución estatal sea favorable a todas esas demandas, no obstante, inquiera por una justificación pública: razones que estén disponibles para todos los actores. Juzgar es un específico tipo de acción política, una forma de articular el interés general tal como se relaciona con un caso particular<sup>44</sup>.

En este sentido se pueden interpretar los mecanismos de consulta indígenas y tribales; o los movimientos ambientales y antica-

---

<sup>42</sup> ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 31-47.

<sup>43</sup> FRASER, Nancy, *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.

<sup>44</sup> ARENDT, Hannah, *Conferencias sobre filosofía política de Kant*, Buenos Aires, Paidós, 2003.

pitalistas. Empero, no se puede ser ingenuo, ya que, en la dirección contraria, en el ámbito global se trata de expropiar a los Estados nacionales las competencias para tratar estos temas. La presión de las agencias internacionales como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional o Banco Interamericano de Desarrollo apunta a ajustar los sistemas de justicia estatales y cerrarles el paso con la conformación de instancias arbitrales comerciales en Londres, Ginebra o Nueva York<sup>45</sup>. Como bien alerta O'Donnell<sup>46</sup> antes de pronunciarse acerca del carácter positivo o negativo de la judicialización debe averiguarse dónde se está llevando a cabo y dónde no; o sea, qué tipo de derechos llegan -y se resuelven- en los tribunales; quiénes los litigan; si existe o no movilización legal y social más amplia alrededor de sus pretensiones; si hay grupos sin acceso a las vías legales de protección; o si hay asuntos y temas que están vetados al conocimiento judicial.

En la concepción dualista de las constituciones de Bruce Ackerman<sup>47</sup> hay momentos en los que no caben dudas del significado de la constitución y sus normas, y otros donde éstas son problematizadas dando lugar a crisis o cambios constitucionales; sea con la expedición de normas nuevas o con una interpretación que no requiera modificar los textos. Este enfoque recuerda a Fraser<sup>48</sup> cuando se refiere a las circunstancias de justicia “normal” o “anormal” en las que ocurren los cambios de paradigmas públicos. La judicialización de la política es un problema si se debaten desacuerdos profundos persistentes, o valores esenciales cuyo núcleo normativo no está claramente definido.

En todo caso, es verdad que pensar la judicialización de la política exige visibilizar a los tribunales como actores que desempeñan

---

<sup>45</sup> SIEDER, Rachel, Line SCHJOLDEN y Allan ANGEL (eds), *La judicialización de la política en América Latina*, op. cit.; VON BOGDANDY, Armin e Ingo VENZKE, *¿En nombre de quién?*, op.cit.

<sup>46</sup> O'DONNELL, Guillermo, “Epílogo”, op. cit., pp. 356-357.

<sup>47</sup> ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1991.

<sup>48</sup> FRASER, Nancy, *Escalas de justicia*, op. cit., pp. 97-98.

tareas políticas, cuyas decisiones respaldadas por la coacción estatal deben ser controladas por las personas. Las cortes deben ser conscientes de su papel como guardias de la constitución, como observadores en el rol de tercera persona; y como participantes en segunda persona de los debates amplios de la opinión pública, al nivel de los ciudadanos<sup>49</sup>. En esta mirada reflexiva de sus roles constitutivos no se puede eludir revisar su proveniencia (forma de selección y elección, extracción de clase, impacto de las sentencias, carácter incluyente o excluyente de su organización, etcétera).

Tal vez la crítica más dura contra la judicialización de la política esté relacionada con estas cuestiones que se dan por descontadas como si no fueran relevantes; como si de facto los tribunales no pudieran ser impugnados en su legitimidad de origen o de ejercicio. Juezas y jueces deben hacerse cargo frente a las personas de sus decisiones jurídicas, ya que también son públicas-políticas. Esto no significa que deban reaccionar simplemente a la contingencia de dicha opinión pública, pero sí mantener una escucha atenta y crítica a sus intervenciones.

En resumen, la judicialización de la política extrae sus bondades de que sea resultado de un proceso deliberado, reflexivo y consciente de organizar la judicatura como un poder u órgano que amplifica o reverbera la conversación democrática entre todos los actores políticos; sobre todo con perspectiva incluyente. En términos de Robert Dahl<sup>50</sup>, que sea escenario de amplia participación, en un sentido igualitario, para que nadie quede afuera; y también de respeto y cuidado para la oposición en un sentido liberal político, no egoísta, sino que tenga en cuenta las voces plurales, hasta las protestas disidentes y más radicales<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> PEREDA, Carlos, "Filosofía en primera, en segunda y en tercera persona", *Open Insight*, Vol. III, núm. 4, 2012, pp. 145-159.

<sup>50</sup> DAHL, Robert A., *La Poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1989.

<sup>51</sup> GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005.