RACHEL
SIEDER
LINE
SCHJOLDEN
ALAN
ANGELL
EDITORES

# LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 978-958-710-130-8

© 2008, RACHEL SIEDER, LINE SCHJOLDEN, ALAN ANGELL (EDS.)
© 2008, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición en español: octubre de 2008

Diseño de carátula y composición: Departamento de Publicaciones
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
*Printed in Colombia*

Versión original: *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Press, New York, 2005.

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

PREFACIO 7

INTRODUCCIÓN
*Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell* 11

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA:
EL CAMBIO DEL PAPEL POLÍTICO DEL SISTEMA JUDICIAL EN MÉXICO
*Pilar Domingo* 37

CAMBIO DE DINÁMICA:
EL IMPACTO POLÍTICO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA
*Bruce M. Wilson* 69

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN COLOMBIA:
LO VIEJO Y LO NUEVO
*Manuel José Cepeda Espinosa* 93

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CHILENA:
LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS QUE NUNCA FUE
*Javier A. Couso* 131

JUDICIALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL RÉGIMEN:
LA CORTE SUPREMA VENEZOLANA
*Rogelio Pérez Perdomo* 161

PETICIÓN Y CREACIÓN DE DERECHOS:
LA JUDICIALIZACIÓN EN ARGENTINA
*Catalina Smulovitz* 193

INSTITUCIONES COMUNITARIAS DE JUSTICIA Y JUDICIALIZACIÓN:
LECCIONES DE PERÚ RURAL
*Julio Faundez* 223

CONFLICTOS PRIVADOS, PODERES PÚBLICOS:
VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LOS TRIBUNALES DE AMÉRICA LATINA
*Fiona Macaulay* 251

CONSTITUCIONALISMO, EXPANSIÓN DE LA JUSTICIA
Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN BRASIL
*Rogério B. Arantes* 275

LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA
*Kathryn Sikkink* 313

EPÍLOGO
*Guillermo O'Donnell* 351

AUTORES 359

ÍNDICE ANALÍTICO 365

Un rasgo significativo de América Latina en las últimas dos décadas ha sido el protagonismo judicial, que ha conducido a una importante "judicialización" de la política, esto es, a que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido resueltos por el sistema político empiecen a ser decididos por los jueces. Dicha judicialización es empero un fenómeno complejo, que ha afectado de manera diversa a los distintos países, tanto en cuanto a la magnitud del proceso como a sus formas de desarrollo, sus lógicas e impactos.

Su intensidad ha sido distinta: en algunos países, como Argentina, Colombia o Costa Rica, ha sido muy importante, mientras que en otros, como Chile, México o Ecuador, ha sido relativamente débil, o incluso inexistente.

La forma de la judicialización no ha sido tampoco uniforme. En ciertos casos, como en Colombia, ha sido en gran medida una expresión del activismo relativamente autónomo de un tribunal específico, la corte constitucional. En cambio, en otros países, como Brasil, ha sido más bien obra de muchos jueces dispersos, al paso que en otras naciones, como Argentina, ha estado muy vinculada a formas de litigio masivo desarrolladas por los ciudadanos.

Los factores que la han impulsado no han sido tampoco siempre los mismos. En ciertos casos, las reformas constitucionales han tenido un impacto significativo en la judicialización de la política. Así, la adopción de nuevas constituciones generosas en derechos y en mecanismos judiciales de protección –como en Colombia o Brasil– ha tenido un peso decisivo en su desencadenamiento, pero en otros países –como en Costa Rica– ha ocurrido una importante judicialización de la política, por la labor de la sala constitucional de ese país, pero sin la adopción de una nueva constitución ni la incorporación de nuevos derechos en el texto constitucional. En otras naciones, como en Ecuador, la adopción de una nueva constitución, con una carta de derechos vigorosa y un nuevo tribunal constitucional, no condujo empero a ninguna forma significativa de judicialización de la política.

Eso muestra pues que las reformas constitucionales son una variable importante que se ha de considerar para explicar la judicialización pero no representan un elemento suficiente en la interpretación del fenómeno. En otros campos –como en la judicialización de la protección contra la violencia doméstica– han predominado otros factores muy distintos, independientes de la dinámica constitucional. Incluso, en ciertos aspectos, como la lucha contra la impunidad por las violaciones de derechos humanos, ciertas fuerzas transnacionales, como las ONGs de derechos

humanos y las propias transformaciones del derecho internacional de los derechos humanos, han tenido un impacto considerable.

La evaluación del impacto de la judicialización suscita también interrogantes. En ciertos casos, ha logrado amparar a poblaciones vulnerables, como ha sucedido con los enfermos de sida en varios países. La judicialización ha incrementado también los mecanismos horizontales de control sobre los gobiernos, según la conocida denominación de Guillermo O'Donnell, lo cual ha fortalecido una cultura de rendición de cuentas por las autoridades y de respeto a los derechos, todo lo cual es importante para la consolidación democrática en la región.

Sin embargo, los efectos de la judicialización no han sido siempre positivos. A veces, como en Venezuela, la judicialización de la política parece asociada a una problemática politización de la justicia, que podría debilitar el Estado de derecho. En ocasiones, la judicialización podría también haber sobrecargado al sistema judicial de tareas que parece difícil que pueda cumplir satisfactoriamente. En otros eventos, como en Colombia o Brasil, el protagonismo de ciertos jueces en la protección de los derechos se acompaña de un muy pobre desempeño general del sistema judicial en su conjunto.

Como vemos, la judicialización de la política en América Latina es un fenómeno importante y complejo. Sin embargo, a pesar de eso, hasta ahora no existían estudios sistemáticos que intentaran evaluar en qué ha consistido realmente la judicialización de la política en la región, cuáles son los factores que la han impulsado o si su impacto sobre el proceso de democratización ha sido realmente positivo o negativo.

Este libro editado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell llena en gran parte este vacío, pues combina reflexiones teóricas con estudios comparados sobre la judicialización de la política en América Latina.

El libro comprende el estudio de ocho casos nacionales: (i) el análisis por Pilar Domingo del cambio del papel del sistema judicial en México, que se encuentra vinculado a las reformas constitucionales de 1994 y 1996; (ii) el estudio de Bruce Wilson del considerable impacto que ha tenido la sala constitucional de Costa Rica, creada por la reforma de 1989, sobre la protección de los derechos y la dinámica política de ese país; (iii) la interpretación de Manuel José Cepeda sobre la justicia constitucional colombiana, en especial a partir de la promulgación de la constitución de 1991, que ha permitido un vigoroso activismo progresista de la corte constitucional; (iv) el análisis de Javier Couso del relativamente modesto papel jugado por el sistema judicial chileno en la dinámica política de ese país; (v) el estudio de Rogelio Pérez Perdomo de la compleja relación entre

el cambio de régimen político en Venezuela, asociado al Chavismo, y la transformación de la dinámica y composición de la corte suprema; (vi) la interpretación de Catalina Smulovitz sobre el impacto de las formas de litigio masivo que se han desarrollado en Argentina; (vii) el estudio de Julio Faundez sobre una forma peculiar de judicialización, que el autor denomina como "*soft judicialization*" o judicialización de baja intensidad, pero que algunos incluso tenderían a caracterizar más bien como una desjudicialización, que es la práctica de la justicia comunitaria en Perú; y, finalmente, (viii) el análisis de Rogelio Arantes sobre los factores institucionales –muy ligados a la constitución de 1988– y de cultura jurídica que han llevado en Brasil a una combinación de ineficacia del sistema judicial y activismo judicial extendido.

El libro también incluye dos capítulos, si se quiere, más temáticos, puesto que no están referidos específicamente a un país determinado sino que analizan ciertas formas y dinámicas de la judicialización en la región. De un lado, Fiona Macaulay estudia la evolución de la protección judicial contra la violencia doméstica, y aunque hace especial referencia al caso brasileño, analiza dinámicas más regionales. Por su parte, Kathryn Sikkink estudia, con el ejemplo de la lucha contra la impunidad, los posibles factores transnacionales que, generando estructuras de oportunidad, alimentan la judicialización de la política en la región.

Conviene destacar que los estudios son obras de especialistas en los temas, por lo cual son de notable calidad, combinando una muy buena presentación de cada caso nacional o temático, con una reflexión propia sobre los factores que impulsan la judicialización, y sus potencialidades y riesgos para la democracia.

Finalmente, el libro incluye dos apartes teóricos, que buscan extraer lecciones de los anteriores estudios de caso. De una parte, los compiladores realizan una notable introducción, en donde proponen un marco conceptual para interpretar esas evoluciones divergentes. Para ello construyen una tipología de formas de judicialización, distinguiendo por ejemplo entre judicializaciones desde arriba (como en Colombia pues estuvo impulsada desde la cúpula judicial por la corte constitucional), desde abajo (como en Argentina, pues estuvo dinamizada por el litigio masivo de los ciudadanos), e incluso desde fuera (como la lucha contra la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos, que estuvo fuertemente influida por la labor de las instancias internacionales de derechos humanos). Igualmente proponen una clasificación de los distintos factores que pueden alimentar la judicialización, como el diseño institucional del sistema judicial o los rasgos de la cultura jurídica. Finalmente, los compiladores discuten las potencialidades democráticas de la judicialización de la política, pero también analizan sus riesgos y limitaciones.

Por su parte, Guillermo O'Donnell realiza unas breves pero fecundas reflexiones finales sobre el tema. El autor llama la atención sobre la propia dinámica paradójica del fenómeno, pues si bien ha habido una judicialización de ciertos conflictos, lo cierto es que también ha habido una desjudicialización de muchos otros aspectos, debido a la desregulación de ciertas áreas de la vida social y a la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en la región. Igualmente O'Donnell propone una clasificación de buenas y malas judicializaciones, según que éstas realmente contribuyan o no a la consolidación del Estado de derecho y de la democracia en la región.

La anterior presentación es suficiente para mostrar que estamos frente a una obra que abre caminos importantes para un análisis riguroso de la judicialización en América Latina, por la diversidad de los temas y países analizados. Es cierto que la propia riqueza de las distintas contribuciones, que abordan diversos casos nacionales y estudian temáticas muy distintas, dificulta a veces las comparaciones entre países, pues los autores no plantean siempre las mismas preguntas. Por ello es difícil llegar a conclusiones globales sólidas sobre la judicialización a partir del análisis comparado. Sin embargo, incluso esa diversidad de enfoques y temas puede ser vista también como una gran fortaleza de este libro, ya que el lector encontrará perspectivas divergentes que pueden enriquecer la comprensión del complejo tema de la judicialización de la política en América Latina.

Rodrigo Uprimny
Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad "Dejusticia"
y profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

RACHEL SIEDER, LINE SCHJOLDEN Y ALAN ANGELL

# *Introducción*

Desde los años ochenta, los tribunales –cortes supremas, cortes constitucionales y tribunales inferiores– juegan un papel político cada vez más importante en América Latina. Esto ocurre no solamente en países que restablecieron la democracia después de períodos de prolongado dominio militar, sino también en países que escaparon al derrumbe de sus regímenes civiles (Colombia y Costa Rica) y en contextos de aguda crisis del régimen (Venezuela). Sería erróneo exagerar el contraste entre un poder judicial actualmente activista y uno anteriormente pasivo. Los tribunales han sido actores políticos importantes en algunos países durante períodos específicos del siglo XX, y han desempeñado papeles progresistas y conservadores. Por ejemplo, en la Argentina de comienzos del siglo XX, las decisiones judiciales selectivas ampliaron efectivamente los derechos de los trabajadores antes de que se aprobara una legislación laboral específica, mientras que, en Chile, la corte suprema cumplió un papel significativo en el bloqueo del proyecto de la Unidad Popular a comienzos de los años setenta[1].

Sin embargo, es indudable que ha habido un cambio notable en el carácter y en la naturaleza de la participación judicial en los asuntos políticos desde los años ochenta, y la creciente apelación a los tribunales es un rasgo notorio de las democracias contemporáneas de la región. Durante los años noventa, se hizo cada vez más importante el control judicial de la constitucionalidad, y en muchos países las cortes constitucionales y las cortes supremas son ahora más activas para contrabalancear el poder del ejecutivo y del congreso que en las épocas anteriores. Además, la debilidad de los derechos efectivos de la ciudadanía, la inseguridad y las dificultades generadas por las crisis económicas y el fracaso de las políticas neoliberales para aliviar la pobreza han llevado a que las personas del común recurran a los tribunales o a estructuras similares para lograr sus reivindicaciones y asegurar sus derechos. Las ONG y las redes de abogados activistas respaldan y promueven esos procesos de movilización legal. La globalización legal –la difusión transnacional de normas, instituciones y prácticas legales– desempeña sin duda un papel importante en estos desarrollos complejos y diversos[2]. La presión de agencias internacionales como el Banco Mundial, el FMI y el BID para que se reforme la justicia ha contribuido a dar a los tribunales una nueva preponderancia política.

---

1 Sobre Argentina, cfr. SCHJOLDEN (2002), y sobre Chile, NOVOA (1978).

2 Sobre la globalización legal, cfr. DEZALAY y GARTH (2002a, 2002b), SANTOS (1998), THOME (2000), TRUBEK et al. (1994), TWINING (2000).

Aunque es cierto que el poder judicial sigue siendo un instrumento para que la población afirme sus derechos y un medio para asegurar que los gobiernos y los políticos rindan cuentas, las causas y consecuencias de esta judicialización de la política no siempre son positivas para la democracia. La evidencia de América Latina indica que los derechos se afirman cada vez más en los tribunales de muchos países porque no son garantizados efectivamente por el ejecutivo o el legislativo. Esta tendencia a la "política judicializada" plantea problemas fundamentales con respecto al balance de poder adecuado y a las responsabilidades entre cuerpos representativos y elegidos, y miembros designados del poder judicial. Las cortes constitucionales toman un número cada vez mayor de decisiones importantes de interpretación constitucional, con profundas implicaciones para la naturaleza de la política y de las políticas públicas.

Además, en algunos casos, la creciente apelación a los tribunales por parte de diferentes actores sociales y políticos ha politizado al poder judicial y ha llevado a que los ejecutivos intenten debilitar su independencia. Como plantea Pilar Domingo (2004), la judicialización de la política es más probable donde la legitimidad del régimen está vinculada crecientemente a la capacidad de garantizar las promesas de derechos, el debido proceso y la rendición de cuentas. Este es cada vez más el caso de las democracias de América Latina posteriores a la transición. Aunque el Estado de derecho no depende únicamente del sistema judicial, sino de todo un conjunto de factores institucionales y sociales, si la población deposita esperanzas irreales en un sistema legal incapaz de suministrar justicia, es indudable que el nivel de desencanto con la democracia aumentara.

Este volumen analiza las diversas manifestaciones de la judicialización de la política en la América Latina contemporánea, y evalúa sus consecuencias positivas y negativas. Es un intento inicial de explorar un marco comparativo para reflexionar sobre la naturaleza y los efectos de la judicialización de la política, particularmente en términos de sus consecuencias para las democracias existentes en la región. Nuestro propósito es reflexionar sobre la interacción entre cambio institucional, cambio de las actitudes sociales y acciones ante los tribunales o instancias similares, y la naturaleza más amplia de la democracia latinoamericana en las décadas de 1990 y 2000.

## Judicialización de la política: hacia una definición

En los capítulos de este volumen se identifican las diferentes características de la judicialización. Algunos se refieren específicamente a la judicialización de la polí-

tica y otros a aspectos más generales de la judicialización, que pueden o no tener importancia política. Con respecto a la judicialización de la política, una dimensión claramente importante es que los jueces que llevan a cabo el control judicial de la constitucionalidad terminan elaborando o contribuyendo sustancialmente a la elaboración de la política pública, ampliando así el alcance de la "ley hecha por los jueces". Como argumentan Tate y Vallinder (1995), este tipo de judicialización es el proceso mediante el cual los tribunales y los jueces (normalmente las cortes superiores o las cortes constitucionales) llegan a elaborar o a dominar cada vez más la elaboración de políticas públicas que previamente eran elaboradas por otras agencias del gobierno, especialmente los parlamentos y los ejecutivos. Junto a esto, cuando se invocan argumentos legales en el proceso político como consecuencia de decisiones judiciales relevantes, los políticos llegan a estar más sintonizados con las acciones –o posibles acciones– del aparato judicial[3]. A este respecto, como subraya Manuel José Cepeda en su capítulo, ocurre un proceso dual mediante el cual los políticos se hacen más conscientes del poder de control constitucional del aparato judicial y éste, a través de las acciones de los jueces, moldea cada vez más las políticas sustantivas.

Sin embargo, la judicialización de la política no se presenta únicamente en el control judicial. Una definición más amplia de judicialización incluye la presencia cada vez mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social, y la creciente resolución en los tribunales de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad. Esto, a su vez, está ligado a un proceso mediante el cual una gama diversa de actores políticos y sociales percibe cada vez más la ventaja de invocar estrategias legales y recurrir a los tribunales para hacer valer sus intereses. En su capítulo, Javier Couso hace referencia a la noción de "judicialización que aumenta los derechos" de Charles Epp, mediante la cual los tribunales crean o amplían los derechos y las libertades civiles individuales existentes valiéndose del desarrollo de su jurisprudencia[4]. El marco de Epp tiene

---

3 El hecho de que muchos legisladores de América Latina tengan título de abogado puede llevar a que este uso de la argumentación legal sea más aceptable.

4 El análisis comparativo de Epp distingue el caso de Estados Unidos de América, donde se ampliaron los derechos constitucionales de propiedad y contratación mediante la interpretación judicial del derecho constitucional y de los estatutos en la segunda mitad del siglo xx para incluir la libertad de expresión, el libre ejercicio de la religión, la no discriminación y los derechos a la privacidad y al debido proceso (1998, 7).

gran atractivo para muchos activistas que adoptan estrategias de movilización legal para lograr sus reivindicaciones.

No toda la judicialización en América Latina aumenta los derechos, como muestra el examen de Couso del caso chileno. La movilización legal desde abajo no produce necesariamente un aparato judicial activista. A la inversa, también sucede que un mayor activismo de los tribunales no indica necesaria o automáticamente el fortalecimiento de los derechos individuales o de grupo: como argumenta el mismo Epp, es necesaria una confluencia de factores para respaldar una "revolución de los derechos". Los tribunales también pueden ser activos de maneras que no siempre mejoran la democracia: la defensa de los derechos de propiedad cuando están distribuidos en forma muy desigual empeora la equidad. En algunas regiones de un país, los tribunales pueden actuar para defender derechos. Pero en otras –las áreas que O'Donnell denomina "áreas marrones"– los tribunales pueden ser activos en la perpetuación del dominio de la élite local o incluso de la mafia. Esas tendencias pueden ser particularmente marcadas en los sistemas federales, donde los actores subnacionales pueden usar los tribunales estatales para anular o bloquear las decisiones nacionales.

El análisis de la "revolución de los derechos" de Epp se centra en la creación de nuevos derechos a través de la reinterpretación judicial de las constituciones existentes. Sin embargo, es debatible el grado en que el proceso de judicialización en América Latina se asocia a la creación de nuevos derechos. En muchos casos se centra en las demandas de cumplimiento de los derechos existentes allí donde esos derechos no se garantizan o hacen cumplir efectivamente en la práctica. Las transiciones a la democracia de los años ochenta centraron la atención de los grupos organizados, particularmente de izquierda, en el régimen de derecho y el valor de las garantías legales de los derechos civiles y políticos. En un cambio dramático en el pensamiento del izquierda desde el marxismo-leninismo doctrinario de los años setenta y ochenta, el régimen de derecho, el gobierno responsable y transparente, y la descentralización del poder se convirtieron en las nuevas consignas. De hecho, las demandas de los movimientos sociales durante el periodo autoritario se concentraron a menudo en la exigencia de que los Estados cumplieran sus obligaciones constitucionales y estatutarias de garantizar los derechos fundamentales.

Además, a diferencia de Estados Unidos (donde la constitución es breve y vaga), la tradición constitucional del derecho civil en América Latina es que las constituciones sean extensas y detalladas; aunque las garantías constitucionales han sido rutinariamente ignoradas en la práctica, a menudo han incorporado

amplios derechos ciudadanos, incluidos los derechos sociales y económicos. Las pautas contemporáneas de elaboración de las constituciones han favorecido la aprobación de cartas cada vez más extensas y detalladas. La constitución brasileña de 1988, por ejemplo, tenía inicialmente más de 1.855 disposiciones, lo que aumentó las expectativas de que esos derechos se garantizarían en la práctica, y no menos porque la constitución se basó en un amplio proceso de consulta popular. La judicialización puede abarcar la creación de nuevos derechos a través de la reinterpretación judicial de la constitución y los estatutos, o simplemente puede involucrar la aplicación más efectiva de los derechos existentes y codificados. En otros casos, como señala Catalina Smulovitz, la movilización legal de ciertos individuos o grupos puede representar reivindicaciones de derechos que aún no son reconocidos como tales para que *se vuelvan* legales.

Es claro que los procesos de judicialización de la política pueden ser dirigidos "desde arriba", "desde abajo" o incluso, al menos en parte, "desde el extranjero". Desde arriba son dirigidos por actores de élite, normalmente por jueces de la corte constitucional o de la corte suprema que se oponen a la constitucionalidad de ciertas leyes o prácticas del gobierno, o por políticos que pueden recurrir al control judicial de la constitucionalidad para tratar de bloquear o modificar ciertas políticas. Otra forma de judicialización de la política de "arriba hacia abajo" es la que es alentada por los procesos de reforma institucional, como la creación de cortes constitucionales o las medidas para aumentar la independencia del poder judicial, tal la creación de consejos judiciales para controlar el nombramiento y la promoción de los jueces. Esos cambios institucionales se implementaron en muchos países de América Latina luego de la transición del gobierno autoritario de los años ochenta o, en otros (Costa Rica, Colombia), como parte de los esfuerzos para profundizar y fortalecer las democracias electorales existentes, en los años noventa. Y a las nuevas instituciones se les dio libertad para ser activas mediante la promulgación de nuevas constituciones –en Brasil y Colombia, por ej.– con un compromiso muy amplio con una enorme cantidad de derechos sociales y económicos. En contraste, los procesos de judicialización de la política "desde abajo" ocurren cuando ciertos sectores de la sociedad adquieren mayor conciencia de sus derechos y títulos legales, y cuando los ciudadanos adoptan estrategias de movilización para presionar por sus reivindicaciones a través de los tribunales para defender los derechos existentes o usan discursos legales para promover nuevos derechos que aún no están protegidos o codificados en la ley.

Evidentemente, la difusión de discursos legales y normas y procedimientos legalistas en diversas esferas y foros es una característica general de la judiciali-

zación. TATE y VALLINDER (1995) se refieren a esto como el proceso por el cual los foros de negociación no judicial y toma de decisiones llegan a ser dominados por normas y procedimientos cuasijudiciales (legalistas). Los asuntos que anteriormente se negociaban de manera informal –o no judicial– gradualmente llegan a estar dominados por normas legales (un proceso evidente, por ej., en algunos sistemas no estatales de justicia que examina JULIO FAUNDEZ en su capítulo). Los disparadores de la judicialización de la política rara vez provienen únicamente "del extranjero", como muestra el capítulo de KATHRYN SIKKINK, los procesos nacionales de judicialización suelen desarrollarse junto a cambios extraterritoriales, como los avances en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, la presentación de casos en los tribunales de un tercer país o el activismo transnacional de las ONG.

Es difícil distinguir la "judicialización de la política desde arriba" de la "judicialización de la política desde abajo" (o "desde el extranjero"). Como ilustran los casos que se discuten en este volumen, los disparadores de la movilización legal son múltiples y a menudo interdependientes; una judicatura más activista en defensa de los derechos, por ejemplo, tiende a alentar a otros grupos para que presenten sus demandas en los tribunales. No obstante, la judicialización de la política también se puede presentar en ausencia de una amplia movilización social y conciencia de los derechos, como muestra el caso de Costa Rica que examina BRUCE WILSON.

La creciente apelación a los tribunales parece ser una característica de las democracias contemporáneas de América Latina, pero ¿qué nos dice la creciente apelación a los tribunales o el mayor activismo de los jueces? Como se señaló antes, el activismo judicial puede llevar a la judicialización de la política, cuando la elaboración de las leyes y la implementación de las políticas públicas se desplazan cada vez más de las ramas ejecutiva y legislativa hacia la judicial. Diversos actores pueden iniciar este tipo de judicialización, entre ellos los partidos de oposición, en particular los que están en minoría en el parlamento, que pueden usar las vías legales para tratar de bloquear ciertas políticas, por ejemplo, cuestionando la constitucionalidad de una iniciativa particular del gobierno (una dinámica común en Brasil y Costa Rica, como demuestran en este volumen ROGÉRIO ARANTES y BRUCE WILSON, respectivamente).

Las presiones sobre los tribunales para que tomen decisiones políticas pueden provenir del gobierno y de la oposición. Venezuela presenta un caso inusualmente agudo de conflicto político entre el gobierno y la oposición, donde el gobierno de HUGO CHÁVEZ FRÍAS ha intentado dominar a los tribunales y la oposición ha recu-

rrido al uso de medios legales para oponerse al gobierno, como relata el capítulo de Rogelio Pérez Perdomo. En este caso se trata de algo más que un conjunto de demandas de reconocimiento de derechos. Es, más bien, un conflicto fundamental y amargo sobre la legitimidad del gobierno y del orden político que surgió con la revolución de Chávez. Ambas partes del conflicto buscan la legitimidad que proviene del reconocimiento de la corte suprema de la justicia de una u otra de las fuerzas en conflicto, y del reconocimiento o no reconocimiento de la validez legal de los resultados electorales. La centralidad de la aprobación legal en este conflicto pone de relieve otra dimensión de la judicialización de la política, una dimensión que muy bien se puede repetir en otros sistemas políticos que enfrentan crisis sistémicas a la escala de Venezuela. Se puede ver también como otra de las maneras a través de las cuales las instituciones representativas del gobierno abdican su responsabilidad de resolver los conflictos políticos transfiriéndolos a la arena legal.

Sin embargo, no son únicamente los gobiernos nacionales los que terminan dependiendo de los tribunales para resolver los conflictos institucionales, sino también los niveles subnacionales del gobierno, que han llegado a ser cada vez más importantes en los últimos años a medida que la descentralización política ha dado mayor representación a las instituciones y actores subnacionales. Dentro de estructuras federales, los gobiernos estatales o provinciales a menudo pueden desafiar al gobierno federal a través de los tribunales; esta es una característica notable de la redefinición del pacto federal en México durante la prolongada transición democrática de ese país, como señala Pilar Domingo en su capítulo, y también ha sido importante en el caso de Brasil, que analiza Rogério Arantes.

Bien sea complementaria o independiente de la judicialización de la política desde arriba impulsada por actores de élite, es una judicialización de la política desde abajo. Los movimientos sociales pueden tratar de lograr compromisos del gobierno para que suministre cierto tipo de servicios, por ejemplo, para que subsidie la atención médica a los pacientes de VIH, apelando al sistema judicial con miras a defender los derechos constitucionales de ciertos grupos o individuos (en este caso, el derecho a la vida)[5]. El capítulo de Catalina Smulovitz describe el proceso mediante el que miles de argentinos trataron de asegurar su derecho a una

---

5 En Argentina, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ganó recientemente un caso ante el tribunal federal de Buenos Aires en el que defendía el derecho al tratamiento de los pacientes de VIH. Cfr. [http://www.cels.org.ar].

pensión o a tener acceso a sus ahorros apelando al poder judicial para proteger sus derechos constitucionales. Así mismo, las luchas de las organizaciones indígenas de América Latina para que los gobiernos implementen políticas que cumplan sus obligaciones internacionales y constitucionales de defender sus derechos colectivos a menudo han incluido una dimensión legal. Un amplio número de ONG de América Latina han adoptado dichas estrategias de movilización legal y litigación estratégica, y actualmente se comparten los conocimientos y las estrategias a nivel transnacional. De hecho, la difusión transnacional de información está respaldada por agencias internacionales no gubernamentales, como la Fundación Ford, lo que indica la importancia de los factores internacionales en la explicación de los procesos de judicialización[6].

Cualquiera que sea la agencia específica que desencadena la judicialización de la política, parece que en contraste con la noción tradicional de que los tribunales de América Latina han adherido históricamente a la interpretación y aplicación formales de la ley elaborada por el legislador, los tribunales de América Latina hoy *hacen* cada vez más leyes y los ciudadanos recurren cada además a los tribunales para resolver problemas que antes estaban reservados a la esfera política. Para el observador casual, puede parecer que el poder judicial está desplazando al poder político como medio de mediación política y de formulación de leyes, aunque paradójicamente los tribunales generalmente comparten una baja posición en las encuestas de opinión, junto con los partidos y los congresos (si bien es difícil saber si este es un veredicto específico sobre los tribunales o el reflejo de un rechazo más general de las instituciones del Estado). Pero no obstante los tribunales tengan una baja popularidad, parece estar aumentando la apelación de muchos ciudadanos a la ley, en defensa de sus derechos.

Otras formas de judicialización –como la mayor concurrencia de las mujeres a los tribunales para tratar de obtener protección y compensación en casos de violencia doméstica (que FIONA MACAULAY examina en su capítulo sobre Brasil) o las crecientes demandas para proteger los derechos de los consumidores– pueden representar no tanto una judicialización de la política, entendida como las demandas contra el gobierno que se entablan en los tribunales, como una judicialización de las relaciones sociales. Esto no es del todo novedoso; por ejemplo, las mujeres de América Latina han recurrido a los tribunales para impugnar las desiguales relaciones de género dentro de la familia y la sociedad desde el periodo colonial. No obstante, la trans-

---

6 Cfr. Ford Foundation (2000).

nacionalización de ciertos discursos sobre los derechos en la última parte del siglo XX ha favorecido una creciente judicialización transnacionalizada de la vida social. A veces esta puede estar ligada a estrategias políticas más amplias, como cuando los movimientos sociales de las mujeres ejercen presión sobre los gobiernos para que reformen las leyes relacionadas con la violencia doméstica. Pero éste no es siempre el caso; la judicialización de las relaciones sociales puede tener poco impacto directo sobre la política y específicamente sobre los asuntos del gobierno, aún cuando su impacto dentro de la sociedad sea considerable. En vez de dar por sentado que la judicialización de las relaciones sociales lleve automáticamente a la judicialización de la política, GUILLERMO O'DONNELL sugiere en su epílogo que consideremos la judicialización de la política como *parte* del fenómeno más amplio de la judicialización y la juridización de las relaciones sociales en su conjunto.

Otra ilustración de la compleja relación entre derecho y política es el examen de los sistemas no estatales de justicia de JULIO FAUNDEZ, donde se aclara que los pueblos y comunidades indígenas siempre han recurrido a formas de regulación y resolución de disputas externas al sistema formal de tribunales. Él argumenta que, en estas comunidades, la distinción entre derecho y política es artificial en varios sentidos; el propósito común es la creación de un sistema general de gobernanza viable. En muchas zonas de América Latina, estas formas cuasijudiciales siguen teniendo poca importancia directa en la política nacional. Pero la tendencia actual a reconocer e incorporar esos sistemas no estatales de justicia en el aparato administrativo y legal del Estado está llevando cada vez más a un traslape entre sistemas no estatales de justicia y tribunales, lo que su vez modifica el carácter de la gobernanza y de la política en América Latina. Queda abierta la pregunta de la medida en que esos cambios dan o quitan poder a estas comunidades y electores, así como la pregunta de cuánto aportan o restan los sistemas informales a la calidad total de la democracia[7].

En suma, el fenómeno contemporáneo de judicialización que se examina en este volumen es amplio y ciertamente no está limitado a la esfera del control judicial de la constitucionalidad. Abarca un extenso conjunto de instituciones y actores, y puede o no tener consecuencias sobre el sistema político en general. De hecho, una de las preguntas que consideran los diferentes autores es precisamente la del significado político general de la judicialización. GUILLERMO O'DONNELL centra nuestra atención en las cuestiones normativas y en los resultados, y se

---

7 Para una provechosa discusión, cfr. VAN COTT (2003).

pregunta en qué medida la judicialización es buena o mala para la democracia, la gobernanza y la ciudadanía en la América Latina de hoy en día. Este es un problema muy complejo: la judicialización puede ser buena para ciertos grupos, por ejemplo, otorgando garantías específicas para que los recursos del gobierno se destinen a un conjunto particular de demandas, pero mala para la gobernanza en su conjunto; verbigracia, lleva a una presión fiscal creciente sobre un Estado carente de recursos o a la imposibilidad de que los gobiernos democráticamente elegidos definan las prioridades presupuestales. La decisión de insistir en ciertos derechos de salud, por ejemplo, tiene grandes implicaciones fiscales y puede ir en detrimento de gobiernos duramente presionados que tratan de reducir los déficit fiscales. Estos desarrollos pueden ser también negativos para la democracia si los intereses minoritarios pueden bloquear la voluntad de la mayoría recurriendo a los tribunales. Una de las críticas comunes a la "ley hecha por los jueces" es que lleva a que jueces no elegidos y no responsables sustituyan a los funcionarios elegidos en el proceso de formulación de políticas. Sin embargo, contra esta crítica muchos argumentarían que los sistemas judiciales activistas pueden ser buenos para la democracia si defienden y protegen los intereses de los débiles y menos privilegiados –que después de todo son la enorme mayoría en muchos países– contra los ricos y poderosos.

La judicialización de la política también puede llevar a intentos directos de politizar el aparato judicial. Si los jueces intentan limitar el alcance de las acciones de los políticos, es probable que esos mismos políticos intenten limitar el poder de los tribunales, por ejemplo, a través de cortes de bolsillo o el rediseño constitucional –como sucedió en Argentina durante el gobierno del presidente Menem– e incluso mediante sobornos e intentos de debilitar a los jueces individuales. Este proceso de reacción es evidente en el caso de Colombia, que aquí analiza Manuel José Cepeda, donde el notable activismo de la corte constitucional desde su creación en 1991 ha provocado críticas de los círculos políticos e incluso de otras ramas del sistema judicial, así como ha motivado esfuerzos del gobierno de Álvaro Uribe para limitar sus poderes. Este es también, claramente, un factor en el conflicto entre las fuerzas en favor y en contra de Chávez en Venezuela y en el destino de la nueva corte suprema, que analiza Rogelio Pérez Perdomo. Esas tendencias pueden tener un efecto negativo sobre la democracia si llevan a limitar el poder de los tribunales para defender los derechos constitucionales, los derechos estatutarios y los derechos humanos y para limitar la acción arbitraria del gobierno.

Las consecuencias políticas de la judicialización son entonces de gran importancia, y más tarde volveremos a la cuestión de los resultados y el impacto

sobre la democracia. Por el momento, sin embargo, nos centramos menos en la dimensión normativa de la judicialización y más en las definiciones funcionales y "orientadas al proceso" para explorar los elementos de un marco común para el análisis comparativo.

## LA RELACIÓN ENTRE JUDICIALIZACIÓN Y POLÍTICA O SU AUSENCIA EN AMÉRICA LATINA

Este libro busca destacar los rasgos específicos de la judicialización de la política y de la judicialización en general en América Latina durante las décadas de 1990 y 2000, identificando las especificidades y los elementos comunes de ese proceso en varios países de la región. Esto plantea la pregunta obvia de la línea de base para esa comparación. ¿Comparamos a la América Latina de hoy con la del pasado? Los tribunales no estuvieron del todo ausentes de la participación política en los años anteriores, y existen ejemplos de activismo judicial en favor de los derechos en épocas muy anteriores. Pero se mantiene la pregunta de hasta qué punto ha habido un cambio y de qué manera. ¿O nuestra comparación se refiere a una noción normativa del equilibrio "ideal" de poderes (a menudo implícito en los escritos sobre el tema)? Muchos de los colaboradores de este volumen adoptan un enfoque longitudinal y no uno normativo; comparan el presente y el pasado y se preguntan qué hay de novedoso –si es que lo hay– en las pautas actuales de la judicialización.

Todos los países que aquí se discuten tienen democracias electorales y sistemas legales civiles. Algunos experimentaron transiciones de regímenes autoritarios en las décadas de 1980 y 1990, aunque de carácter muy diferente (Argentina, Brasil, Chile, Perú, México); otros mantuvieron tradiciones de gobierno constitucional elegido en la última mitad del siglo XX, aunque en algunos casos esas democracias eran muy defectuosas y luchaban para contener profundos conflictos sociales y políticos (Colombia, Venezuela). Algunos de los capítulos indican la importancia del momento fundacional constitucional en la explicación de los patrones posteriores de judicialización. El carácter de este "momento constitucional" o coyuntura crítica varía según el caso, pero puede incluir la elección de una asamblea constituyente y la redacción subsiguiente de una nueva constitución (Colombia, 1991; Venezuela, 1999; Brasil, 1988; Perú, 1993; Argentina, 1994), o la transición de un gobierno autoritario a un gobierno constitucional elegido que continúa o restituye la constitución anterior (Argentina, 1983-1984; Chile, 1989-1990). Dos de los países que se examinan aquí, México y Costa Rica, no

vivieron un claro "momento constitucional" en los años ochenta y noventa, y son por consiguiente ejemplos instructivos para examinar y considerar la importancia relativa de la innovación o el rediseño constitucional en la explicación de los patrones posteriores de judicialización de la política[8].

Aunque no pretendemos desarrollar un modelo multivariado para el análisis comparativo de la judicialización, valoramos la utilidad de un enfoque comparativo que ayude a identificar los factores específicos que han orientado el proceso de judicialización de la política en épocas particulares en países específicos y a identificar los elementos temporales y temáticos comunes a las diferentes experiencias nacionales. Los ensayos que aquí se presentan analizan entonces quién o qué dirige la judicialización de la política y la judicialización en general, las diferentes formas que ha adoptado la judicialización y el grado en el que los patrones actuales de judicialización se pueden entender como una separación radical del pasado.

El hecho de centrar la atención en la creciente apelación a los tribunales, a las movilización legal desde abajo y al activismo judicial puede sugerir que el activismo de los derechos está consolidando la democracia en América Latina, o al menos aumentando la protección de los derechos individuales de los ciudadanos y de ciertos derechos colectivos, por ejemplo, los de los pueblos indígenas. Esto no es necesariamente así, debido a que la protección de los derechos también depende de otras instituciones, especialmente de la policía. De hecho, puede ser que es precisamente la debilidad de la democracia contemporánea en América Latina que esté llevando a la judicialización. Por ejemplo, en algunos países el uso extendido de decretos ejecutivos para implementar medidas de política económica controvertidas ha pasado por encima del parlamento y ha alentado así la oposición a las políticas económicas en los tribunales.

Los derechos ciudadanos siguen siendo mal protegidos en muchos países o varían profundamente entre diferentes zonas de un país o entre diferentes sectores sociales, y la aguda debilidad de la observancia de los derechos en la práctica explica parcialmente algunos aspectos de la judicialización desde abajo. Como subraya Guillermo O'Donnell, es instructivo preguntar dónde se está llevando a cabo la judicialización y dónde no. ¿Qué tipo de derechos llegan cada

---

8 En México, la transición democrática ha sido gradual y extendida, y no ha llevado a redactar una nueva constitución, aunque durante la década de 1990 se revisó extensamente la constitución de 1917; la democracia y la constitución de Costa Rica son el resultado de la guerra civil de 1948.

vez más a los tribunales? ¿Quién está tomando la iniciativa en los casos judiciales? ¿Hay evidencia de una movilización legal más amplia detrás de ciertos temas o no? ¿Hay grupos sociales particulares que no tienen acceso a los tribunales? ¿O temas específicos que son más o menos judicializados que otros? Los países latinoamericanos muestran una paradoja peculiar; el prestigio de la rama judicial es generalmente bajo y la desconfianza pública en el poder judicial es muy alta. De acuerdo con el Latinobarómetro de 2003, sólo el 20% de los que respondieron expresó algún grado de confianza en el poder judicial; solamente el congreso, con el 17% de confianza, y los partidos, con el 11%, recibieron menor consideración. Esto también muestra un descenso de la alta cifra del 36% que logró el poder judicial en 1997[9]. Sin embargo, como plantea CATALINA SMULOVITZ en su capítulo, aun en esas circunstancias está ocurriendo una judicialización de las demandas de derechos. Esto plantea la pregunta del grado en el que la movilización legal busca conseguir resultados *judiciales* específicos. Puede ser que esté encaminada más ampliamente a producir resultados y respuestas políticas, o a legitimar ciertas demandas de derechos en la sociedad, independientemente de los resultados legales y políticos más inmediatos.

## ELEMENTOS DE UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUDICIALIZACIÓN

Aunque aquí no podemos explicar todas las variaciones nacionales de los patrones de judicialización en América Latina, podemos identificar algunos factores que, a través de su cambio constante y su interacción dinámica, pueden facilitar o limitar esos procesos. Mediante la reflexión comparativa esperamos arrojar luz sobre la relación entre la judicialización en general y la judicialización de la política.

El primer elemento es la cuestión de la *arquitectura institucional* y de los *cambios institucionales*. Esto incluye el carácter de las cartas constitucionales y la gama de derechos individuales y colectivos –políticos, civiles, sociales, económicos y culturales– que cubren. A este respecto, algunas constituciones son restrictivas, por ejemplo, la constitución chilena de 1980, mientras que otras, como la constitución brasileña de 1988, son extremadamente expansivas. Otros factores institucionales críticos incluyen la naturaleza y el alcance de los poderes de control

9 Latinobarómetro, octubre de 2003, 26.

judicial de la constitucionalidad, y vinculados a ellos, los poderes de los tribunales ordinarios así como los de las cortes o cámaras constitucionales. La introducción de nuevas instituciones cuasijudiciales también puede ser un factor significativo en la judicialización, por ejemplo, la reconstrucción institucional del ministerio público en Brasil, descrita por Rogério Arantes, que tiene amplia competencia para defender y promover derechos colectivos y difusos. La creación del cargo de defensor del pueblo en América Central y Perú, con mandato para entablar juicios legales y defender los intereses colectivos, es otro ejemplo de innovación institucional que favorece la judicialización[10]. En los países que tienen constituciones federales, el grado en que la apelación a los tribunales subnacionales afecta los patrones de judicialización es otro elemento comparativo clave.

Los programas de reforma judicial implementados en muchos países latinoamericanos desde la década de 1980 intentaban fortalecer la independencia del poder judicial, con medidas tales como la creación de consejos judiciales o la introducción de nuevos mecanismos para seleccionar a los jueces de los tribunales superiores[11]. También incrementaron las asignaciones presupuestales para la rama judicial y ampliaron el acceso a la justicia, por ejemplo, mediante el aumento de la cobertura de los tribunales inferiores, los jueces de paz y otros tipos de pequeños tribunales de reclamos y foros no judiciales de resolución de disputas en todo el territorio nacional. En este proceso de cambio judicial a menudo fueron importantes las diversas agencias internacionales involucradas, desde las ONG hasta las instituciones financieras trasnacionales (IFI). Todos estos factores afectan potencialmente los patrones de judicialización; como muestra el capítulo de Fiona Macaulay, la introducción de nuevos tribunales en Brasil alentó la presentación de nuevas demandas. Los nuevos niveles y arenas del sistema de justicia, formal e informal, son entonces un factor importante en nuestro análisis.

El segundo elemento es el de la *cultura legal*. Este es un término muy elusivo, pero Laurence Friedman y Rogélio Pérez Perdomo lo usan para referirse al "conjunto de actitudes, ideas, expectativas y valores de las personas acerca de su sistema legal, sus instituciones legales y sus normas legales" (2003, 2). La distinción de Friedman y Pérez Perdomo entre cultura legal interna y externa es útil

---

10 Cfr. Uggla (2004).

11 El balance apropiado entre responsabilidad judicial e independencia judicial es un asunto complicado y muy debatido. Para un penetrante análisis de un caso de excesiva independencia judicial, cfr. Santiso (2003).

para propósitos de desagregación: la cultura legal interna se refiere a las normas, actitudes y prácticas de los abogados y los juristas, mientras que la cultura legal externa se refiere a las percepciones más amplias de la sociedad. Con respecto a la cultura legal interna, la formación de abogados, jueces y fiscales públicos es obviamente un elemento importante, así como las prácticas aceptadas dentro de la profesión jurídica. ¿La formación legal sigue siendo formalista y débil, como ha tendido a ser en América Latina? ¿O está cambiando? ¿Los defensores penales o los abogados civiles litigantes consideran que su papel es asegurar las garantías constitucionales o proteger los derechos humanos? ¿Está surgiendo una tendencia, por ejemplo, a que los abogados acepten acciones en representación de un grupo o clase de individuos en las mismas condiciones (*class actions*)? ¿O la práctica jurídica no necesariamente implica una vocación y una práctica de defensa de los derechos? ¿Los jueces se consideran a sí mismos como defensores activos de la constitución con mandato para desarrollar la jurisprudencia, o simplemente como operadores judiciales que deben resolver conflictos individuales y aplicar la ley al pie de la letra?[12]. ¿Los fiscales públicos persiguen activamente a los miembros del gobierno por el abuso del poder? ¿Y las normas y la jurisprudencia extranacionales (por ej., los derechos humanos internacionales) informan la interpretación de los altos jueces en mayor grado que en el pasado?

Además, es útil preguntar cuán profunda es la extensión del proceso de judicialización: ¿afecta a todos los jueces, incluidos los jueces de los tribunales inferiores y, más ampliamente, a los operadores judiciales? ¿O se limita a algunos jueces activistas de la corte constitucional?[13]. A la inversa, si la suprema corte constitucional está subordinada al poder ejecutivo (por ej., la corte de bolsillo de Menem en Argentina durante la década de 1990), ¿esto significa que los tribunales

---

12 La libertad de los jueces para desarrollar la jurisprudencia tiende a ser menor en los sistemas de derecho civil que en los sistemas de derecho común; en los primeros, la interpretación de los códigos –algo distinto de la construcción de precedentes través de casos legales– ha sido tradicionalmente el soporte de la actividad judicial. Sin embargo, esta distinción es algo arbitraria; los precedentes y los casos legales cumplen un papel importante (directa o indirectamente) en los resultados judiciales dentro de los sistemas de derecho civil, y los códigos y los estatutos limitan cada vez más la capacidad de los jueces de derecho común para desarrollar la ley a través de los precedentes.

13 Para un análisis que considera el activismo de la corte constitucional junto al funcionamiento de la justicia ordinaria en el caso de Colombia, cfr. Rodríguez, García Villegas y Uprimny (2003).

inferiores carecen igualmente de independencia? En otras partes del mundo, la inclinación de algunos altos jueces y su adopción de una posición más política ha sido un factor importante en la judicialización de ciertos temas[14]: ¿podemos identificar jueces individuales o grupos de jueces que estén liderando el activismo judicial en América Latina?

El tercer factor, ligado a la idea de cultura legal externa, es el de los *patrones de movilización legal*. En particular, esto implica centrarse en los *actores* que dirigen esos procesos, bien sea desde abajo o desde arriba. La ayuda legal es casi inexistente en muchos países de América Latina, de modo que un incremento de los litigios de los sectores más pobres de la sociedad implica invariablemente la defensa legal mediante movimientos sociales u organizaciones no gubernamentales. Esto fue particularmente notable en el caso de las organizaciones de derechos humanos, que presentaron miles de autos de *habeas corpus* en nombre de los detenidos desaparecidos y de sus familias durante las dictaduras militares. Esas organizaciones han seguido defendiendo los derechos de los sectores desfavorecidos desde la transición a la democracia, por ejemplo entablando demandas contra la discriminación sexual, racial o étnica ante los tribunales.

Sin embargo, no son solamente los sectores más pobres y sus defensores quienes dirigen la movilización legal. Demandantes de clase media entablaron miles de demandas civiles en los casos del corralito descrito por Catalina Smulovitz. Los individuos pueden exigir sus intereses en diversas instancias, incluidos los juzgados laborales, los juzgados civiles, los tribunales comerciales y los foros de justicia cuasijudiciales o no estatales. Los medios de comunicación también pueden desempeñar un papel importante en los procesos de movilización legal; concentrándose en ciertos temas (corrupción, violación de los derechos al debido proceso por la policía, discriminación, etc.) pueden estimular y respaldar las acciones judiciales entabladas por ciudadanos individuales u organizaciones. Finalmente, quizá no sean las fuerzas de la sociedad civil, sino los políticos y los partidos políticos los que dirigen ciertos intentos de asegurar el control judicial

---

14 Por ejemplo, en el Reino Unido, en la primera mitad de los años noventa, algunos de los jueces más antiguos se identificaron claramente con el Estado de Bienestar y se opusieron abiertamente a los intentos conservadores de desmantelarlo. También mostraron preocupación por el dominio del ejecutivo y trataron de limitar su poder, e impulsaron un proyecto de ley de derechos para proteger a los ciudadanos. Los editores están en deuda con la profesora Diane Woodhouse por esta observación.

de la constitucionalidad, como muestran Rogério Arantes en el caso de Brasil, Bruce Wilson en el de Costa Rica y Pilar Domingo en el de México. Quién inicia la judicialización, qué tipo de discursos legales sobre probidad y derechos despliegan y a qué procesos legales recurren son, evidentemente, preguntas muy importantes.

El cuarto factor, la cuestión del *acceso a la justicia*, es crítico. ¿Quién puede entablar qué tipo de demandas y cuán fácilmente? ¿Cuáles son los costos de las demandas? ¿Qué tipos de derechos son cubiertos por los diversos autos de protección de los derechos constitucionales de un individuo, conocidos como recursos de amparo, recursos de tutela o recursos de protección? ¿Dónde se pueden admitir esos autos? En algunos países, sólo las cortes constitucionales tienen poder de control judicial, pero en otros, como Brasil, los tribunales inferiores pueden ejercer poderes de revisión concreta. Colombia, Brasil y Costa Rica son países donde existe un sistema de control judicial muy accesible para todos los ciudadanos. Lo que sucede menos en Chile, por ejemplo, debido en parte al conservadurismo judicial pero quizá también al mayor grado de sensibilidad del sistema político. En el caso de los sistemas no estatales de justicia, como observa Julio Faundez, estos representan el único sistema de justicia al que pueden tener acceso los indígenas o las comunidades aisladas.

Sin embargo, en términos de los resultados, la cuestión del acceso a la justicia está lejos de carecer de problemas: la calidad de la justicia varía notablemente según los temas y las diferentes arenas judiciales. A este respecto, es oportuno recordar el capítulo de Fiona Macaulay sobre el acceso a la justicia y la violencia doméstica, que se pregunta qué *tipo* de justicia imparten, en la práctica, las diferentes vías legales a los demandantes. Es claro que la judicialización en la forma del aumento de litigios no necesariamente se traduce en el cumplimiento efectivo de un fallo positivo en muchas partes de América Latina.

El quinto elemento, de creciente importancia, es la dimensión *transnacional* o *internacional* de la judicialización. El capítulo de Kathryn Sikkink se centra en las diferentes "estructuras transnacionales de oportunidades" que alientan o inhiben la judicialización de ciertas demandas. Esas estructuras de oportunidades incluyen las normas y marcos legales internacionales y regionales, y las alianzas o redes transnacionales. También varían según el momento y según los temas; por ejemplo, como muestra el trabajo de Sikkink, las redes transnacionales de derechos humanos constituyen un recurso para los defensores en los países individuales y un medio para ejercer presión sobre sus propios gobiernos a través de patrones de influencia de tipo bumerán o espiral (Keck y Sikkink, 1998;

Risse, Ropp y Sikkink, 1999). Como señalaron Lutz y Sikkink, América Latina experimentó una "cascada de normas" sobre derechos humanos en las décadas de 1980 y 1990, y a diferencia de otras regiones del mundo en desarrollo tiene una densidad relativamente alta de normas y estructuras regionales de derechos humanos (Lutz y Sikkink, 2001).

En contraste, sin embargo, las normas comerciales globales que están apareciendo pueden "cerrar" ciertas áreas a la acción judicial doméstica, por ejemplo, alentando la creciente transferencia de contratos legales a Londres, Ginebra o Nueva York, "desnacionalizando" así ciertas áreas del derecho. De hecho, en términos generales y a pesar de la introducción de constituciones más expansivas en América Latina durante los años ochenta y noventa, el número de derechos sociales y económicos que es posible *asegurar* a nivel nacional se ha tornado más limitado por la globalización económica de las últimas dos décadas. Así como los temas normativos y sustantivos del derecho, la dimensión internacional también incluye el tema del cambio institucional y de la reforma judicial. Las agencias intergubernamentales, como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, han promovido cierto tipo de reformas judiciales en América Latina. Aunque el impacto de esos esfuerzos está lejos de ser uniforme (es un factor significativo en algunos países y no lo es en otros), en algunos casos puede ser un elemento importante para apuntalar ciertos patrones de judicialización, o de desjudicialización, como por ejemplo la promoción del arbitraje por el Banco Mundial, que arrebata a los tribunales cierto tipo de conflictos y los remite a foros cuasilegales.

El sexto factor que se debe tomar en cuenta cuando se compara el fenómeno de la judicialización es el carácter del sistema político en su conjunto. Ciertas pautas de relaciones entre el ejecutivo y el legislativo pueden impedir que las élites políticas recurran a la judicialización de arriba hacia abajo, mientras que otras pueden alentarlas[15]. Una mayoría oficial abrumadora en el legislativo, y mecanismos ineficaces de consulta legislativa pueden alentar a los partidos minoritarios a adelantar sus agendas a través de los tribunales. Otro ejemplo de judicialización ligada al sistema político es la falta de consenso sobre los meca-

---

15 Por ejemplo, Epp argumenta que "por lo menos en Estados Unidos, la relativamente amplia arena de la acción judicial y los límites al poder legislativo se deben menos a la Declaración de Derechos en sí misma que a las muchas oportunidades de veto en el proceso legislativo" (1998, 13).

nismos de supervisión de las elecciones, lo que también puede llevar a impugnar los resultados electorales en los tribunales, como ocurrió en México durante los años noventa y hasta hoy día. Además, la naturaleza del sistema de partidos y el grado de consenso o conflicto –o de unidad y de fragmentación– dentro del sistema pueden desempeñar un papel importante en la explicación de la presencia o la ausencia de la judicialización de la política. Verbigracia, como argumenta Javier Couso, el consenso existente dentro de la Concertación de Partidos por la Democracia sobre los derechos económicos y sociales, combinado con el carácter restrictivo de la constitución de 1980, significa que esos temas no son un tópico de deliberación judicial en Chile.

En contraste, la relativamente débil disciplina de partidos en Costa Rica, como muestra Bruce Wilson, significa que los diputados a veces interponen consultas constitucionales contra la legislación de su propio partido. Esto plantea la cuestión fundamental y más amplia del grado en que la judicialización representa la política por otros medios. Si los políticos están bloqueados en el parlamento por mayorías abrumadoras del partido o coalición gobernante o por mecanismos ineficaces de deliberación en el aula, pueden recurrir a los tribunales para tratar de modificar o bloquear las iniciativas legislativas. De manera similar, si los partidos son débiles y no representan adecuadamente las demandas de los votantes, los individuos y grupos pueden encontrar que la acción ante los tribunales es la manera más expedita o efectiva de asegurar la legislación sobre un tópico particular, en especial si los ejecutivos o congresos reaccionan preventivamente aprobando leyes que tratan de detener el flujo de demandas ante los tribunales. Esto plantea problemas fundamentales para la teoría democrática que van más allá del alcance de este libro. No obstante, los diversos capítulos arrojan luz sobre estos temas en el caso de los países que examinan.

## Evaluación de la judicialización: resultados

En el análisis de los procesos de movilización legal y de judicialización, debemos distinguir entre *procesos* y *resultados*. También debemos distinguir entre los *niveles* donde se puede observar el impacto de la judicialización: sobre el comportamiento del ejecutivo o del legislativo, sobre los movimientos sociales y los actores de la sociedad civil, o sobre la sociedad más en general. Como plantea Catalina Smulovitz, no es fácil medir el éxito de las estrategias de judicialización. ¿El éxito implica obtener fallos positivos en casos individuales acerca de los derechos que están consagrados en la ley? ¿Se lo puede juzgar por el grado en que la movili-

zación legal logra llevar ciertos casos o temas a la atención del público o de los políticos, algunos de los cuales pueden ser derechos no regulados o "a los que aspiran"? ¿Se trata menos de ganar casos individuales y más de provocar cambios legislativos o cambios en las prácticas administrativas?

Esto plantea la pregunta más amplia del grado en el que podemos emplear criterios normativos cuando discutimos los efectos de la judicialización. Este volumen se propone explorar la relación entre la judicialización y el carácter de la consolidación –o desconsolidación– democrática en América Latina. ¿Cuál es la relación entre derecho y cambio de políticas? ¿Cuáles son las implicaciones de este cambio de dinámica para la gobernanza y la democracia en los diferentes países que aquí examinamos? ¿En qué medida la judicialización mejora las perspectivas del régimen de derecho? ¿Lleva a una mayor rendición de cuentas horizontal o social (Schedler, Diamond y Platter, 1999; Smulovitz, 2002)? O a una "revolución de los derechos" y a la consolidación de una cultura de los derechos dentro del gobierno y la sociedad? ¿O refuerza las tendencias hacia una (in)efectividad de la ley ya presente en América Latina e incrementa las tendencias hacia una mayor interferencia política en el sistema judicial (Méndez, O'Donnell y Pinheiro, 1999)? En suma, ¿es el recurso a las vías legales o judiciales un complemento de otras formas de política? ¿O es el carácter subóptimo de la democracia latinoamericana el que lleva a una tendencia aún mayor a canalizar las demandas políticas y sociales a través de los tribunales, con resultados desiguales e impredecibles?

Además de los criterios normativos acerca de si estos desarrollos son buenos o malos para la gobernanza y la democracia, existe el problema común de las sobrecarga de las cortes si las demandas que se presentan ante los tribunales se incrementan exponencialmente. Esto depende de factores institucionales, como la libertad de las cortes constitucionales para seleccionar los casos que se les presentan; sin embargo, es motivo de creciente preocupación en la región. Quizá sea demasiado pronto para decir hasta qué punto son sostenibles las tendencias actuales hacia la judicialización en América Latina. Puede suceder que el retorno a la democracia en varios países lleve a una explosión de demandas –quizá alimentada por la creación de comisiones de verdad y justicia– y que con el paso del tiempo se desarrolle un proceso más "normal". Sin embargo, Epp se refiere a la "revolución de los derechos" como un "proceso de desarrollo sostenido" (1998, 7). Aunque existe evidencia de esto en algunos de los países que se analizan en este volumen, el potencial para el retroceso, la regresión y la frustración popular es considerable. Esperamos que este volumen arroje luz sobre el proceso en curso y sugiera nuevas vías para la investigación comparativa y de países específicos sobre el tópico de la judicialización.

## REFERENCIAS


Dezalay, Yves y Bryant G. Garth (eds.) (2002a). *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago y London, The University of Chicago Press.

Dezalay, Yves y Bryant G. Garth (2002b). *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press.

Domingo, Pilar (2004). "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, vol. 11, n.º 1, 104-26.

Epp, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.

Ford Foundation (2000). *Many Roads to Justice: The Law Related Work of the Ford Foundation Grantees around the World*, New York, The Ford Foundation.

Friedman, Lawrence M. y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.) (2003). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford, Stanford University Press.

Keck, Margaret y Kathryn Sikkink (1998). *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press.

Lutz, Ellen y Kathryn Sikkink (2001). "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law,* vol. 2, n.º 1, 1-33.

Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (eds.) (1999). *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, South Bend, Indiana, University of Notre Dame Press.

Novoa, Eduardo (1978). *¿Vía legal hacia el socialismo?*, Caracas, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana.

Risse, Thomas, Stephen C. Ropp y Kathryn Sikkink (1999). *The Power of Principles: International Human Rights Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press.

Rodríguez, César A., Mauricio García y Rodrigo Uprimny (2003). "Justice and Society in Colombia: A Socio-legal Analysis of Colombian Courts", Friedman y Pérez-Perdomo (eds.), *Legal Culture in the Age of Globalization*, 134-183.

Santiso, Carlos (2003). "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability", *Democratization,* vol. 10, n.º 4 (Special issue on Democratization and the Judiciary), 161-180.

Santos, Boaventura de Sousa (1998). *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogota, ilsa, Universidad Nacional de Colombia.

Schedler, Andreas, Larry Diamond, y Marc F. Plattner (eds.) (1999). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, CO: Lynne Reiner.

Schjolden, Line (2002). "Suing for Justice: Labor and the Courts in Argentina, 1900-1943", Ph.D. dissertation, University of California, Berkeley.

Smulovitz, Catalina (2002). "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Case", Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.). *Global Prescriptions*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 249-175.

Tate, C. Neal y Torbjorn Vallinder (eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press.

Thome, Joseph R.(2000) "Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America", *Wisconsin Law Review*, n.º 3, 691-712.

Trubek, David M.; Yves Dezalay, Ruth Buchanan y John R. Davis (1994). "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", *Case Western Reserve Law Review,* vol. 44, n.º 2, 407-198.

Twining, William (2000). *Globalisation and Legal Theory*, London, Edinburgh and Dublin: Butterworths.

UGGLA, FREDRIK (2004). "The Ombudsman in Latin America", *Journal of Latin American Studies*, vol. 36, n.º 3, 423-150.

VAN COTT, DONNA LEE (2003). "Legal Pluralism and Informal Community Justice Administration in Latin America" (Documento preparado para la conferencia "Informal Institutions and Politics in Latin America", Notre Dame, Indiana, abril 24-25.

PILAR DOMINGO

# *Judicialización de la política: el cambio del papel político del sistema judicial en México*

## INTRODUCCIÓN

Este capítulo explora el impacto de la judicialización de la política en la perspectiva de la construcción del Estado de derecho en las sociedades que se están democratizando. México es un caso de estudio interesante puesto que, desde mediados de los años noventa, el sistema judicial se ha comprometido en niveles de activismo judicial sin precedentes, con importantes consecuencias políticas y económicas. Este capítulo busca arrojar luz sobre nuestra comprensión de lo que entendemos por judicialización de la política, y sobre su conexión con las perspectivas de construcción del régimen de derecho en las democracias jóvenes. En la primera sección se desarrolla una caracterización conceptual del fenómeno de la judicialización de la política que, en términos generales, es una característica de los Estados democráticos modernos. En los sistemas con un Estado de derecho menos que adecuado y un Estado débilmente incorporado en la sociedad es probable que asuma una forma diferente en contraste con su impacto en democracias mejor establecidas y más desarrolladas. A este respecto, el capítulo se pregunta si la judicialización de la política mejora las perspectivas de construcción del Estado de derecho o si su aparición en contextos de democracia delegativa y relaciones entre el Estado y la sociedad débiles puede reforzar directamente los hábitos iliberales de "(in)efectividad de la ley". La segunda sección revisa el caso mexicano, haciendo énfasis en la política de la suprema corte en los últimos años.

## DEFINICIÓN DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

La judicialización de la política ha llegado a ser reconocida como una característica del desarrollo político moderno[1]. En América Latina, el estudio del papel de las instituciones judiciales se convirtió en un rasgo del análisis político en los años noventa, motivado por el interés en la construcción del Estado de derecho como parte de la aspiración a la consolidación democrática. La judicialización de la política indica en primer lugar una mayor presencia de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social. En segundo lugar, es una manifestación de que el conflicto político, social o entre el Estado y la sociedad se resuelve cada vez más en los tribunales. En tercer lugar, es una consecuencia

1 Cfr. Guarnieri y Pederzoli (1999), Waltman y Holland (1988), Tate y Vallinder (1995), Cappelletti (1989), Domingo (2004).

del proceso por el cual los actores políticos o sociales ven cada vez más ventajas en recurrir a las estrategias legales y a la mediación de los jueces para promover ciertos intereses. La movilización de las estrategias legales da a los jueces cierto grado de poder en los procesos de toma de decisiones políticas. Finalmente, la judicialización de la política refleja en cierto grado la tendencia a percibir que la legitimidad del régimen está cada vez más ligada a la capacidad del Estado para cumplir las promesas del Estado de derecho, al debido proceso y a la rendición de cuentas (*accountability*).

La judicialización de la política indica entonces una mayor participación de los jueces en la formulación de las leyes y en el control social. Su existencia indica que los gobernantes permiten que ocurra, y en algunos casos pueden estar incluso facilitando procesos de reforma institucional que incrementan el poder de los jueces, bien sea como árbitros del conflicto o en sus facultades para dictar leyes. Para que esto ocurra, los gobernantes deben ver algún beneficio en la delegación de poderes a los jueces, especialmente cuando éste no es un proceso exento de riesgos. Es posible, sin embargo, que el otorgamiento de poderes a los tribunales también pueda llevar a un replanteamiento del cambio de las relaciones institucionales, que a su vez puede aumentar la tentación, para quienes tienen el poder, de restablecer una función judicial más débil (más difícil de lograr) o de controlar a los tribunales (bien sea mediante cortes de bolsillo o la corrupción abierta).

La judicialización de la política también puede estar vinculada discursivamente a la legitimación del régimen en torno al Estado de derecho y la democracia basada en los derechos. Inclinándose en apariencia ante los fallos de los tribunales, quienes detentan el poder pueden pretender de manera más creíble que están observando los principios del régimen de derecho y del gobierno limitado. En épocas de crisis del régimen o de crisis política, ésta puede ser una estrategia útil para reforzar la legitimidad. Donde se percibe que otras ramas del poder son deficientes o que carecen de credibilidad, el hecho de facilitar la judicialización de la política puede dar credibilidad a un discurso público de adhesión al régimen de derecho, de aceptación de un gobierno limitado y de compromiso con el fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos.

Es importante subrayar que la definición de judicialización de la política que se adopta aquí se refiere a algo más que a la nueva posición de los tribunales con respecto al ejecutivo. No sólo incluye una redefinición del equilibrio de poderes entre el sistema judicial y otras ramas del Estado sino que también se refiere al cambio de posición de los tribunales en las relaciones sociales y entre la sociedad y el Estado. La judicialización de la política se refiere entonces al cambio de las

culturas legal y política con respecto al Estado de derecho, y también a la apelación a los tribunales como canal de compensación social y reclamación de derechos. La movilización legal desde abajo es también una parte importante del fenómeno de la judicialización de la política, como plantean los editores de este volumen en su introducción[2].

## LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y EL RÉGIMEN DE DERECHO

La judicialización de la política es un fenómeno del régimen democrático moderno. ¿Cómo afecta al carácter y a las perspectivas del régimen de derecho? Además, ¿hay que hacer una distinción entre sus consecuencias en términos del grado de incorporación anterior y la consolidación de la práctica y la cultura del régimen de derecho? Cuando el Estado de derecho es débil, ¿la judicialización contribuye a su fortalecimiento? Cuando el Estado de derecho existe de manera mínimamente creíble, ¿crea nuevas maneras de pensar el derecho y las estrategias legales? ¿Cuál es el impacto de la judicialización de la política sobre el mejoramiento de los mecanismos que refrenan y hacen responsables a los gobernantes? ¿Y contribuye de manera significativa a promover la cultura de los derechos y la ciudadanía democrática? Por último, ¿cuáles son las implicaciones para las perspectivas de profundización de la democracia?

La conexión entre construcción del Estado de derecho y judicialización de la política está lejos de ser directa. Es muy probable que la forma que adopte la judicialización de la política y sus características específicas en contextos políticos, institucionales y sociales específicos determinen su impacto sobre el Estado de derecho y la democratización más que el hecho de que los jueces adquieran mayor prominencia pública. No obstante, existe una conexión entre la judicialización de la política y el desarrollo de mecanismos de rendición de cuentas de los gobernantes y de protección de los derechos en una forma de gobierno y una sociedad dadas. En la medida en que la judicialización de la política implica la cesión de los gobernantes a los jueces del poder para formular las leyes, esta indica que se están activando los mecanismos de "rendición de cuentas horizontal" (*horizontal accountability*). La discusión acerca de las diferentes formas de rendición de cuentas política es útil para entender las consecuencias de la

---

2 Cfr. Epp (1998), Smulovitz (2003) y Smulovitz y Peruzzotti (2003).

judicialización de la política. Aquí me refiero particularmente a los conceptos de "rendición de cuentas horizontal" y "rendición de cuentas social" (O'Donnell, 2003; Smulovitz y Peruzzotti, 2003). La rendición de cuentas horizontal, de acuerdo con O'Donnell, se refiere a "una interacción legalmente fundada y legalmente activada entre agencias del Estado en vista de acciones u omisiones presuntamente ilegales (abuso o corrupción)"[3]. En la medida en que implica que los jueces adquieren un papel más activo en sus funciones de revisión, la activación efectiva de la rendición de cuentas horizontal depende al menos de los siguientes aspectos. Primero, los jueces deben operar con suficiente autonomía política y no coludirse con los intentos de los gobernantes grupos poderosos de la sociedad para favorecer ciertos resultados (políticos, sociales o económicos). Cuando la colusión es evidente, los mecanismos de rendición de cuentas horizontal se desacreditan en detrimento de la construcción del régimen de derecho (O'Donnell, 2003). Segundo, los jueces deben actuar de buena fe en su función de adjudicación y de protección de la constitución (Ferejhon, 1998). Finalmente, sus fallos deben tener un efecto de cumplimiento obligatorio. Sus dictámenes deben importar para que la rendición de cuentas horizontal sea efectiva y respetada.

La judicialización de la política indica que los fallos judiciales adquieren mayor presencia en el nivel de la rendición de cuentas horizontal, pero que no necesariamente están inspirados por un compromiso de los jueces con el régimen de derecho. Los jueces pueden ser motivados a aprobar fallos más valerosos y opuestos al ejecutivo por razones diferentes a un compromiso con la protección de los principios constitucionales (por ej., en favor de otros grupos de poder, transgrediendo así el principio de igualdad legal). Así mismo, la decisión de los actores políticos de invocar las funciones de supervisión de los jueces (o de sujetarse a sus fallos) puede no estar motivada por un auténtico compromiso con un gobierno limitado, pudiendo ser el resultado de estrategias de corto plazo que responden a presiones electorales, para legitimar la crisis o delegar en los tribunales las decisiones impopulares sobre asuntos políticos y sociales. Aunque, con el tiempo, una mayor presencia política de los tribunales puede activar un funcionamiento "apropiado" de los mecanismos de responsabilidad horizontal que pueden llegar a reforzarse a sí mismos mediante la repetición y la rutinización de los mecanismos de control.

---

3 Para las discusiones del concepto de rendición de cuentas (*accountability*), cfr. los trabajos de Schedler et al. (1999), y Mainwaring y Welna (2003).

La judicialización de la política también puede ser activada desde dentro de la sociedad. Aquí el concepto de "rendición de cuentas social" (*societal accountability*) desarrollado por Peruzzotti y Smulovitz (2003) es particularmente útil y amplía la definición de las formas de rendición de cuentas política. Esta es una forma de control vertical y no electoral que incluye estrategias de movilización legal y puede contribuir a elevar el perfil público y político de los jueces, para mejor o para peor. La rendición de cuentas social –sostienen los autores– puede activar las funciones judiciales de supervisión y protección de los derechos. Además, sus características de "perro guardián", aunque difusas o no estructuradas, pueden llevar incluso a formas públicas de supervisión de las mismas funciones de control judicial. Los jueces que no satisfacen las expectativas públicas que han sido desencadenadas, bien sea sobre asuntos de protección de los derechos o de hacer que el gobierno sea responsable en casos particulares, corren el riesgo de quedar desacreditados. Así, los procesos de "rendición de cuentas social" pueden generar costos, en términos de reputación, que los jueces y los gobernantes se guardan de ignorar fácilmente y que, con el tiempo, quizá creen incentivos para un cumplimiento más cuidadoso de la función judicial por parte de los jueces. Es importante subrayar que la movilización legal desde abajo no es suficiente para asegurar un mayor activismo judicial, bien sea en la protección de los derechos o con respecto a las funciones de supervisión judicial, en el sentido de que contrarreste las decisiones del gobierno. Al final, los jueces también deben ser sensibles a las demandas sociales y estar dispuestos a tomar decisiones potencialmente controversiales sobre asuntos políticos, sociales o económicos (Gloppen, 2003). En caso de que así actúen, los tribunales pueden dar voz institucional a los grupos sociales que de otro modo tienen acceso limitado al proceso político.

De esta manera, es probable que la judicialización de la política tenga impacto en la redefinición de las relaciones intrainstitucionales, y en ciertas condiciones (incluida la existencia de jueces independientes y receptivos dotados de determinados poderes de supervisión y adjudicación, que además estén dispuestos a ejercer el activismo judicial) *puede* contribuir a mejorar el Estado de derecho y ciertas formas de desarrollo basado en los derechos. Sin embargo, es importante subrayar que estos resultados no son consecuencias inevitables, ni incluso necesariamente probables, de la mayor presencia judicial en la política y en la sociedad. A este respecto se impone establecer lo que *no* es la judicialización de la política.

La judicialización de la política no necesariamente aumenta las posibilidades de previsión de los fallos legales, ni la igualdad ante la ley asociada con el Estado de derecho. Un mayor perfil público o una mayor presencia política de los jueces no

aseguran que no actúen en favor de intereses privados o políticamente motivados. Además, un mayor activismo judicial no necesariamente mejora las perspectivas de la igualdad ante la ley. Los jueces activos también pueden ser presa de grupos sociales poderosos que buscan un tratamiento especial ante la ley. La judicialización de la política puede ocurrir entonces bajo la égida de jueces iliberales. En caso de que los jueces estén comprometidos con la promoción del régimen de derecho a través de un mayor activismo judicial, esto puede generar estrategias iliberales de los gobernantes. Aunque los gobernantes hayan contribuido a realzar el papel político en los jueces –por razones electorales, por ej.– los riesgos que esto implica pueden llevarlos a tratar de controlar a los jueces a través de medios tales como las cortes de bolsillo o el soborno abierto. Si el control sobre los jueces no es factible, pueden desarrollar otras dos estrategias. Los gobernantes pueden tratar de dañar el prestigio (merecido o no) de los jueces desobedientes. La estrategia adicional o paralela puede ser la apelación a fuentes mayoritarias de legitimidad para contrarrestar a la rama judicial.

Las condiciones pueden ser tales que los gobernantes se vean impulsados a aceptar una supervisión judicial más efectiva de sus acciones, por ejemplo, durante épocas de crisis de legitimidad. Cuando esto coincide con fallos judiciales independientes emitidos de buena fe para defender los preceptos constitucionales (que difieren de las acciones de colusión con intereses políticos o privados), hay algún avance hacia el Estado de derecho, pese a las salvedades sobre la tensión inevitable entre el componente mayoritario de la democracia y el control judicial de la constitucionalidad[4]. En este sentido, la judicialización de la política es un medio a través del cual cobran vigencia el gobierno limitado y los mecanismos efectivos de rendición de cuentas de los que poseen el poder. Y esto está vinculado a las perspectivas de construcción del Estado de derecho, que requiere esencialmente que quienes detentan el poder acepten la subordinación a un orden constitucional superior que exprese una opinión consensual de las reglas de interacción política y entre el Estado y la sociedad. Esto plantea preguntas importantes acerca de las

---

4 Es importante subrayar que aunque los jueces pueden desempeñar un papel importante en la promoción de la causa del gobierno limitado, no debemos perder de vista las características potencialmente "antidemocráticas" del "gobierno del poder judicial". Gargarella (2003), en particular, desarrolla una visión crítica de los supuestos acerca de los mecanismos de pesos y contrapesos basados en formas contra mayoritarias y básicamente "antidemocráticas" de construcción del régimen de derecho alrededor de poderes judiciales no elegidos.

condiciones en las que llega a ser posible esta aceptación de los límites al poder. Además, como nos recuerda Holmes, el Estado de derecho es históricamente la excepción y no la norma, y de ningún modo es la consecuencia inevitable de la modernización (Holmes, 2003).

El enfoque de la elección racional ofrece algunas ideas útiles a este respecto. El régimen de derecho surge cuando los grupos poderosos (y los gobernantes) toman la decisión estratégica de respaldarlo porque conviene a sus intereses, y asumen que el desacato de la ley es de hecho una opción más costosa[5]. El hecho de optar por el Estado de derecho puede ser el resultado de muchos cálculos. La posibilidad de predecir la aplicación de las normas generales que acompañan al régimen de derecho puede ser un beneficio para los partidos de gobierno en la medida en que reduce la inestabilidad y la incertidumbre en las relaciones entre Estado y sociedad, y entre contendientes políticos. La promoción de la igualdad ante la ley que acompaña al régimen de derecho y reduce la inmunidad de los poderosos ante el escrutinio legal genera legitimidad. La legitimidad trae consigo beneficios en términos de reputación, y aumenta las posibilidades de gobernar por consenso. El consentimiento de los gobernados es más probable si los gobernantes están dispuestos a acatar sus propias reglas, y si las reglas se aplican con mayor igualdad en la sociedad[6]. Además, el consentimiento y la cooperación de los gobernados que pueden resultar del Estado de derecho también reducen el costoso riesgo de la subversión. Y por último, la delegación del poder político en los jueces aumentando sus poderes de formulación de las leyes y de adjudicación tiene la ventaja de que permite remitir a los tribunales las decisiones políticas impopulares (y así tomar distancia de ellas)[7].

El enfoque de la elección racional establece un punto de partida útil para delinear el mapa de las condiciones en las que el proceso de judicialización de la política contribuye a la construcción del Estado de derecho. Pero necesitamos mirar más allá, a los procesos más estructurales e institucionales de formación del Estado que se combinan para facilitar un mayor protagonismo de los tribunales en la solución de los conflictos políticos. Al final, el Estado de derecho surge como

---

5 Cfr. los capítulos de Maravall y Przeworski (2003) para sugerentes discusiones de diferentes autores sobre la construcción del régimen de derecho.

6 En el mejor de los casos, la igualdad ante la ley es tan sólo una aproximación. Las asimetrías de poder en la sociedad siempre tienen un efecto que distorsiona la manera de aplicar las reglas y de adjudicar los derechos.

7 Cfr. Holmes (2003) para una lúcida discusión de la construcción del Estado de derecho.

resultado de una combinación de factores estructurales de largo plazo y de cálculos políticos de corto plazo. La posición de los tribunales en el sistema político, y la naturaleza de las actitudes sociales y políticas hacia las instituciones legales y el derecho, nos dan información adicional acerca de cómo operan y se determinan las limitaciones legalmente establecidas al poder político. En lo que respecta a la función judicial, Cappelletti argumenta que el desarrollo del Estado moderno genera múltiples niveles de funciones de supervisión –incluida la supervisión judicial– como resultado inevitable de los mayores niveles de complejidad del gobierno y de la administración pública. Siguiendo la tradición weberiana de la teoría social, la expansión del Estado moderno y la creciente complejidad del gobierno significan que el Estado interviene en esferas más amplias de las actividades sociales y económicas generando áreas mayores de conflicto potencial en las que el Estado está llamado a intervenir o a resolver (Cappelletti, 1989). El efecto de este proceso sobre la función judicial sugiere un mayor perfil político de los tribunales así como una operación más compleja y diversificada de los mecanismos de supervisión judicial.

Un factor adicional que contribuye a mejorar los mecanismos de control político judicial es el discurso "autolimitante" que acompaña a la aceptación gradual de los compromisos con los derechos humanos cuando es más que discursiva. Este es un rasgo del discurso general de los derechos posterior a 1948, y tanto a nivel nacional como internacional ha llevado a la creciente presencia de una cultura política basada en los derechos del gobierno democrático. Las consecuencias institucionales son evidentes a nivel nacional e internacional. A nivel nacional, han llevado al "descubrimiento" de los mecanismos legales como medio para promover los derechos ciudadanos. Los tribunales pueden actuar, de hecho, como un mecanismo de "igualación" importante para compensar los derechos de individuos y grupos sociales que de otro modo no tendrían acceso al poder político o a la representación distinto al de ser votantes (Cappelletti, 1989). En las democracias más establecidas, esto ha tomado la forma de niveles crecientes de derechos basados en la movilización legal (Epp, 1998). En los procesos de democratización más recientes, los esfuerzos de los movimientos de derechos humanos para perseguir las violaciones de derechos cometidas bajo gobiernos autoritarios han contribuido a promover estrategias de movilización legal desde abajo (Smulovitz, 2002).

Los desarrollos institucionales y discursivos a nivel internacional tienen impacto sobre los cambios en las culturas legales y en las actitudes hacia la ley y el desarrollo basado en los derechos. La consolidación de un marco de derechos

universales ampliamente aceptado está generando lentamente, aunque en forma incipiente, numerosos mecanismos internacionales y regionales de protección de los derechos, tratados y compromisos simbólicos, que con el tiempo parecen ser más que gestos puramente simbólicos. Los Estados que aspiran a ser aceptados por la comunidad internacional pueden estar dispuestos a cumplir más sus compromisos internacionales relacionados con los derechos de lo que han ofrecido verbalmente. El activismo judicial está haciendo sentir lentamente su presencia en el nivel regional; ciertamente en Europa, pero también en el sistema interamericano de protección de los derechos. Los grupos de derechos humanos han capitalizado las oportunidades que ofrecen los compromisos con los derechos en los niveles nacional, regional e internacional (Keck y Sikkink, 1998).

La judicialización de la política y de las relaciones entre Estado y sociedad puede ser una característica de los Estados modernos, y su forma particular es el resultado de la interacción entre estrategias y cálculos políticos de corto plazo, y procesos estructurales de construcción institucional y estatal de largo plazo, de la constelación y el desarrollo específicos de las fuerzas sociales y de la dinámica internacional y global. El impacto de la judicialización de la política sobre el régimen de derecho es igualmente diverso. En ciertas condiciones puede mejorar la rendición de cuentas horizontal y limitar el poder. También puede contribuir a dar un poder legal efectivo a la sociedad frente a quienes detentan el poder. Por otra parte, especialmente en las democracias jóvenes donde el Estado de derecho es débil, la judicialización de la política puede entrar en un proceso en espiral de politización del sistema judicial con efectos que van en detrimento de la credibilidad del régimen de derecho.

## JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN MÉXICO

El caso mexicano es un ejemplo interesante de un contexto de democratización en el que la rama judicial, al menos al nivel de la suprema corte, ha llegado a ser un actor político destacado. Al nivel de los mecanismos de rendición de cuentas horizontal de los límites institucionales sobre el poder político, hay pocas dudas de que la suprema corte ha llegado a representar un órgano cada vez más efectivo en términos de la revisión judicial y el control constitucional dentro del sistema político. Esto marca una ruptura histórica en una tradición política en la que la suprema corte rara vez se oponía al ejecutivo, y era percibida como una rama ineficaz y corrupta del sistema político. En los últimos años no sólo ha habido una judicialización de la política al nivel de la relación entre las ramas políticas,

sino que además hay un consenso general en la literatura de que esto equivale a una significativa delegación del poder del ejecutivo en la suprema corte.

La activación de mecanismos efectivos de pesos y contrapesos judiciales al poder político ha ido de la mano de un nivel relativamente alto de acatamiento de los fallos de la corte, aunque parezcan políticamente inconvenientes para el partido de gobierno (Staton, 2002). Estos cambios al nivel de suprema corte parecen indicar un avance importante en la dirección de la construcción del régimen de derecho. Sin embargo, esto no ha sido acompañado de desarrollos similares en la administración de justicia más amplia, en los niveles más bajos del sistema federal de justicia[8]. La siguiente sección examina las razones que explican los avances en el mejoramiento de la "rendición de cuentas horizontal" como resultado de la judicialización de la política, con consecuencias importantes para algunos aspectos del régimen de derecho. Estos avances de ningún modo carecen de consecuencias. Sin embargo, la construcción del Estado de derecho es un proceso complejo de muchos estratos, que, además, no es irreversible. Es posible que los enclaves iliberales, que pueden constituir una gran proporción de las relaciones entre Estado y sociedad, y de comportamiento político inmune al escrutinio legal, coexistan con nuevos espacios legales en que tanto los jueces como los políticos puedan empezar a aceptar las restricciones de probidad constitucional. Aquí se señalan los avances que se han logrado, especialmente al nivel de la suprema corte y las relaciones de "rendición de cuentas horizontal". También se presta atención a algunas de las áreas en que el régimen de derecho está lejos de alcanzarse.

## EL PAPEL TRADICIONAL DEL PODER JUDICIAL MEXICANO

En la década de los noventa hubo un cambio cualitativo en la relación entre la suprema corte y el ejecutivo. En el proceso constitucional de construcción del Estado en México durante siglo XIX se enraizó un papel tradicionalmente pasivo y políticamente secundario de la rama judicial con respecto al ejecutivo. A finales de siglo XIX se consolidaron dos características del papel político de la rama judicial.

---

8 Al nivel estatal ha habido reformas similares de "alto" nivel en el sistema judicial con respecto a las cortes supremas de los Estados y al establecimiento de consejos judiciales, que se efectúan en todo el país desde 1995 (Fix-Fierro 2004). Con respecto a los demás aspectos del sistema de justicia, en la administración pasada del presidente Vicente Fox se anunciaron reformas radicales en un esfuerzo político para mostrar que el gobierno considera seriamente el problema de la seguridad pública.

Primera, el principio de no intervención de la rama judicial en los conflictos electorales y políticos se estableció firmemente después de un debate sobre los peligros de la dictadura de los jueces (Moctezuma Barragán, 1994). Segunda, el juicio de amparo se convirtió en la principal forma de control judicial y hasta la fecha sigue siendo el principal mecanismo para la protección de los derechos individuales contra los actos ilegales de la autoridad (amparo de legalidad) o las leyes y decisiones inconstitucionales del gobierno (amparo de inconstitucionalidad).

Durante el periodo revolucionario, a pesar de un breve interludio de independencia relativa entre 1917 y 1928[9], la rama judicial mantuvo un rol subordinado y complaciente frente al ejecutivo. En el contexto del gobierno del partido dominante, desde la década de 1930 en adelante, la suprema corte desempeñó un papel importante en el otorgamiento de un grado de legitimidad jurídica y constitucional nada despreciable para el sistema político. En general, en los asuntos que eran políticamente sensibles la corte se esforzó por mantener un bajo perfil o por respaldar las directivas políticas generales que provenían del ejecutivo. A este respecto, la rama judicial contribuyó a la estabilidad política estructurada en torno del discurso constitucional nominal y de la práctica de elecciones regulares y rotación presidencial que constituyeron la *pax priísta* del gobierno del partido dominante. El poder judicial era una parte relevante de las estructuras que daban credibilidad a un estado de legalidad de las formas, y de ningún modo careció de importancia para la legitimación del régimen.

Hasta la década de 1980, la legitimidad del régimen se apoyó en gran medida en la capacidad del sistema para elaborar un discurso político de corporativismo de Estado inclusivo y redistributivo. La redefinición del Estado mexicano luego de una serie de crisis económicas y de los comienzos de la liberalización económica y política de los años ochenta llevó a una reconfiguración gradual del lenguaje de legitimidad del régimen en torno a un discurso liberal más explícito del régimen de derecho y de los derechos. Estos desarrollos no fueron lineales ni inequívocos, ni representaron un compromiso sincero de la élite política para mejorar el Estado de derecho. El carácter prolongado del proceso de transición hacia una poliarquía más creíble se caracterizó precisamente por un proceso contradictorio de liberalización política (aceptación de las victorias electorales de la oposición, reforma

9 Durante este período, la corte fue dotada de características más independientes, como los mecanismos de nombramiento, pero también tuvo la reputación de fallar de manera conservadora (Cárdenas, 1996; León, 1990).

gradual del sistema electoral, reforma del poder judicial) junto a la persistencia de las viejas prácticas de fraude, violencia políticamente instigada y violación de los derechos, y enclaves de prácticas autoritarias en las que la norma era la impunidad y estar por encima de la ley. Sin embargo, el proceso de transición y la incorporación de un lenguaje de democracia liberal sentaron el camino para un discurso que sería más compatible con las nociones de gobierno limitado y separación efectiva de los poderes.

Las reformas constitucionales de 1994, a comienzos de la presidencia de Zedillo, que alteraron la posición del poder judicial en relación con el ejecutivo, estuvieron en línea con esos cambios. Sin embargo, es importante señalar que el sistema judicial había experimentado reformas importantes antes de los años noventa[10]. En general, esas reformas fueron dictadas por imperativos administrativos y relacionados con la eficiencia. Después de 1917, hubo un incremento progresivo del número de miembros de la suprema corte como medio para enfrentar el creciente volumen de casos pendientes del alto tribunal. En 1951 se establecieron tribunales colegiados para ayudar a manejar los amparos de legalidad (referentes a la legalidad de actos y resoluciones). En 1958 se aprobó una ley que dio competencia exclusiva a la suprema corte para fallar los amparos de inconstitucionalidad, casos en los que se impugnaba la constitucionalidad de las leyes. Las facultades de control constitucional de la suprema corte se centralizaron aún más en una reforma de 1987 por la cual el alto tribunal dejó de decidir los amparos de legalidad –que serían manejados exclusivamente por los tribunales colegiados– para dedicarse esencialmente a los amparos de constitucionalidad. Así, el carácter del alto tribunal como corte predominantemente constitucional se empezó a esbozar ya en los años ochenta (Fix-Fierro 2004). Sus poderes de revisión aún estaban limitados debido al carácter "concreto" del juicio de amparo. Los fallos de la corte a este respecto sólo se aplican al caso que tiene entre manos y no poseen un efecto *erga omnes* o general. Es significativo que esto no se modificó con las reformas de la década de 1990.

Aunque las reformas anteriores a 1994 fueron importantes, especialmente porque aliviar los problemas de carga excesiva y de demoras de la alta corte, también se debe señalar que no se percibió un cambio fundamental de actitudes en la relación entre el sistema judicial y el ejecutivo. Esto sólo ocurriría con las reformas de los años noventa, y en el contexto particular del régimen de transición.

---

10 Para una discusión detallada de las reformas y de su impacto, cfr. Fix-Fierro (2000, 2004).

## LA REFORMA JUDICIAL Y LA MODIFICACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS LEGALES EN LOS NOVENTA

Las reformas constitucionales de 1994 y 1996 resultaron ser hitos cruciales en la historia política de la rama judicial. Se ha escrito mucho sobre sus méritos y deficiencias[11]. Aquí solamente delineo sus principales componentes en la medida en que han contribuido a la alteración sistémica del funcionamiento de los mecanismos de rendición de cuentas horizontal.

La reforma de 1994 aumentó la independencia judicial con respecto al ejecutivo a través de un nuevo sistema de nombramientos de la suprema corte, que requería el respaldo de una mayoría de dos tercios de los votos del senado a una lista de candidatos presentada por el presidente. Este sistema sustituyó al de nombramiento presidencial sujeto a la ratificación del senado por mayoría de votos. Los poderes de revisión de la suprema corte se modificaron sustancialmente mediante el reforzamiento de su facultad de "controversias constitucionales", por la cual dirime los conflictos que surgen entre los diferentes niveles de la administración pública y el gobierno. La segunda adición importante fue la creación de la "acción de constitucionalidad", mediante la cual, por requerimiento de un tercio de los votos de cualquier legislatura, bien sea de nivel federal o estatal, la corte puede fallar sobre la constitucionalidad de una ley. Esto último es particularmente novedoso debido al efecto general de los fallos de la corte en términos de la anulación de la ley en este tipo de demanda constitucional[12]. Solamente la rama legislativa puede recurrir a esta forma de revisión. Para los ciudadanos individuales, el juicio de amparo sigue siendo la principal forma de protección de los derechos y de control judicial, y se ha mantenido sin cambios. Se otorgó mayor autonomía presupuestal. Se creó un consejo judicial que estaría a cargo de la administración del sistema judicial, incluidos la administración de los tribunales, los nombramientos, la promoción y la acción disciplinaria interna. Una reforma posterior, en 1999, redefinió la relación entre el consejo judicial y la

---

11 Berruecos (2002, 2003), Fix-Fierro (2004) López y Fix-Fierro (2000), Fix-Fierro (2000), Domingo (2000), Arteaga (1995), Vargas (1996), Melgar (1995), entre otros.

12 El impacto de este nuevo poder de revisión se redujo debido a varias salvedades: primera, el requisito de que los fallos requieren ocho de los once votos; y segunda, el tiempo límite que se estableció para que los miembros del congreso se movilicen y presenten una demanda constitucional ante la corte.

suprema corte después de las primeras señales de conflicto entre los dos cuerpos. La reforma de 1999 reafirmó la posición dominante de la suprema corte frente al consejo judicial.

La reforma constitucional de 1996 extendió los poderes de revisión del sistema judicial a los asuntos electorales. Incorporó plenamente el tribunal electoral a la rama judicial y extendió los poderes de revisión de la suprema corte a algunas disputas electorales[13]. El número de disputas electorales que se presentaron ante el tribunal electoral federal atestigua el alto nivel de activismo judicial que se ha desplegado en esta área. Entre 1996 y 2000, se presentaron al tribunal electoral 11.906 disputas (Berruecos, 2003, 808). Además, la suprema corte trata un número cada vez mayor de casos relacionados con la constitucionalidad de las leyes electorales (Finkel, 2003). Rompiendo con una larga tradición de no intervención de los tribunales en las disputas electorales, ésta es una de las áreas en que la judicialización de la política ha llegado a ser más evidente. Los primeros casos estuvieron marcados por una gran controversia, debido en parte a la novedad de la resolución de las disputas electorales en los tribunales, pero también a la sospecha aún predominante de que la suprema corte fallaría siguiendo criterios políticos. Vale la pena señalar algunos aspectos. Primero, hubo un desplazamiento de la práctica de "negociar" los resultados electorales con el Partido Revolucionario Institucional (pri) hacia un sistema en el que las disputas se podían resolver creíblemente por medios jurídicos. Esto marcó el comienzo no sólo del mejoramiento de las condiciones para la competencia electoral, sino de una cultura del régimen de derecho como parte del proceso electoral, de la que se carecía dramáticamente antes de la reforma de 1996. El segundo desarrollo fue la creciente aceptación de los opositores políticos de que había mucho que ganar recurriendo a los tribunales. En vista del número de historias exitosas de disputas electorales en favor de la oposición política al pri, esto no sólo dio credibilidad al proceso legal como mecanismo "justo", sino que hizo más difícil que el partido gobernante (el Partido de Acción Nacional, pan) ignorara los fallos judiciales sobre asuntos electorales. Esto contribuyó, en no poca medida, a mejorar la imagen de la suprema corte y del tribunal electoral como órganos que actúan con autonomía política frente al ejecutivo (en los niveles federal y estatal). En vista de la historia de prácticas fraudulentas que caracterizó a los procesos electorales mexicanos en

13 Para un análisis a profundidad del impacto político de la reforma de 1996, cfr. Berruecos (2003) y Finkel (2003).

el pasado, la judicialización de la política a este respecto ha significado un paso importante hacia la construcción del régimen de derecho[14].

El activismo judicial de la suprema corte durante los años noventa no se limitó a las disputas electorales. Las reformas de 1994 desencadenaron un proceso más amplio de redefinición de las operaciones de revisión judicial en todo el sistema político. Mediante el mecanismo de las controversias constitucionales, por el cual la suprema corte se ha encargado de fallar disputas polémicas entre diferentes niveles del gobierno municipal, estatal y federal, el sistema judicial ha contribuido a definir las fronteras legales del federalismo mexicano. El lúcido estudio de Berruecos (2002) revela, en primer lugar, que los partidos de oposición, de algún modo bajo la iniciativa del PAN, comprendieron rápidamente los beneficios potenciales de recurrir a este instrumento jurídico para recusar a los gobiernos del PRI, de los niveles estatal y federal, por los abusos percibidos de las fronteras jurisdiccionales entre los diferentes niveles de gobierno. En este sentido, se descubrió que la movilización jurídica era un instrumento útil para afirmar las fronteras jurisdiccionales que en el pasado eran más nebulosas y estaban sujetas a negociaciones políticas. En segundo lugar, los fallos judiciales indicaban la disposición de la suprema corte a actuar independientemente de la rama ejecutiva. Cuando la posibilidad de un desafío judicial exitoso a la rama ejecutiva se hizo evidente para los opositores políticos, se reforzó la utilidad percibida de este espacio legal y se incrementó la posibilidad de que se siguiera recurriendo a él. Es claro que los partidos políticos en los diversos niveles de gobierno y la oposición han encontrado una suprema corte que se muestra receptiva y activa. En tercer lugar, el dramático aumento del número de controversias constitucionales que se presentaron en la década de 1990 llevó a que la suprema corte se convirtiera en un actor clave en la compleja redefinición del federalismo que forma parte de la transición política de México hacia un régimen democrático[15]. En los fallos no

---

14 Es claro que un aspecto importante de la judicialización de la política en México ha girado en torno a las disputas electorales. Esto se entiende especialmente en el contexto de una larga tradición de control político de la competencia electoral y de su resultado. Es posible que cuando la alternancia política llegue a ser "normal", disminuyan las demandas de procesos electorales aunque la función de vigilancia de los tribunales a este respecto siga siendo importante.

15 Entre 1917 y 1994 sólo se presentaron a la corte 55 controversias constitucionales. Entre 1994 y 1998, se presentaron 144 controversias. Entre 1998 y 2000, se presentaron 140 casos. Sólo en 2001 se sometieron 300 casos relacionados con la controversial ley indígena. Para un estudio detallado de este aspecto de la judicialización de la política, cfr. Berruecos (2002).

hay una clara dirección de esta redefinición del "pacto federal" distinta de la de establecer más claramente las fronteras legales de las relaciones y competencias de los diferentes niveles del gobierno. Este es un cambio notorio desde el antiguo arreglo federal que consistía en reglas del juego "no escritas" en la negociación entre niveles centrales y niveles estatales del gobierno. Otro desarrollo importante fue el proceso de afirmación de las autoridades municipales frente al gobierno estatal y federal. La corte desempeñó un papel importante en este proceso[16].

El activismo judicial de la suprema corte se ha extendido a áreas en las que prefería mantener bajo perfil en el pasado. Además de tratar las controversias constitucionales, y sus nuevos poderes de control de la constitucionalidad a través del juicio de "acción constitucional", la corte está fallando audazmente en un gran número de materias, así como en el uso del juicio de amparo tradicional. Este cambio de comportamiento en los fallos de amparo es particularmente interesante. En general, los fallos judiciales han incluido decisiones controversiales sobre leyes tributarias, la definición constitucional de la pertenencia a los sindicatos, la constitucionalidad de las tasas de interés que los bancos intentaron imponer después de la crisis económica de 1994, la jurisdicción constitucional del nivel del gobierno que puede decidir sobre la implementación de la hora de verano, las normas de extradición controversiales, la constitucionalidad de la ley indígena, y el caso del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa), para mencionar tan sólo algunos[17]. Los fallos no han estado exentos de controversia. Sin embargo, lo que parece haber surgido es un creciente reconocimiento público de que la corte busca auténticamente distanciarse de su reputación de ser políticamente dependiente, y asumir seriamente su función de guardián constitucional. También es importante señalar que no existe un sesgo ideológico o político claro en los fallos, lo que se ha sumado al sentimiento de que la judicialización de la política en conjunto no está sesgada en favor de un conjunto único de intereses políticos

---

16 Por ejemplo, en Nuevo León, la municipalidad de San Nicolás de los Garza enjuició al gobierno estatal por asuntos fiscales y en 1997 recibió un fallo parcialmente favorable de la suprema corte. Río Bravo, una municipalidad gobernada por el PAN, fue también uno de los primeros ejemplos de un fallo favorable de la suprema corte en un caso de controversia constitucional contra el gobierno estatal en temas de seguridad pública y tránsito. Recientemente, la suprema corte también se convirtió en campo de batalla a causa de los conflictos entre el gobierno local de la capital federal, encabezado por ANDRÉS LÓPEZ OBRADOR (PRD), y el gobierno nacional de VICENTE FOX (PAN). Cfr. BERRUECOS (2002).

17 Cfr. FIX-FIERRO y LÓPEZ (2001), STATON (2002, 2003), BERRUECOS (2002, 2003), entre otros.

o económicos[18]. Esto ha contribuido a la novedosa imagen de independencia judicial que se está desarrollando al nivel de la suprema corte.

Desde la perspectiva de los partidos políticos, la suprema corte ha llegado a ser un actor institucional del que requieren reconocimiento. A medida que la suprema corte adquiere mayor legitimidad y credibilidad, así como una presencia pública más destacada, los costos de incumplir sus fallos son más altos para los grupos gobernantes[19]. En ese sentido, los mecanismos de rendición de cuentas horizontal parecen estar impulsando la revisión judicial de una manera que no tenía precedentes. La creciente credibilidad de los tribunales hace más difícil que los actores políticos renuentes los debiliten o coopten como en el pasado, o que los ignoren. Además, en la medida en que su presencia pública e independiente ha sido asimilada en la imaginación política, la apelación a estrategias legales ha llegado también a ser un instrumento útil –y *normal*– que utilizan los diversos actores políticos para promover ciertos intereses políticos.

Es evidente que la judicialización de la política ha ido de la mano con la transformación de la percepción que la suprema corte tiene de sí misma. Desde 1994 la suprema corte se ha empeñado en un esfuerzo consciente para labrarse un nuevo papel en un ambiente político que cambia rápidamente y distanciarse de su pasado políticamente subordinado[20]. Este cambio ha ocurrido en diferentes niveles. Primero, la corte ha buscado reafirmar su nueva independencia política con respecto al ejecutivo. Segundo, ha decidido promover el activismo judicial en

---

18 Es claro que los partidos "perdedores" pueden acusar de manipulación política cuando un fallo va contra sus intereses. Sin embargo, en general, hay una creciente aceptación de que la corte no necesariamente favorece un conjunto claro de intereses políticos o económicos frente a otros. Ha demostrado ser progresista en algunas áreas (p. ej., en los casos de derechos humanos) y conservadora en otros, pero no se percibe un patrón claro.

19 Staton (2002) hace un estudio interesante de las diferencias en el cumplimiento de la ley de los diferentes partidos que han encabezado el gobierno federal, que son más vulnerables a los costos del incumplimiento de los fallos judiciales que los gobiernos locales o estatales, donde es más difícil superar la tradición de impunidad y se considera que los costos de la desobediencia son menos perjudiciales. En última instancia, sin embargo, aun en este nivel es cada vez más difícil negarse a implementar los fallos de la suprema corte.

20 Como consecuencia de las reformas constitucionales de 1994, la suprema corte fue reestructurada totalmente cuando se destituyó y sustituyó a todos los miembros anteriores. En esa época se sugirió que Zedillo había aprovechado la oportunidad de embolsillarse a la corte con jueces leales al pri. El comportamiento posterior de la corte no respalda esta pretensión. Ya desde 1980 parece haber habido una despolitización gradual de los miembros de la corte desde el punto de vista de sus antecedentes y su filiación política. Cfr. Domingo (1999).

áreas donde en el pasado buscaba la oscuridad con respecto a la opinión pública. Tercero, la corte ha experimentado más que un cambio de apariencia en el intento de reconstruir su imagen. Se ha comprometido en una campaña de relaciones públicas que incluye, entre otras cosas, el desarrollo de una nueva imagen pública mediante la publicidad, la publicación de libros y folletos sobre su función democrática y sus fallos, y el notable mejoramiento de la información sobre su funcionamiento interno que pone a disposición del público[21].

En el caso mexicano, el cambio institucional ha contribuido entonces de manera importante a un proceso de judicialización de la política al nivel de la relación entre la suprema corte y la rama ejecutiva. La suprema corte se ha convertido en un foro eficaz y creíble para la resolución de una amplia gama de conflictos políticos y sociales. Desde el punto de vista de la construcción del régimen de derecho, ha contribuido considerablemente a los mecanismos de supervisión judicial y de pesos y contrapesos constitucionales dentro del sistema político. Es importante subrayar que esos cambios son especialmente notorios precisamente al nivel de la suprema corte. En los niveles inferiores del sistema judicial y en particular en las judicaturas estatales, esos cambios no son muy visibles, con algunas excepciones notables. A este respecto, los mecanismos sociales para exigir la rendición de cuentas no se han reforzado en el mismo grado. Esto puede obedecer en parte al carácter del proceso de transición –que se discute más adelante–, que en México ha sido especialmente gradual y de arriba hacia abajo. Pero el carácter del fenómeno de la judicialización también se deriva en parte del hecho de que las reformas judiciales han sido instituidas en particular al nivel de la suprema corte y mucho menos en los niveles inferiores de la jerarquía judicial.

Es importante señalar que aunque la judicialización de la política en el caso de México parece haber ido de la mano con la autoafirmación de una corte políticamente independiente, según todas las apariencias, esto no se debe entender como una razón para un incremento indebido de los poderes políticos de la corte en el futuro. En los debates recientes sobre la reforma judicial, la suprema

---

21 Cfr. Staton (2003) para un análisis a profundidad y una evaluación del ejercicio de relaciones públicas de la suprema corte, y del grado en que ha mejorado su reputación pública y su influencia política por ser capaz de influir en las futuras iniciativas de reforma judicial. Staton sostiene que a pesar del vigoroso esfuerzo de la corte para convertirse en actor político no sólo en los temas judiciales sino también en los procesos legislativos, no ha llevado realmente a un mejoramiento de las posibilidades de determinar la agenda legislativa relacionada con la reforma judicial.

corte ha cabildeado para ampliar sus poderes de revisión, pero es posible que un exceso de poder de los tribunales resulte problemático en el largo plazo para la institucionalización de la democracia.

## JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

El proceso indiscutible de judicialización de la política, y la manera como se ha desarrollado –con el establecimiento, algo sorprendente y sin precedentes históricos, de una rama judicial relativamente independiente en términos políticos–, ha significado claramente en el caso mexicano que los partidos gobernantes (primero el PRI y ahora el PAN) han aceptado delegar un mayor grado de poder para tomar decisiones políticas a la rama judicial, y las consecuencias de la supervisión judicial y del gobierno limitado de maneras que están lejos de ser eliminadas del viejo sistema político del PRI. ¿Qué tan efectivamente limitado llega a ser el gobierno dentro de una tradición política de impunidad e improbidad judicial? ¿En qué medida esta judicialización de la política se puede entender como una consecuencia del tipo de régimen de transición que se ha experimentado en México?

Las reformas de 1994 con las que ZEDILLO inauguró su presidencia desencadenaron un proceso de reacomodamiento institucional que se reforzó con el cambio de circunstancias políticas y una nueva constelación de fuerzas políticas en torno de una competencia de partidos más abierta y pluralista. Las reformas pueden no haber estado motivadas por un compromiso auténtico con el reforzamiento del Estado de derecho, pero no obstante señalaron una respuesta política a diversos factores que ejercían presión sobre el régimen en 1994. Primero, se tipificó una práctica de iniciar el término presidencial con la promesa de combatir la corrupción y la debilidad del régimen de derecho. En las administraciones presidenciales anteriores se hacían gestos similares, como el arresto espectacular de funcionarios públicos corruptos. Segundo, la violencia política y la imagen de corrupción que caracterizaron los meses finales de la administración SALINAS ejercieron una presión distinta sobre el nuevo gobierno para que introdujera enmiendas, en forma de algunos gestos políticos y legislativos para combatir la impunidad. Tercero, el contexto internacional no era irrelevante. SALINAS ya había hechos algunas concesiones a las presiones internacionales sobre temas de derechos humanos mediante la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en 1992. La firma del TLCAN no fue irrelevante para impulsar la reforma del Estado de derecho, aunque claramente el éxito del tratado no de-

pendía de las reformas judiciales, pues ya había sido firmado[22]. En fin, aunque políticamente atractivas en el corto plazo, las consecuencias de largo alcance de la reforma de 1994 acaso no fueron previstas en la época de su aprobación. Sin embargo, en cierto nivel pueden haber reflejado la inclinación personal de Zedillo a impulsar una reforma política más sustancial de lo que acostumbraba el PRI –como se haría evidente en las reformas posteriores–, así como la necesidad de responder a la crisis de legitimidad política que afectaba al país desde la rebelión zapatista y los asesinatos políticos de 1994[23]. No obstante, dada la historia de complacencia política del sistema judicial, y el hábito del dominio del ejecutivo, en esa época probablemente había pocas expectativas de que la suprema corte experimentara una profunda transformación de su papel en el sistema político o decidiera activar realmente sus nuevos poderes en la forma en que lo hizo.

El proceso de transición en México se caracterizó por una especie de democratización *a escondidas*. No hubo una ruptura súbita ni un claro momento fundacional o constitucional. La derrota electoral del PRI en 2000 fue la culminación de un largo proceso que se había iniciado al menos en los años ochenta, y que se puede rastrear hasta la reforma electoral de 1977. El PRI ya había incurrido en importantes pérdidas electorales al nivel estatal antes de 2000 y en las elecciones intermedias de 1997, donde perdió su mayoría en el congreso. Muchas de las formas institucionales del gobierno democrático (elecciones competitivas, una separación de poderes más efectiva, etc.) ya existían antes de la victoria de Fox. Al mismo tiempo, muchos elementos del gobierno democrático son aún deficientes de diversas maneras, por ejemplo, un régimen de derecho y una protección de los derechos ineficaces en otros niveles del sistema de justicia[24]. Si examinamos

---

22 Erfani (1995) argumenta que Estados Unidos ya había conseguido garantías legales suficientes en los términos del TLCAN para tener que desempeñar un papel demasiado importante en el impulso de reformas adicionales.

23 Cabe señalar que la manera cuestionable de nombrar a los miembros de la nueva suprema corte fue un intento de último momento para recuperar el control de una reforma judicial que tenía el riesgo de modificar las relaciones entre la rama judicial y el ejecutivo. En última instancia, sin embargo, el ejecutivo fue incapaz de cooptar efectivamente al nuevo tribunal superior.

24 El impacto de la suprema corte sobre los tribunales de nivel inferior se filtra lentamente a lo largo del sistema, aunque, como la suprema corte ha afirmado su control sobre los consejos judiciales, puede ser que (para bien o para mal) esto aumente su control sobre los tribunales de menor nivel. La suprema corte también ejerce un control menos directo sobre los sistemas judiciales estatales que sobre los tribunales inferiores del sistema de justicia federal.

la judicialización de la política dentro de este complejo proceso de cambio del régimen, de pare y siga, la transformación de la actitud de la suprema corte hacia un mayor activismo judicial luego de las reformas constitucionales de 1994 y 1996 fue a la vez una consecuencia y un factor que contribuyó al proceso de transición.

La administración de Zedillo se caracterizó particularmente por la profundización de la tendencia política hacia una mayor competencia y un mayor pluralismo de los partidos políticos, que por supuesto no careció de ambivalencia y contradicciones. El PRI perdió su mayoría en el congreso en 1997 y luego, en 2000, la presidencia. La alteración del panorama político que sirvió de trasfondo a las reformas de 1994 contribuyó a modificar la estructura de incentivos para el comportamiento de los miembros de la suprema corte, por una parte, y de los actores políticos con respecto a los nuevos poderes de la rama judicial, por la otra. El cambio de actitud de la suprema corte fue impulsado, en cierta forma, no sólo por las reformas sino también por la creciente conciencia de la modificación del clima político, en el que quedó abierto a redefinición el papel político del sistema judicial, junto al de otras instituciones, cuando el PRI perdió su posición hegemónica.

Para los partidos políticos en contienda, las oportunidades que generaban los nuevos poderes de revisión judicial en el contexto de una mayor competencia política aumentaron los incentivos para recurrir al sistema judicial como árbitro de los conflictos políticos que en el pasado se solían resolver mediante otras formas de negociación política con el gobierno central. En cierta medida, esto fue desencadenado por el PAN al nivel del gobierno municipal y estatal, cuando las controversias constitucionales se registraron con creciente entusiasmo[25]. Es claro que la apelación sostenida a las estrategias legales requiere que arrojen resultados positivos. La judicialización de la política en los años noventa no sólo se combinó con una mayor disposición de los partidos políticos emergentes a confiar en la capacidad de resolución del tribunal en su favor, sino también con un grado creciente de receptividad y de autonomía probada de los fallos de la suprema corte así como con el mayor poder que la reformas de 1994 y 1996 otorgaron a la rama judicial. El hecho de que la suprema corte ahora falle regularmente sobre un gran número de temas políticos, sociales y económicos ya no es la excepción sino la regla.

---

25 Berruecos (2002).

El caso mexicano es, entonces, un claro ejemplo de la presión que se ejerce sobre quienes detentan el poder para que hagan concesiones sobre las reglas del juego político en un intento de resolver una creciente crisis de legitimidad. Cuando estas concesiones fueron activadas contribuyeron a un cambio sistémico de los patrones de rendición de cuentas, al menos con respecto al nivel "horizontal". México es también un ejemplo de que la aceptación de normas autolimitantes, para obtener ganancias políticas de corto plazo, tiene consecuencias políticas imprevistas de largo plazo. En la medida en que lleve a una *normalización* del mejoramiento de los mecanismos de pesos y contrapesos de la rendición de cuentas horizontal frente al pasado, la judicialización de la política a este "alto" nivel tendrá algún impacto sobre la compleja construcción del régimen de derecho.

Aquí es necesario hacer algunas salvedades. En primer lugar, aunque las condiciones particulares del mayor activismo judicial al nivel de la suprema corte han llevado aparentemente a un mejoramiento de la rendición de cuentas horizontal, esta no es una consecuencia inevitable de la judicialización de la política. No podemos excluir que la corte aún pueda experimentar un proceso de *politización* mediante el cual se pueda empezar a debilitar la autonomía que ha llegado a caracterizar sus fallos. En segundo lugar, un mejor funcionamiento y una suprema corte más activa no han eliminado muchas "áreas marrones" del sistema de justicia de México, donde el Estado de derecho es débil. La corrupción en los cargos políticos, aunque quizá más controlada que en el pasado, sigue siendo un problema crítico del sistema político mexicano. El sistema de justicia penal está plagado de abusos de los derechos humanos y de ineficiencia. En este sentido es importante distinguir algunos aspectos. Primero, que la judicialización puede o no contribuir a la construcción y modernización del Estado de derecho y del sistema de justicia, lo que depende de la configuración particular del proceso de judicialización en el contexto de cada país. Segundo, que la construcción del régimen de derecho es en todo caso un proceso complejo y de múltiples estratos en el que pueden coexistir diferentes niveles y calidades de rendición de cuentas o eficacia legal. A lo sumo puede haber un efecto de contagio entre las áreas que mejoran y las que se retrasan, pero éste no es un proceso inevitable. En la medida en que el proceso de transición mexicano ha sido dirigido desde "arriba", especialmente en el caso de la reforma judicial, esto ha llevado a una judicialización de la "alta" política, y a un mejoramiento de la credibilidad pública de los altos tribunales.

Los cambios en el contexto social no han sido irrelevantes, aunque la judicialización de la política en el caso mexicano ha sido menos susceptible a los

procesos de movilización legal de abajo hacia arriba[26]. Aunque la judicialización de la política ha llevado a una importante reconfiguración de las relaciones entre los poderes del Estado, y al inicio de mecanismos más efectivos de responsabilidad horizontal, no ha habido un sentimiento de apropiación social de las estrategias legales como medio para reivindicar los derechos ni un sentimiento más amplio de "responsabilidad social" basado en la movilización legal, con algunas excepciones notables. Sin embargo, esto está cambiando lentamente. La sociedad mexicana, en parte como reflejo de los patrones de urbanización y modernización, demanda cada vez más el régimen de derecho y la protección de los derechos (Domingo, 1999). Así sucederá aún más con el colapso de las viejas estructuras del corporativismo de Estado y el debilitamiento del discurso de inclusión redistributiva del proyecto revolucionario. La liberalización política ha ido de la mano con un discurso de derechos que se ha incorporado en las aspiraciones públicas de una ciudadanía democrática. Pese a ello, es importante subrayar que la manera en que la ciudadanía y sus derechos conexos se definen en la sociedad mexicana está lejos de ser homogénea, aún más en vista de las demandas de los indígenas para que se reconozcan las formas comunitarias de justicia. En general, "la responsabilidad social" a través de la movilización legal desde abajo ha sido lenta en México, en comparación con Argentina, por ejemplo. Sin embargo, no ha estado totalmente ausente y su presencia, aunque fragmentaria y desigual, está contribuyendo a los desarrollos políticos y sociales que dan forma a la compleja tarea del régimen de transición y, es de esperar, a la construcción del régimen de derecho. El descubrimiento social del lenguaje de los derechos ha sido impulsado en parte por la creciente movilización de las ONG alrededor de los problemas de violación de los derechos humanos, pasados y presentes, con un efecto judicial que aún no es claro (aunque el reciente intento de enjuiciar el ex presidente Echevarría por su papel en las acciones represivas contra los manifestantes de 1971 es un desarrollo interesante a este respecto)[27]. La creación de la CNDH, con todas las salvedades que

---

26 Los grupos indígenas se movilizaron a través de los tribunales contra la constitucionalidad de la legislación sobre derechos indígenas, aprobada durante la presidencia de Fox, que incumplió el acuerdo de San Andrés con los rebeldes zapatistas. No obstante, la ley fue respaldada por un fallo de la suprema corte. Esta fue una experiencia desalentadora para los grupos indígenas, pero la movilización legal desde abajo fue bastante novedosa. Las estructuras autoritarias de la sociedad mexicana y el reciente carácter de los procedimientos democráticos explican en gran medida porqué ha sido lenta la movilización legal desde abajo.

27 Cfr. Welna (1997).

se puedan hacer sobre su funcionamiento, especialmente en la primera época, ha impulsado el discurso de los derechos y del régimen de derecho. La movilización del movimiento social del Barzón en defensa de los pequeños acreedores incapaces de pagar los intereses de las deudas luego de la crisis financiera de 1994 fue un ejemplo interesante de la apelación colectiva a los tribunales en demanda de compensaciones sociales y económicas[28]. Estos lentos cambios son importantes por cuanto señalan un descubrimiento gradual de la ley por los actores sociales como medio para defender sus derechos, aun cuando los fallos no necesariamente siempre sean a favor de los intereses movilizados (aunque a este respecto no hay un patrón claro). Sin embargo, en general, la judicialización de la política en México ha sido menos el resultado de la movilización jurídica desde abajo que del uso que los partidos políticos dan a los nuevos poderes de revisión judicial. Además, los altos niveles de desconfianza pública en el sistema judicial también persisten como consecuencia de la mala imagen del sistema de justicia penal, tanto en términos de su reputación por los abusos contra los derechos humanos, como de su imagen de corrupción e ineficacia para mejorar la seguridad pública y combatir el crimen[29].

Una importante consecuencia del proceso de transición ha sido la apertura gradual del sistema a las estructuras y normas legales internacionales. El creciente compromiso de México con los tratados internacionales y regionales ha llevado a que el Estado dependa más de las normas y estándares internacionales sobre derechos y debido proceso. El activismo de los derechos humanos ha incorporado con buenos efectos la apelación al sistema interamericano de protección de derechos, con algún impacto sobre las acciones del gobierno[30]. La élite política, a diferencia del pasado, ahora tiene más cuidado de no ignorar sus compromisos con los derechos internacionales y regionales. Aunque el contexto social mexicano ha cambiado notablemente, así como las expectativas sociales sobre el gobierno democrático, la opinión pública sigue teniendo en baja estima al sistema general

---

28 Cfr. Fix-Fierro y López (2002), y [http://www.elbarzon.org].

29 Human Rights Watch (1999) y UN Economic and Social Council (2002), entre otros.

30 La liberación del general Gallardo en 2002, luego de las recomendaciones de la CIDH, fue una pequeña victoria en este sentido. El general Gallardo fue arrestado en 1993 después de criticar las violaciones de los derechos humanos que cometían las fuerzas armadas mexicanas. Inicialmente fue adoptado como objetor de conciencia por Amnistía Internacional, y su caso luego se llevó al sistema interamericano.

de justicia. La judicialización de la política en los escalones superiores de la rama judicial no se ha traducido directamente en un mejor nivel de la administración de justicia (aunque se están llevando a cabo procesos de reforma al nivel estatal; Fix-Fierro, 2004). Este confuso bagaje acerca de cómo opera la ley es muy problemático debido justamente a los obstáculos que impone a la construcción del Estado de derecho y a la posibilidad de una ciudadanía basada en los derechos. El fracaso de un sistema de justicia más incorporado socialmente y más confiable a través del tiempo genera problemas estructurales para el avance democrático. Las "áreas marrones" de la (in)efectividad de la ley y la impunidad pueden mantenerse indefinidamente, sin ser afectadas de manera directa por los procesos de judicialización de arriba hacia abajo. En el mejor de los casos, se puede producir un efecto de "contagio"; y en el peor, pueden coexistir en forma indefinida cualidades paralelas en la administración de justicia.

## CONCLUSIONES

En México coexisten cambios fundamentales en algunos niveles de la función judicial de protección de los derechos y un gobierno limitado con estructuras ilegales profundamente arraigadas en el sistema de administración de justicia. No es sorprendente que lo que encontramos en el sistema mexicano de justicia sea un complejo traslape de procesos de cambio con continuidades del pasado que se proyectan en el futuro. Es difícil lograr progresos paralelos en todas las esferas del sistema de justicia, pero no se debería subestimar la suma de los cambio en las instituciones, las percepciones y las oportunidades de movilización legal en la dirección de la protección de los derechos. En algunos aspectos, México está experimentando una importante ruptura con el viejo esquema de gobierno de un partido dominante en el que había un gobierno *por* la ley, pero donde el régimen de derecho era más excepcional que hoy en día.

¿Hasta qué punto este es el resultado de un proceso de judicialización de la política? Al nivel de los mecanismos de rendición de cuentas horizontal, la judicialización de la política parece resultar en un mejoramiento de las formas de gobierno limitado, lo que significa un logro importante en el contexto del proceso mexicano de transición extendida y dada su historia de presidencialismo "metaconstitucional". Pero esta es una característica de los procesos de reforma de arriba hacia abajo y de la política de alto nivel. La reforma ha llevado a una delegación efectiva del poder del ejecutivo a la rama judicial, que se ha traducido, quizá más allá de las expectativas iniciales, en el rápido desarrollo de un activismo

judicial notablemente autónomo por parte de la suprema corte. Esta delegación de poder a la rama judicial fue una concesión al discurso del régimen de derecho en una época en que se necesitaba reforzar la legitimidad del régimen. A medida que el sistema político mexicano ha avanzado poco a poco en el camino hacia algún tipo de democracia liberal, el lenguaje de los derechos y del Estado de derecho ha llegado a ser una promesa política más explícita y una demanda pública más intensa. El contexto internacional no ha sido irrelevante, pero en general ha desempeñado un papel indirecto, incentivando la redefinición del funcionamiento del sistema legal.

¿Qué lecciones se deben aprender de la judicialización de la política en el caso mexicano? Es claro que existe un vínculo con la construcción del régimen de derecho, pero es tenue y complejo. Los procesos de judicialización pueden activar hábitos de mayor rendición de cuentas legal –como en el caso de la suprema corte– pero esto no es inevitable. El mayor activismo judicial también puede ser promovido por intereses políticos y sociales poderosos, con el peligro de que los tribunales no actúen autónomamente si se coluden con esos grupos. También es posible imaginar procesos de judicialización en los que los jueces disfruten de mucha menos credibilidad. Así, aunque el caso mexicano por ahora parece haber llevado al mejoramiento de los mecanismos de rendición de cuentas horizontal entre el ejecutivo y la rama judicial, esto no se puede aplicar como norma en todas partes. Finalmente, es importante advertir contra los peligros de atribuir poderes excesivos a los jueces desde la perspectiva del gobierno democrático en el largo plazo.

## REFERENCIAS

Arteaga Nava (1995). "Las nuevas facultades de la Suprema Corte de la Nación", Mario Melgar Adalid (ed.). *Reformas al poder judicial*, México, unam.

Berruecos, Susana (2002). "The Mexican Supreme Court under New Federalism: An Analysis of Constitutional Controversies (1995-2000)", artículo presentado en el Centro de Investigación y Docencia Económica, cide.

Berruecos, Susana (2003). "Electoral Justice in Mexico: The Role of the Electoral Tribunal under new Federalism", *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, 801-825.

Cappelletti, Mauro (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press.

Cárdenas Gracia, Jaime (1996). *Una Constitución para la democracia: Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, unam.

Domingo, Pilar (1999). "Rule of Law, Citizenship and Access to Justice in Mexico", *Mexican Studies*, vol. 15, n.º 1, 151-191.

Domingo, Pilar (2000). "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, n.º 3, 705-735.

Domingo, Pilar (2004). "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", *Democratization*, vol. 11, n.º 1, 104-126.

Epp, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.

Erfani, Julie A. (1995). *The Paradox of the Mexican State: Rereading Sovereignty from Independence to nafta*, Boulder, Lynne Rienner Publisher.

Ferejohn (1998). "Dynamics of Judicial Independence: Independent Judge, Dependent Judiciary", manuscrito sin publicar.

Finkel, Jodie (2003). "Supreme Court Decisions on Electoral Rules after Mexico's 1994 Judicial Reform: An Empowered Court", *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, n.º 4, 777-799.

Fix-Fierro, Héctor (2000). "Poder judicial", en María del Refugio González y Sergio López Ayllón (eds.). *Transiciones y diseños institucionales*, México, unam, 162-217.

Fix-Fierro, Héctor (2004). "La Reforma en México: Entre la eficacia autoritaria y la incertidumbre democrática", en Luis Pásara (ed.). *En busca de una justicia distinta: Experiencias de reforma en América Latina*, Lima, Consorcio Justicia Viva, 249-288.

Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón (2001). "Legitimidad contra Legalidad: Los dilemas de la transición jurídica y el Régimen de derecho en México", *Política y Gobierno*, vol. 8, 347-393.

Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón (2002). "Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México", en José María Serna de la Garza y José Antonio Caballero Juárez (eds.). *Régimen de derecho y transición jurídica*, México, unam, 95-137.

Gargarella, Roberto (2003) "The Majoritarian Reading of the Rule of Law", en José María Maravall y Adam Przeworski (eds.). *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 147-167.

Gloppen, Siri (2003). "Analyzing the Role of Courts in Social Transformation: Social Rights Litigation, Court Responsiveness and Capability", Presented at the Workshop "Human Rights, Democracy and Social Transformation: When do Rights Work?" at the University of Witwatersrand.

Guarnieri, Carlo y Patrizia Pederzoli (1999). *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus.

Holmes, Stephen (2003). "Lineages of the Rule of Law", en José María Maravall y Adam Przeworski (eds.). *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 19-61.

Human Rights Watch (1999). *Torture, Disappearance and Extrajudicial Execution*, New York, Human Rights Watch.

Keck, Margaret y Kathryn Sikkink (1998). *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press.

León González, S. G. (1990). "Decisiones constituyentes 1921-1938", tesis de grado no publicada, México, unam.

López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro (2000). *¡Tan cerca, tan lejos! Régimen de derecho y cambio jurídico en México* (1979-1999), México, unam, [http://info.juridicias.unam.mx].

Mainwaring, Scott y Christopher Welna (2003). *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press.

Maravall, José María y Adam Przeworski (eds.) (2003). *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Melgar Adalid, Mario (ed.) (1995). *Reformas al poder judicial*, México, unam.

Moctezuma Barragán, Javier (1994). *José María Iglesias y la Justicia Electoral*, México, unam.

O'Donnell, Guillermo (2003). "Horizontal Accountability: The Legal Institutionalisation of Mistrust", en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.). *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 34-54.

Schedler, Andreas, Larry Diamond y Marc Plattner (eds.) (1999). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Lynne Rienner Publisher.

Smulovitz, Catalina (2002). "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Case", en Yves Dezalay y Bryant Garth (eds.). *Global Prescriptions*, Ann Arbor, Michigan University Press, 249-275.

Smulovitz, Catalina (2003) "How can the Rule of Law Rule? Cost Imposition Through Decentralized Mechanisms", en José María Maravall y Adam Przeworski (eds.). *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 168-187.

Smulovitz, Catalina y Enrique Peruzzotti (2003). "Societal and Horizontal Control: Two Cases of a Fruitful Relationship", en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.). *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 309-332.

Smulovitz, Catalina y Enrique Peruzzotti (2002). "Public Support and Spin: Judicial Policy Implementation in Mexico City and Mérida", artículo presentado en la Universidad de Washington.

Staton, Jeffrey (2003). "Lobbying for Reform: The Role of the Mexican Supreme Court in Institutional Selection", usmex 2003-03 Working Paper Series.

Tate, Neal and Torbjorn Vallinder (eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press.

UN Economic and Social Council (ecosoc) (2002). "Civil and Political Rights, Including Question of: Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity", Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, by Dato' Param Cumaraswamy.

Vargas, Jorge A. (1996). "Mexico's Legal Revolution: An Appraisal of Its Recent Constitutional Changes, 1988-1994", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, n.º 3, 497-559.

WALTMAN, JEROLD L. y KENNETH M. HOLLAND (eds.) (1988). *The Political Role of Law in Modern Democracies*, London, Macmillan Press.

WELNA, CHRISTOPHER (1997). *Explaining Non-Governmental Organizations: Human Rights NGOs and Institutions of Justice in Mexico (Duke University)*.

BRUCE M. WILSON

# *Cambio de dinámica: el impacto político de la corte constitucional en Costa Rica*

## INTRODUCCIÓN

Inmediatamente después de su creación en 1989, la nueva corte constitucional (sala constitucional o sala IV) se convirtió en un importante actor de la política costarricense y en una de las cortes más influyentes y activistas de América Latina. La enmienda constitucional que creó la corte desató una revolución judicial que sacudió al sistema judicial del país después de un sopor de 200 años y que afectó prácticamente a todos los aspectos de la vida social, económica y política nacionales. Este capítulo evalúa el impacto de esta nueva cámara constitucional sobre el sistema político y la sociedad en su conjunto durante sus primeros 14 años de existencia. Argumento que las consecuencias afectan a tres niveles que tienen influencia directa en el proceso de diseño de políticas en particular y en la política en general. En primer lugar, la corte limita la autonomía del gobierno en el diseño de políticas exigiendo que toda la legislación, nueva y existente, pase una prueba estricta de constitucionalidad. En segundo lugar, los diseñadores de política de la asamblea legislativa pueden y deben prever la reacción de la corte, y así imponen límites a la legislación antes de que se convierta en ley para evitar la intervención de la corte. Esta dinámica ha dado a los partidos minoritarios mucho más poder del que tenían antes de la creación de la nueva corte, modificando así el poder relativo de los partidos políticos dentro del congreso. En tercer lugar, los grupos sociales o individuos que estaban marginados del proceso político y cuyas agendas rara vez eran abordadas por los partidos principales –como los homosexuales, las personas infectadas por el virus del sida, los pueblos indígenas o los sindicatos– han utilizado la corte como una vía alternativa efectiva para participar en el proceso político y salvaguardar sus derechos constitucionales. En conjunto, estos factores llevan a una redistribución del poder dentro del Estado, que no es siempre obvia aunque sí es profunda. De hecho, el poder se ha descentralizado desde los cuerpos elegidos del gobierno a la corte y a grupos que eran históricamente participantes débiles y pasivos en el proceso político.

La siguiente sección describe brevemente la creación y la función de la sala IV para que sirva de trasfondo a fin de entender los cambios que están en marcha en la política costarricense. Luego desarrollo los tres puntos principales acerca de la manera en que la creación de la nueva corte ha afectado el proceso de diseño de políticas en Costa Rica. Concluyo examinando las implicaciones generales de estos procesos para la política costarricense y algunos de los desafíos que enfrenta la corte.

## EL DESPERTAR DE LA RAMA JUDICIAL

### LA CORTE ANTES DE LA REFORMA

Como se señaló en la introducción de este libro, muchos de los sistemas judiciales crecientemente activistas de América Latina fueron producto de un "momento constitucional", como la redacción de una nueva constitución o una transición a la democracia. No obstante, en el caso de Costa Rica no hubo una respuesta judicial a un "momento constitucional" del país: una breve y sangrienta guerra civil y la promulgación de una nueva constitución en 1949. Sin embargo, a finales de los años noventa, sin un "momento constitucional" o coyuntura crítica de ningún tipo, se creó una nueva corte constitucional que rápidamente se convirtió en una de las más activas de América Latina.

Muchos factores, sobre todo nacionales, motivaron la creación de la corte constitucional. La idea de una corte constitucional se discutió durante muchos años, pero fue necesaria una serie de acontecimientos para catapultar el debate a la asamblea en la década de los ochenta. A comienzos de esa década estallaron varios escándalos de corrupción en los que estaban implicados algunos magistrados de la corte suprema. Simultáneamente, Costa Rica entró en su peor crisis económica desde la Gran Depresión, una crisis que continuó sin atenuantes durante la administración de Rodrigo Carazo Odio (Unidad, 1978-1982). Había un difundido temor de que la crisis económica se convirtiera en una crisis de legitimidad política y que el resultado final fuera el colapso del régimen democrático, como sucedió en Uruguay en 1973. En agosto de 1989, la asamblea legislativa aprobó la ley 7.128 que creó la cámara constitucional de la corte suprema. A diferencia de muchos otros países de América Latina, esto no fue parte de un momento constitucional. En realidad, en el caso de Costa Rica, el único cambio institucional que tuvo lugar en esa época fue la creación de la corte constitucional. Todas las demás partes de la constitución se mantuvieron sin cambios.

La constitución de 1949 exige que la corte suprema controle los poderes de las ramas populares. Contiene más de 50 artículos que detallan los derechos y garantías individuales y sociales, así como numerosos otros artículos que trazan los límites del Estado y las expectativas acerca del Estado, como la libertad de cultos (art. 74), el derecho al voto (arts. 93 a 98) y el derecho a la educación (arts. 77 a 89). La constitución también garantiza una significativa autonomía financiera y política de la rama judicial (arts. 152 a 167 y 177)[1]. Sin embargo, antes de las reformas judiciales de 1989, el papel de la corte suprema de Costa Rica, como

en otros países latinoamericanos, era "menor, si no irrelevante" (Correa Sutil, 1999). Como un destacado estudioso de los tribunales costarricenses señaló recientemente, "antes de la creación de la sala IV, la constitución estaba en el anaquel superior de nuestras bibliotecas [de los abogados], como un libro viejo. Hoy la debemos tener a mano junto con el Código de Trabajo, el Código de Familia, el Código Civil o el Código Penal"[2].

La corte suprema fallaba contra las ramas populares en muy raras ocasiones y sólo cuando sus acciones eran claramente inconstitucionales. Se han identificado algunos factores para la inacción judicial de la corte: una deficiente formación legal de los magistrados, la socialización política y la tradición del derecho civil en la que se esperaba que las cortes supremas fueran deferentes con las ramas elegidas del gobierno (Merryman, 1985; Wilson y Handberg 1999, 147 y 148). Estos factores se combinaron con una serie de normas institucionales que impedían la actividad judicial, incluido el requisito de una supermayoría de dos tercios del conjunto de la corte suprema para declarar que una ley o decreto era inconstitucional (Murillo, 1994, 19 y 20). La corte original también era muy consciente del procedimiento legal apropiado, lo que la alentaba a rechazar muchos casos por razones técnicas y no por razones legales. Así, la corte se declaraba impedida para tratar asuntos legales (Wilson y Handberg, 1999, 533). Los actores políticos reconocían esta estructura de falta de oportunidades legales y rara vez recurrían a una estrategia legal para bloquear o anular las decisiones desfavorables del gobierno. Esto se reflejaba en el bajo número de casos de la corte suprema anterior a la reforma.

## El funcionamiento de la sala IV

Para entender el comportamiento de la nueva cámara constitucional de la corte suprema es necesario examinar algunas de las nuevas normas bajo las que opera ahora la corte. La enmienda de 1989 a la constitución instituyó la nueva corte como una cámara de la corte suprema existente y no como una corte autónoma independiente. El número de miembros de la corte suprema se amplió de 17 a

---

1 Desde 1957, el artículo 177 de la constitución garantiza a la rama judicial por lo menos el 6% del presupuesto ordinario del Estado (todas las citas son de la constitución de 1949, edición de 2001).

2 Correspondencia personal con el experto en derecho constitucional y abogado costarricense Juan Carlos Rodríguez Cordero, 6 de julio de 2004.

22 magistrados, 5 en cada una de las tres cámaras existentes y 7 en la nueva cámara constitucional[3]. La autonomía política de los magistrados de la sala IV está garantizada mediante el requerimiento de las dos terceras partes de los votos de la asamblea legislativa para elegir magistrados[4], lo que exige que los candidatos a la corte sean aceptables para los diputados de los diferentes partidos políticos del congreso. La reelección de los magistrados para períodos subsiguientes es automática, salvo que haya dos tercios de votos negativos en la asamblea (art. 158 de la constitución)[5]. Los magistrados de la corte suprema disfrutan efectivamente de una titularidad de por vida.

Así como goza de una autonomía política significativa, la nueva corte tiene poderes mucho más amplios que la corte anterior a la reforma. Con una mayoría de votos simple, la sala IV puede declarar inconstitucionales a todas y cada una de las leyes[6]. Estos fallos no se pueden apelar, son obligatorios para los tribunales inferiores y establecen el precedente para todos los casos similares. Las otras cámaras de la corte suprema, todos los tribunales inferiores y otras ramas del Estado también pueden pedir una aclaración constitucional de la sala IV.

La sala IV también tiene el poder de *habeas corpus* y un derecho más general de apelación, el recurso de amparo (art. 48 de la constitución)[7]. En efecto, todas las acciones, normas, decretos, órdenes o leyes contrarias a la constitución se pueden apelar directamente ante la sala IV. Se exige que el congreso haga consultas constitucionales a la sala IV mientras discute cualquier enmienda constitucional. Además, diez diputados pueden pedir que el proyecto que se discuta en el congreso sea enviado a la sala IV para consulta. Como ya se dijo, estos amplios poderes y

---

3 Hay también aproximadamente 40 magistrados suplementarios (12 asignados a la sala IV) que pueden atender casos y dictar fallos en lugar de los magistrados que no puedan atenderlos (Ley de la Jurisdicción, 1989; ARMANDO MAYORGA. "Inminente fracaso de la Sala Cuarta", *La Nación*, 23 de mayo de 1989, e ÍD. "Asamblea aprobó Sala Cuarta", *La Nación*, 13 de junio de 1989). (*La Nación*: [http://www.nacion.com]).

4 Hasta 2003 bastaba una mayoría simple para seleccionar al resto de la corte suprema. La ley actual dice que todos los magistrados son seleccionados por la asamblea legislativa por una mayoría de dos tercios de los votos de los diputados.

5 Esto nunca ha sucedido hasta la fecha.

6 Antes, esto requería dos tercios de la votación del pleno de la corte.

7 *Amparo* incluido en el artículo 48 de la constitución, que garantiza a todos, sin limitaciones, el derecho a apelar a la sala IV para mantener o restablecer todos los demás derechos garantizados en la constitución (garantías individuales y sociales, secciones IV y V) y no sólo los incluidos en la disposición de *habeas corpus*.

responsabilidades que se otorgaron a la nueva corte han sido utilizados por los partidos políticos, los grupos de interés, los individuos, los débiles y los grupos marginados para promover sus agendas. El resultado ha sido una inclinación del equilibrio de poder desde las ramas populares del gobierno hacia el sistema judicial.

## CAMBIOS EN LA CARGA DE CASOS

Las acciones de la sala IV han tenido un impacto más profundo en la vida política, económica y social del país del que previeron sus arquitectos o sus críticos. De acuerdo con MARUJA CHACÓN, ex ministra de justicia de Costa Rica, la mayoría de los diputados de la asamblea legislativa no entendían las implicaciones de su decisión de crear una nueva corte sobre el diseño de políticas públicas. De hecho, gran parte del debate de la asamblea giró en torno a detalles técnicos y legales. OTTÓN SOLÍS FALLAS, antiguo diputado del PLN, apoya la opinión de CHACÓN. SOLÍS argumenta que los diputados deseaban que Costa Rica fuera considerada un país aún más democrático, una imagen que implicaba la necesidad de una fuerte corte constitucional[8]. Por cierto, uno de los principales argumentos contra la creación de una corte constitucional provino de la junta de magistrados de la corte suprema, que argumentó que la carga de casos de la corte existente no era suficiente para justificar la creación de una corte constitucional. La rama judicial se opuso a la reforma del artículo 152 de la constitución principalmente sobre la base de que esa corte no era necesaria. En 1980, sólo se presentaron a la secretaría de la corte suprema un caso de inconstitucionalidad y 11 recursos de amparo (RODRÍGUEZ, 2002a, 43, nota 67). La carencia de reconocimiento de la importancia potencial en la nueva corte se reflejó en la falta de cobertura periodística de los debates del congreso[9]. Sin embargo, desde sus comienzos, ha habido muy pocos temas políticos o sociales que no hayan sido tratados por la corte[10]. El rápido crecimiento del número de casos que se han presentado a la sala IV demuestra

---

8 Entrevista realizada por el autor, San José, Costa Rica, agosto de 1997.

9 Durante los debates del congreso sobre las reformas constitucionales para crear la sala IV, la prensa les prestó escasa atención. Un análisis de contenido del principal periódico del país, *La Nación*, entre febrero y noviembre de 1989, revela muy poca cobertura hasta el debate sobre la selección de los magistrados de la nueva corte.

10 GUDMUNDSON (1996, 84 y 85) argumenta que "prácticamente todos los principales grupos de interés económico que perdieron su protección o subsidio anterior [...] han apelado a la sala IV".

la creciente importancia de la institución. En 1990 (su primer año completo de funcionamiento), la corte recibió casi 2.300 casos, y actualmente recibe más de 13.400 casos por año (2002).

El cuadro 1 muestra el número promedio de casos presentados, por tipo, para el primero y el segundo periodos de cinco años de funcionamiento, e incluye los casos presentados en 2002, el último año del que existen datos disponibles[11]. El número de casos de *habeas corpus* saltó del primero al segundo periodo, pero parece haberse estabilizado aproximadamente en 1.300 casos por año. En el caso de las consultas legislativas y judiciales, el número de casos del segundo periodo de cinco años es considerablemente mayor que el del primero. El descenso de ese número en 2002 es quizá un reflejo de la falta de actividad legislativa debida a la elección de ese año y no a un abandono de la estrategia legal. Esto es corroborado por el creciente número de casos de amparo que se presentaron, que casi se duplicó en cada periodo. Estos casos suelen ser presentados por individuos y grupos de interés preocupados por temas que no necesariamente son afectados por el ciclo de elecciones. La corte ha asumido entonces un vasto papel y el número de casos presta evidencia a la pretensión de que su función ha llegado a ser fundamental en la política costarricense. La sección siguiente evalúa en detalle el impacto del papel de la sala IV en la política de Costa Rica.

Cuadro 1
Número promedio de casos presentados a la Sala IV
(por tipo de casos) 1990–1995, 1996–2001 y 2001

| Tipo de caso | 1990–1995 | 1996–2001 | 2002 |
|---|---|---|---|
| Habeas corpus | 829 | 1.330 | 1.355 |
| Recurso de amparo | 3.553 | 6.229 | 11.665 |
| Inconstitucionalidad | 358 | 355 | 289 |
| Consultas legislativas | 27 | 41 | 37 |
| Consultas judiciales | 68 | 186 | 83 |
| Otros | 3 | 2 | 2 |
| *Total* | 4.838 | 8.143 | 13.431 |

Fuente: basado en un cuadro elaborado por J. C. Rodríguez, estadísticas del poder judicial (Sección de Estadísticas del Departamento de Planificación) y *Noveno Informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible* (Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Conare).

11 Los datos de 2002 son atípicos para algunos tipos de casos porque era un año electoral. Las elecciones se realizan en febrero y la nueva administración sólo se inicia en mayo. Así, el nivel de actividad del congreso es generalmente menor que en los años no electorales.

## RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO DEL PODER POLÍTICO ENTRE LAS INSTITUCIONES Y LA SOCIEDAD

La disposición de la nueva corte a oponerse a las leyes existentes y a las enmiendas constitucionales notificó a las ramas populares que la corte ya no reconocía la supuesta soberanía de éstas en el diseño de políticas. Históricamente, los diputados creían que su "poder para legislar era absoluto" (URCUYO, 1955, 44), pero la sala IV ha recortado drásticamente ese soberanía mediante consultas constitucionales obligatorias. En efecto, las ramas elegidas, y especialmente los actores dominantes dentro de esas ramas, atestiguan una reducción de su poder y de su autonomía en el diseño de políticas públicas. A su vez, el poder de actores antiguamente menos centrales se ha ampliado. Estos cambios de poder se pueden observar a tres niveles. En primer lugar, y quizá el más obvio, parte del poder se ha trasladado de la legislatura a la rama judicial. Lo que quizá sea menos obvio en este caso es el grado en que se ha limitado la autonomía de la legislatura para diseñar políticas. La corte ha mostrado su clara disposición de atender y fallar todos los casos de constitucionalidad, muchos de los cuales han trasladado el poder político entre instituciones del Estado. El segundo nivel de cambios de poder se refiere al dominio de los partidos políticos dentro de la legislatura, que afecta la dinámica del proceso legislativo. Aunque tradicionalmente los partidos más grandes dominaban claramente el proceso de diseño de políticas, el nuevo papel de la corte ha permitido que los partidos minoritarios cumplan un rol más activo y central en el diseño de políticas. La tercera área general de impacto es la protección y promoción de los derechos y libertades civiles constitucionalmente reconocidos. Aunque estos derechos y libertades han sido protegidos constitucionalmente desde la promulgación de la constitución de 1949, la inactividad de la corte suprema llevó a que fueran poco más que derechos de papel. La nueva apertura de la corte ha permitido que los grupos débiles, marginados y mal organizados, ampliamente ignorados o excluidos de los procesos de diseño de políticas, busquen compensación legal en la sala IV. A su vez, esto ha disminuido el rol de la asamblea legislativa y dado poder a nuevos actores políticos. Examino estos tres puntos por separado.

### PREDOMINIO DEL PODER LEGISLATIVO

La presunción histórica de la constitucionalidad de las leyes redactadas por la asamblea legislativa sólo existió hasta la creación de la sala IV (GUTIÉRREZ, 1993,

2000 a 2003). La nueva corte disipó rápidamente esta creencia con una serie de ensayos que enviaron una clara señal a la asamblea legislativa y a otras ramas del gobierno de que todas las leyes y decretos tendrían que pasar una prueba de constitucionalidad. El papel de la corte en la limitación de la autonomía de la legislatura en el diseño de políticas es ilustrado poderosamente por dos ejemplos de fallos de la sala IV que se oponen a la supremacía política de las ramas populares: la reelección presidencial y la privatización de las industrias de propiedad del Estado.

## REELECCIÓN PRESIDENCIAL

La constitución de Costa Rica mantiene uno de los ejecutivos más débiles de América Latina (MAINWARING y SHUGART, 1997, 342; WILSON, 1998, 51–54). Esta reducción deliberada del poder presidencial fue motivada en parte por el deseo de evitar el retorno a la política de caudillos de la época anterior a la guerra civil. La constitución de 1949 devuelve el poder para diseñar políticas a numerosas agencias del Estado, y la asamblea legislativa es el cuerpo más poderoso. Todos los temas y leyes relacionadas con las elecciones fueron manejados históricamente por el tribunal supremo de elecciones (TSE); la corte suprema es el tribunal superior del país y hay varias instituciones autónomas, que están constitucionalmente obligadas a cumplir tareas tales como el suministro de electricidad, teléfonos, seguros, etc.

En 1969, una enmienda constitucional al artículo 132 (Ley 4.339) prohibió la reelección presidencial, lo que debilitó aún más a la presidencia; desde su posesión, los presidentes son personajes sin poder, con poca influencia en el comportamiento de la votación de los diputados. Los políticos que buscan mantener su carrera política más allá de un solo término de cuatro años en la asamblea necesariamente tienen que formar alianzas con el siguiente candidato presidencial del partido, no con el presidente en funciones. El poder presidencial ya estaba muy limitado, y llegó a estarlo aún más con la prohibición de la reelección (CAREY, 1996; TAYLOR, 1992; WILSON, 1998).

Esta prohibición de la reelección presidencial se aceptó como algo legítimo y no tuvo oposición hasta finales de los años noventa, cuando el ex presidente ÓSCAR ARIAS SÁNCHEZ (PLN, 1986–1990) animó a diez diputados del PLN para que presentaran al congreso un proyecto que buscaba derogar la enmienda. ARIAS argumentaba que el camino correcto para eliminar la prohibición de la reelección era una "enmienda constitucional de la asamblea legislativa". Afirmaba que

pedir a la sala IV que declarara inconstitucional a la prohibición sería "una acción antidemocrática"[12].

A pesar de las encuestas de opinión que mostraban un respaldo abrumador a la reelección presidencial en abstracto, y a ÓSCAR ARIAS en forma específica[13], el proyecto tuvo pocos avances en la asamblea. En respuesta a la demora legislativa, Arias modificó su posición y presentó un caso de inconstitucionalidad a la sala IV aún antes de que el congreso votara el proyecto. En una decisión dividida de cinco contra cuatro, la corte rechazó el caso (exp. 7428-1990). Una semana después de la decisión de la sala IV, la asamblea legislativa debatió el problema de la reelección presidencial y votó abrumadoramente (32 votos contra 13) no seguirlo discutiendo y archivarlo, lo que eliminó efectivamente cualquier resolución legislativa posible que permitiera la candidatura de ARIAS a la elección presidencial de 2002.

A comienzos de 2003, un segundo caso de inconstitucionalidad fue presentado por dos abogados que argumentaban que la prohibición de la reelección era discriminatoria y cuestionaban el derecho de la asamblea legislativa a aprobar dicha enmienda constitucional. El argumento legal era diferente del argumento del caso de 2000. Pero aún más importante, en los tres años transcurridos la composición de la corte se había modificado. La presidencia de la sala IV había pasado de LUIS PAULINO MORA MORA (quien votó contra la reelección) a LUIS FERNANDO SOLANO CARRERA (quien votó a favor). Y, todavía más importante, dos magistrados que votaron contra el levantamiento de la prohibición de la reelección se habían retirado de la corte y fueron remplazados por magistrados que estaban a favor de la reelección presidencial. El 4 de abril de 2003, en una decisión de cinco contra siete, la sala IV anuló la prohibición de la reelección presidencial. La mayoría de la corte argumentó que la prohibición limitaba el derecho constitucional de los individuos a ser elegidos y de los votantes a votar por candidatos de su elección[14].

Este fallo tiene dos impactos trascendentales en la vida política del país. Primero, es probable que restaure el equilibrio de poder entre la asamblea legis-

---

12 ALEJANDRO URBINA. "Reelección contra el impasse", *La Nación*, 6 de diciembre de 1999.

13 Se registraron diversos porcentajes de apoyo popular a la enmienda constitucional para permitir la reelección presidencial, desde el 60% (ALEJANDRO URBINA. "Reelección contra el impasse", *La Nación*, 6 de diciembre de 1999) hasta el 88% (BERLIOTH HERRERA y HAZEL FEIGENBLAT. "Arias: 88 por ciento dijo sí a la reelección", *La Nación*, 13 de marzo de 2000).

14 Expediente 02-005494-007-CO; Resolución 2003-02771.

lativa y el ejecutivo. El predominio histórico de la asamblea puede ser eclipsado fácilmente una vez que los ex presidentes puedan aspirar a la reelección; aún después de ocho años al margen de los primeros planos políticos, los ex presidentes pueden recobrar una influencia sobre los diputados en funciones de la que carecían desde la enmienda constitucional de 1969. En la actualidad, los diputados no están ligados estrechamente al presidente en funciones de su partido, sino que en general aceptan las instrucciones de votación de los diversos precandidatos del partido que buscan la nominación presidencial. Ahora que la reelección presidencial es una realidad potencial, los cálculos políticos de los diputados en funciones cambiarán necesariamente, lo que a su vez puede influir en su manera de votar en el congreso.

En un nivel aún más inmediato, el fallo de la sala IV fue un golpe severo para la soberanía de la asamblea en el diseño de políticas. Con mayorías abrumadoras, la asamblea rechazó dos veces la reintroducción de la reelección presidencial en 2000. En el nivel más obvio, el fallo de la corte fue una sentencia pública que limitaba los presuntos poderes de la asamblea legislativa. Sin embargo, la explicación de la corte de su rechazo de la enmienda que prohibía la reelección presidencial contenía un ataque aún más profundo a la asamblea. La sala IV declaró inconstitucional la enmienda constitucional 132 (la prohibición de la reelección presidencial) porque violaba el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir y a ser elegidos. La corte declaró que la asamblea no tenía ningún poder para enmendar la constitución restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos (como los define la corte). Señaló que el congreso "no puede reducir, amputar o limitar los derechos y garantías fundamentales, ni los derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política del país"[15]. De acuerdo con la corte, los diputados se excedieron en sus poderes aprobando la enmienda constitucional de 1969, y ahora les informaba explícitamente que tenían una capacidad limitada para enmendar la constitución en el futuro[16].

---

15 Mauricio Herrera U. "Congreso no puede cercenar derechos", *La Nación*, 17 de julio de 2003.

16 *La Nación*, abril de 2003.

## FORMULACIÓN DE POLÍTICAS ECONÓMICAS

El segundo caso ilustrativo se refiere a la autonomía del gobierno para regular la economía. Las décadas de 1980 y 1990 fueron un periodo de transición en el modelo de desarrollo económico de Costa Rica. La crisis económica de los años ochenta también marcó la fase final del incremento gradual del papel del Estado en la economía. En el periodo posterior a la guerra civil, los gobiernos sucesivos buscaron ampliar el papel estatal en la provisión de bienes sociales y económicos. En los años ochenta, el Estado era uno de los más grandes empleadores del país y había llegado ser el principal competidor de las compañías privadas cuyo crecimiento había alentado previamente. Se ha argumentado que esta expansión del papel del Estado animó a los diseñadores de leyes a irrespetar "la constitución y los derechos fundamentales" y a aprobar rutinariamente "leyes injustamente discriminatorias" (MURILLO, 1994, 34 a 37). Así, durante las dos últimas décadas el prolongado impulso para incrementar el papel del Estado en la economía y en la provisión de servicios sociales se modificó, y fue sustituido por un creciente papel del mercado en la determinación de la política económica. Aunque hubo claras fuerzas políticas que limitaron esta transición (WILSON, 1994), la asamblea y el ejecutivo estuvieron controlados por el mismo partido, el PLN, y pudieron aprobar algunas leyes que redujeron el papel estatal en la economía. Un objetivo de estas dos administraciones del PLN fue aumentar la participación del sector privado en industrias tradicionalmente controladas por el Estado, por ejemplo, la banca y las telecomunicaciones. A comienzos del período de posguerra, el gobierno había nacionalizado la producción y la oferta de las empresas de servicios públicos del país y muchos otros servicios.

En el caso de la electricidad y los teléfonos, se concedió a una corporación estatal, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), el monopolio de la oferta de teléfonos y electricidad[17]. En 1987, el gobierno de ARIAS aprobó una ley que permitía que una compañía de Estados Unidos, Millicom, prestara el servicio de telefonía celular en Costa Rica. El contrato con Millicom produjo poca resistencia legislativa y, una vez aprobado en forma de ley, no tuvo oposición en los tribunales.

---

17 El monopolio incluyó la producción y el suministro de electricidad, aunque era posible que las compañías privadas produjera una parte pequeña de la electricidad del país si la vendían al ICE.

Sin embargo, los sindicatos de trabajadores del ICE se oponían al contrato y creían que la apertura del mercado de las telecomunicaciones a las compañías privadas, aunque se tratara tan sólo de los teléfonos celulares, era el inicio de un programa de privatización más amplio, que probablemente llevaría a la pérdida de empleos de sus miembros. En los seis años siguientes, Millicom invirtió millones de dólares en la prestación del servicio de telefonía celular mientras que las administraciones de ARIAS (PLN, 1986-1990) y RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN (PUSC, 1990-1994) estuvieron sometidas a protestas y presiones políticas para rescindir el contrato.

En octubre de 1993, los sindicatos del ICE cambiaron su estrategia y complementaron sus actividades de cabildeo presentando una demanda de inconstitucionalidad a la sala IV. La corte convino en llevar el caso y aceptó el argumento de los sindicatos. La corte falló que el servicio de telefonía celular era una forma de servicio telefónico y por tanto un monopolio del Estado constitucionalmente protegido. Como resultado de este fallo, los gobiernos subsiguientes no pudieron firmar contratos para dar acceso a las compañías privadas al mercado telefónico (*La Nación*, mayo 15-30, 1995; WILSON, 1998). El éxito de los sindicatos, a costa de la asamblea legislativa, demostró la importancia de la nueva corte en el proceso de diseño de políticas públicas, y subrayó la nueva realidad de que la sala IV ya no presumía que todos los actos del congreso eran constitucionales. Hubo fallos similares que exigían la autonomía del gobierno para regular la economía en áreas de fijación de precios de los servicios públicos –especialmente el gas–, el presupuesto nacional –especialmente las asignaciones constitucionales para asegurar la autonomía del sistema judicial–, y el requisito de acatar las convenciones internacionales de las que Costa Rica era signataria. Este último requisito fue utilizado para impedir que la administración de ABEL PACHECO (PUSC, 2002-2006) redujera los gastos en educación recortando el número de días del año escolar[18].

## EL EFECTO DE LA SALA IV SOBRE LA DINÁMICA DE LOS PARTIDOS EN LA LEGISLATURA

Se otorgó un papel central a la sala IV en la adjudicación de las leyes aprobadas o bajo consideración de la asamblea legislativa. Desde 1989, todos los proyectos de

18 En este caso el sala IV decidió que un gobierno anterior había firmado el Convenio Centroamericano sobre la Unificación Básica de la Educación, que prometía un año escolar mínimo de 200 días (WILSON, RODRÍGUEZ y HANDBERG, 2004).

reforma constitucional se deben enviar a la sala IV para escuchar sus recomendaciones a través de una consulta obligatoria (consulta preceptiva)[19]. Si la sala IV hace correcciones a los procedimientos, éstas se vuelven legalmente obligatorias para la asamblea legislativa y se deben solucionar antes de que la reforma se pueda convertir en ley. Los diputados deben entonces prestar estrecha atención a las recomendaciones de la sala IV[20]. Se ha argumentado que "las consultas previas de los proyectos legislativos han demolido la soberanía parlamentaria en materia legislativa" (JIMÉNEZ y ROJAS, 1995, 110).

Esta función de la sala IV se amplió mediante otra disposición que permite que los diputados envíen cualquier proyecto a la corte para una consulta constitucional. Con la firma de diez diputados, todo proyecto parlamentario puede ser enviado a la sala IV para consulta. Esta ha llegado a ser un instrumento favorito de los partidos pequeños del parlamento, que esperan que el tribunal vete la medida o al menos que exija cambios al proyecto que retrasen su implementación.

El grado en que se ha utilizado esta táctica se refleja en el comportamiento parlamentario del diputado OTTO GUEVARA GUTH del tercer partido minoritario, el Movimiento Libertario, durante el período legislativo 1998-2002. El diputado GUEVARA recogió las firmas de otros nueve diputados (algunos de otros partidos) para enviar 21 proyectos a la sala IV para consultas constitucionales. Un estudio de ECHEVARRÍA (2000, 216) de las consultas constitucionales del diputado GUEVARA GUTH encuentra que la sala IV descubrió defectos constitucionales en el 43% de esos proyectos, lo que exigió esfuerzo y tiempo adicionales en el asamblea para rectificar los problemas de los proyectos. Esta vía legal para afectar el contenido de la legislación del gobierno no era posible antes de la creación de la corte.

Después de la elección general de febrero de 2002, tres partidos políticos obtuvieron más de los diez diputados requeridos para enviar proyectos a la sala IV (WILSON, 2003). Se prevé que haya un incremento del uso (o abuso) de este tipo de acciones legales como formas de control político (ECHEVERRÍA, 2000).

La sala IV afecta entonces profundamente el proceso legislativo y limita severamente la autonomía del gobierno para diseñar políticas de tres maneras

---

19 Sin embargo, otros actores políticos, como la defensoría de los habitantes, el tribunal supremo de elecciones y la contraloría general de la república pueden consultar aspectos de ciertos proyectos legislativos (art. 96 Ley de la Jurisdicción Constitucional).

20 Una crítica reciente a la tendencia de la sala IV a dar opiniones acerca de los aspectos sustanciales de estos proyectos considera que esta práctica impone condiciones al poder legislativo (ARIAS RAMÍREZ, 2000, 209).

principales: (1) mediante la anticipación de los diputados de un fallo potencial de la corte y la modificación de los proyectos antes de que sean enviados a la corte, impidiendo efectivamente el fallo legal; (2) a través de la consulta constitucional, entablada principalmente por diputados de los partidos minoritarios; (3) mediante consultas obligatorias de cualquier modificación de la constitución y de los tratados internacionales. Junto al recorte del poder del partido gobernante y del presidente, los partidos minoritarios han experimentado, a su vez, un incremento del poder para afectar la legislación, un proceso que implícitamente ha dado poder a la legislatura como institución. Esto puede sonar paradójico puesto que antes argumenté que la legislatura perdió poder ante la rama judicial. Al mismo tiempo, sin embargo, la función de la legislatura se ha incrementado porque ya no puede ser considerada como un cuerpo que aprueba ciegamente las decisiones de política que toman automática y unilateralmente los partidos mayoritarios. Además, aumentando la influencia de los partidos minoritarios en la legislación pendiente, los terceros partidos han experimentado un incremento exponencial de su poder, lo que puede ser ligado a los cambios concomitantes en el sistema de partidos de finales de los años noventa, cuando los terceros partidos tuvieron éxitos electorales sin precedentes. Como observa Seitzer (1999, 45), este comportamiento puede llevar a que "la amenaza de oposición de la corte sea una táctica legislativa efectiva, porque las minorías parlamentarias pueden obtener concesiones de las mayorías para evitar un fallo adverso de la corte".

## REDISTRIBUCIÓN DEL PODER DENTRO DE LA SOCIEDAD

Como ya se dijo, la constitución de 1949 reconoce numerosos derechos sociales y económicos, más que muchas otras constituciones de la región, pero en los primeros cuarenta años de su vigencia, muchos de estos eran derechos de papel y no derechos reales. En efecto, durante este período las violaciones de los derechos constitucionales rara vez eran objetadas y la constitución se reducía "a un segundo lugar, convirtiéndose en un texto programático inaplicable [que daba] una posición excesivamente privilegiada a leyes secundarias (códigos y estatutos)"[21]. Sin embargo, desde la creación de la sala IV, los individuos y grupos que antes estaban marginados del proceso político y que ejercían poca influencia en el proceso de diseño de polí-

21 Calzada (2001).

ticas han descubierto que dicha sala puede proporcionarles nuevas oportunidades de salvaguardar sus derechos constitucionalmente garantizados. Esto tiene que ver con las normas que rigen el funcionamiento de la sala IV. Por un lado, el acceso es amplio y gratuito puesto que no hay requerimientos mínimos para presentar demandas ni para los procedimientos que se han de seguir: cualquier individuo puede llevar los casos ante la corte, sin consejo legal, y sin presentar ningún documento formal[22]. Los individuos pueden entablar una demanda ante la corte en cualquier hora del día o de la noche, y todos los días del año. La demanda puede ser escrita sobre cualquier cosa, por cualquier persona, incluidos menores y no ciudadanos, sin pagar derechos y sin necesidad de consejo legal. Estas nuevas normas de procedimiento han ampliado el acceso a la corte para los individuos y grupos de escasos recursos. Segundo, debido a los bajos costos asociados a la presentación de un caso ante la corte, se torna estratégicamente posible que los individuos y grupos pierdan un caso y luego vuelvan a presentar un caso similar poco tiempo después. Como muestran los ejemplos siguientes, esto no ha llevado únicamente a que la corte limite la autonomía política de la legislatura, sino que también ha redistribuido efectivamente parte del poder de los actores tradicionalmente privilegiados a los que antes estaban políticamente marginados.

## GRUPOS MARGINADOS

El proceso tradicional de diseño de políticas en Costa Rica (antes de la sala IV) por lo general excluía a los grupos marginados. Los dos partidos principales, el PLN y el PUSC, dominaban la rama ejecutiva y capturaban más del 90% de los cargos del congreso. Los grupos de interés normalmente sacaban ventaja de la dispersión del poder político y utilizaban diversas tácticas para influir en las discusiones y decisiones de política[23]. Sin embargo, los grupos mal organizados y socialmente marginados generalmente no eran atractivos para los partidos políticos principales y eran incapaces de reunir los recursos necesarios para cabildear ante el gobierno y sus agencias. Finalmente, los procedimientos estrictos de la corte suprema anterior

---

22 Los casos de inconstitucionalidad sí tienen algunos requisitos legales mínimos, incluida la necesidad de consejo legal.

23 El papel histórico de los grupos de interés se discute en ARIAS (1987); el comportamiento de los grupos de interés desde la guerra civil hasta los años noventa se discute en WILSON (1998, 66 a 74).

a la reforma, los altos costos de las demandas y el lento ritmo de resolución de los casos llevaban a que pocos casos se presentaran con éxito ante la corte. Era difícil incluso que los grupos de interés establecidos y bien financiados usaran la corte y prácticamente imposible para los grupos e individuos marginados[24].

Un estudio reciente documenta el recurso a la sala IV por los grupos marginados. Entre algunos de los casos más destacados donde grupos específicos de personas han podido valerse de la corte en su provecho están los homosexuales, las personas que viven con el virus del sida y los sindicatos. Estos grupos tienen agendas muy diferentes, pero previamente no habían tenido éxito para convencer a los legisladores de que respaldaran su agenda. Cuando recurrieron a la nueva corte, sin embargo, tuvieron mucho mayor éxito en la protección de sus derechos[25]. Las personas que tienen sida, por ejemplo, habían hecho intentos (1992) para que las agencias de salud del Estado financiaran los costos de las drogas que minimizan el impacto del virus sobre su salud, pero perdieron el caso (Resol. 280-1992). El Estado se negó a pagar las drogas argumentando que eran muy costosas, aproximadamente 800 dólares anuales por persona (Soriano, 1997). Es probable que el caso haya sido perjudicado por el estigma social asociado a las personas con pruebas positivas de VIH (Stern, 1998). En 1997, se presentó un segundo caso referente a los medicamentos contra el sida, pero esta vez la sala IV estuvo del lado de los pacientes de sida y en contra del gobierno. La sala IV argumentó: "¿Qué tan buenos son el resto de derechos y garantías [...] las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si una persona no tiene asegurado el derecho a la vida y a la salud?" (Resol. 5934-1997). La corte argumentó que el derecho a la atención médica financiada por el Estado es un derecho constitucional. Como resultado, las personas enfermas de sida ahora tienen acceso general y oportuno a los medicamentos (Wilson y Rodríguez Cordero, 2006).

Los homosexuales, otro grupo socialmente marginado y mal organizado, tenían una agenda diferente y buscaban protección contra la violencia de la policía, poner fin a la discriminación y hacer cumplir sus derechos civiles. Sus victorias

---

24 Un examen reciente de los casos que han presentado los grupos marginados reveló que, desde el final de la guerra civil de 1948 hasta la creación del sala IV, sólo unos pocos de los que se presentaron a la corte suprema se referían a intereses minoritarios (Wilson y Rodríguez, 2006).

25 Esto no significa que siempre hayan tenido éxito en sus demandas, sino que podían emplear a menudo las posibilidades legales para promover sus agendas respectivas.

en la corte son quizá menos espectaculares; sin embargo, la brutalidad policial contra los homosexuales se ha reducido sustancialmente y sus organizaciones ahora reciben el mismo reconocimiento y protección legal que los grupos heterosexuales. De nuevo, los homosexuales antes ocupaban una posición marginal en la política costarricense. El estigma social hacía difícil que encontraran aliados políticos para promover su causa y también para organizarse, pues muchos individuos temían las repercusiones económicas y sociales potenciales que resultaran de la defensa abierta de los derechos de los homosexuales. La sala IV eliminó efectivamente estos requerimientos para la acción colectiva, porque no se requieren recursos económicos ni políticos para buscar la protección de los derechos a través de la corte (Wilson y Rodríguez Cordero, 2006).

Por su parte, los sindicatos, no habían tenido previamente éxito en su intento de preservar el derecho constitucional a la huelga. Este derecho había sido limitado severamente por la existencia paralela de un Código Laboral que restringía el derecho de los trabajadores públicos a la huelga y los definía de tal manera que un gran porcentaje de los trabajadores costarricenses quedaba clasificado en esta categoría. Los partidos políticos mostraban poco interés para respaldar la agenda de los sindicatos de modificar el Código Laboral. No obstante, cuando los sindicatos se presentaron a la sala IV, la corte decidió que el Código Laboral tenía partes inconstitucionales y restableció el derecho la huelga a una gran parte los trabajadores costarricenses (Resol. 1317-1998). Más allá de las obvias implicaciones para las políticas económicas, pues las huelgas son ahora una amenaza en sectores previamente exentos, el fallo también reasignó el poder político entre diferentes grupos sociales y dio nuevo poder a los sindicatos y a los trabajadores.

Aunque es posible que los grupos se unan o formen alianzas con los partidos políticos para oponerse a las políticas de gobierno o para defender sus derechos en los tribunales, esto no es necesario. Y de hecho, hay poca evidencia que sugiera que existe un esfuerzo concertado de los grupos de interés para unirse a los políticos en el desarrollo de una estrategia judicial. El acceso abierto y el bajo costo de presentación de los casos en la sala IV elimina toda necesidad de reunir grandes cantidades de personas y de recursos. El caso de los grupos marginados, como los pacientes de sida, es el más llamativo. Era un grupo muy pequeño, sin aliados políticos, que enfrentaba una gran animosidad social y que se opuso a las decisiones del gobierno con respecto a la financiación de los medicamentos antirretrovirales. A pesar de todas estas desventajas y debilidades, el grupo pudo alterar la política del gobierno y obligar al Estado a gastar sumas considerables para financiar los medicamentos. Estos casos de grupos e individuos débiles,

social y políticamente marginados, que llevan a cabo exitosamente una estrategia judicial, ilustran un notable fortalecimiento de la social civil, que permite acciones independientes de diversos individuos y grupos sociales.

## CONCLUSIONES: EL IMPACTO DE LA SALA IV EN LA POLÍTICA Y LAS REACCIONES POPULARES

Lo que parecía ser la creación de otra agencia de supervisión pasiva cuando se creó la sala IV, en 1989, resultó en una importante alteración de la política costarricense con implicaciones de largo alcances para el proceso legislativo y la distribución del poder entre instituciones del Estado y grupos sociales. La función de los cuerpos elegidos se redujo, aunque se puede argumentar que la nueva importancia de los terceros partidos en la asamblea legislativa ha acrecentado el peso de este cuerpo en el proceso de diseño de políticas. Asimismo, la autonomía del gobierno ha disminuido, puesto que la sala IV no está dispuesta a aceptar la supremacía de la legislatura. Al mismo tiempo, los grupos e individuos que antes estaban marginados de la política costarricense han encontrado una nueva vía para salvaguardar sus derechos. No es sorprendente que esos procesos, que han descentralizado efectivamente el poder del gobierno, hayan estado vinculados a cuestiones concernientes a la calidad de la democracia y no hayan sido aceptados universalmente.

Por ejemplo, la ampliación de los poderes asumidos por la sala IV no estuvo exenta de comentarios. Desde sus comienzos, muchos diputados se han quejado por la pérdida de poderes. En una acción inusual, el fiscal general Román Solís discutió en la prensa nacional su frustración y su temor de que la sala IV deje efectivamente al ejecutivo y a la asamblea legislativa con poco poder[26]. También presentó un memorial en el caso de la reelección presidencial, en el que argumentaba que la sala IV no tenía ningún derecho constitucional a atender el caso (*La Nación*, 1.º de septiembre de 2000).

Más recientemente, las críticas a la corte se han hecho más ruidosas. Con la anulación de la enmienda constitucional 132, que prohibía la reelección presidencial, la sala IV también limitó explícitamente los poderes de la asamblea legislativa para modificar la constitución. Este fallo produjo una reacción virulenta de los

---

26 William Méndez Garita. "Procurador Solís y Sala IV deciden aquí", *La Nación*, 13 de noviembre de 2000.

diputados de ambos partidos en el congreso. El ex diputado Alberto Cañas, por ejemplo, calificó el fallo como un "golpe de Estado". Otro militante del PLN afirmó que el fallo de la corte era una "barbaridad judicial". Jorge Eduardo Sánchez, el secretario general del PSUC, afirmó que la sala IV había usurpado poderes y se ha convertido en "coadministrador y colegislador"[27].

Estos debates indican claramente que los efectos de la nueva corte sobre la democracia costarricense son causa de litigio, por lo menos al nivel de las élites políticas. Sin embargo, el número de casos de la corte también parece indicar que ha sido aceptada popularmente como garante de los derechos constitucionales y que un número considerable de personas ha acogido la oportunidad de hacer cumplir sus derechos por fuera de las estructuras de los políticos elegidos. La corte ha producido nuevos ganadores y nuevos perdedores, lo que ha impreso una nueva dinámica a la política costarricense. Los efectos sobre la calidad de la democracia aún están por verse. Por una parte, parece que los cuerpos directivos han perdido poder. Pero esto no es algo necesariamente negativo para la democracia puesto que las nuevas restricciones a las acciones de los representantes popularmente elegidos vinculan las políticas más claramente con los derechos y las disposiciones fundamentales contenidas en la constitución, que es el documento básico del orden democrático del país. Por otra parte, se puede argumentar que la democracia costarricense se ha vuelto más inclusiva para los partidos minoritarios y para los individuos y grupos marginados que antes eran discriminados y demandaban que el Estado respetara sus derechos constitucionalmente reconocidos. Aunque estos desarrollos se pueden interpretar fácilmente como elementos que mejoran la calidad de la democracia costarricense, las consecuencias para la estabilidad política y la gobernanza democrática son menos claras.

## REFERENCIAS

Arias Ramírez, Bernal (2000). "Incompetencia de la Sala Constitucional para enjuiciar por el fondo proyectos de ley de reforma constitucional", *Revista Parlamentaria*, vol. 8, n.º 3, pp. 173 a 211.

Arias Sánchez, Óscar (1987). *Grupos de presión en Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica.

---

27 Dóriam Díaz. "Lluvia de críticas a la Sala IV", *La Nación*, 6 de abril de 2003.

Calzada, Ana Virginia (2001). "Prólogo", *Constitución Política de la República de Costa Rica* [1949], San José, Edit.Juricentro.

Carey, John M. (1996). *Term Limits and Legislative Representation*, Cambridge, Cambridge University Press.

Correa Sutil, Jorge (1999). "Judicial Reform in Latin America: Good News for the Underprivileged?", Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (eds.). *The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 255-277.

Echeverría Martín, Gloriana (2000). "La consulta facultativa de constitucionalidad como instrumento de control político", *Revista Parlamentaria*, vol. 8, n.º 3, 213-223.

Gudmundson, Lowell (1996). "Costa Rica: New Issues and Alignments", Jorge I. Domínguez y Abraham F. Lowenthal (eds.). *Constructing Democratic Governance: Latin America and the Caribbean in the 1990s*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press.

Gutiérrez Gutiérrez, Carlos J. (1993). "Evolución de la justicia constitucional en Costa Rica", *La Jurisdicción Constitucional: III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, vol. 1, San José, Edit. Juricentro.

Jiménez Zeledón, Mariano e Ingrid Rojas Saborio (1995). "El poder de la Sala Constitucional de Costa Rica", *Revista Parlamentaria*, vol. 3, n.º 3, 93-116.

Mainwaring, Scott y Matthew Soberg Shugart (eds.) (1997). *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York, Cambridge University Press.

Merryman, John Henry (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2.ª ed., Stanford, CA, Stanford University Press.

Murillo Víquez, Jaime (1994). *La Sala Constitucional: Una revolución político-jurídica en Costa Rica*, San José, Edit. Guayacán.

Rodríguez Cordero, Juan C. (2002a). *Entre curules & estrados: la consulta preceptiva de las reformas constitucionales en Costa Rica*, San José, Investigaciones Jurídicas.

Rodríguez Cordero, Juan C. (2002b). "(Re)equilibrios políticos en Costa Rica: El poder constituyente y el control de constitucionalidad", *South Eastern Latin Americanist*, vol. 45, n.º 3-4 (2002), 15-28.

Seitzer, Jeffrey (1999). "Experimental Constitutionalism: A Comparative Analysis of the Institutional Bases of Rights Enforcement in Post Communist Hungary", en Kenney et al. (eds.). *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, London, St. Menartin's Press.

Soriano, George (1997). "aids Victim Wins Right to Drugs", *Tico Times*, vol. 3, n.º 38, 38.

Stern, Richard (1998). "Lobbying Vital for aids Treatment – The Lesson from Central America", from Panos, [http://www.oneworld.org/panos/news/34sept98.htm].

Taylor, Michelle M. (1992). "Formal Versus Informal Incentive Structures and Legislative Behavior: Evidence from Costa Rica", *Journal of Politics*, vol. 54, n.º 4, 1055-1073.

Urcuyo Fournier, Constantino (1995). "La Sala Constitucional: Necesarios límites al poder", *Revista Parlamentaria*, vol. 3, n.º 3, 37-48.

Wilson, Bruce M. (1994). "When Social Democrats Choose Neo-liberal Economic Policies: The Case of Costa Rica", *Comparative Politics*, vol. 26, n.º 2, 149-168.

Wilson, Bruce M. (1998). *Costa Rica: Politics, Economics, and Democracy*, Boulder, Lynne Rienner.

Wilson, Bruce M. (2003). "The Elections in Costa Rica, February and April 2002", *Electoral Studies*, vol. 22, n.º 3, 509-516.

Wilson, Bruce M. y Roger Handberg (1999). "From Judicial Passivity to Judicial Activism: Explaining the Change within Costa Rica's Supreme Court", *nafta: Law and Business Review of the Americas*, vol. 5, n.º 4, 522-543.

Wilson, Bruce M. y Juan C. Rodríguez Cordero (2006). "Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics", *Comparative Political Studies*, vol. 39, n.º 3, abril de 2006.

Wilson, Bruce M., Juan C. Rodríguez Cordero, y Roger Handberg (2004). "The Best Laid Schemes... Gang aft a-gley: Judicial Reform in Latin America-Evidence from Costa Rica", *Journal of Latin American Studies*, vol. 36, n.º 3, 507-531.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

# *La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo**

El alcance y la intensidad de la judicialización de la política que se describe en este capítulo pueden parecer sorprendentes y aun increíbles para quienes no están familiarizados con Colombia. En un país al que se asocia con la violencia política y el narcotráfico, puede parecer extraña una fuerte tradición de revisión judicial, es decir, de defensa judicial de la constitución por vía del control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, e incluso, de poderes privados. Es como si hubiera dos países: uno en el que reina la fuerza y otro basado en el Estado de derecho. En este capítulo no intento describir ni explicar esta paradoja. Sólo recordaré algunos hechos básicos. Colombia tiene cerca de 44 millones de habitantes, mientras que las organizaciones guerrilleras y paramilitares reúnen a lo sumo 50.000 individuos armados. Estas organizaciones operan principalmente en las áreas rurales de un país muy extenso donde el 75% de la población es urbana. El impacto de las organizaciones guerrilleras sobre los procesos institucionales del país se hizo evidente de manera dramática y trágica en 1985 con la toma violenta del Palacio de Justicia en Bogotá, que llevó a la destrucción de la edificación y a la muerte de la mitad de los magistrados de la corte suprema. Pero esto no impidió que la corte suprema reasumiera sus funciones dos meses más tarde, ni impidió el fortalecimiento de la administración de justicia en general, con la adopción de la constitución de 1991. Aunque algunos candidatos a la presidencia han sido víctimas de la violencia, Colombia ha tenido elecciones regulares para congreso y autoridades territoriales durante más de un siglo, así como para la elección directa del presidente de la república desde 1910. Aun durante las dos de dictaduras del siglo XX (1900-1904 y 1953-1957), la defensa judicial de la constitución por vía del control constitucional siguió funcionando y, además, durante esos períodos se adoptaron algunas decisiones que invalidaron leyes y decretos.

El control judicial de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos (N. T.: en adelante, revisión judicial) y la judicialización de la política han sido características constantes del sistema político colombiano. La activa revisión judicial de la legislación ha funcionado continuamente, con mayor o menor intensidad, desde mediados del siglo XIX, más específicamente desde la aprobación de la constitución federal de 1863, que dio poder a la corte suprema de justicia para suspender temporalmente la aplicación de leyes aprobadas por los estados federales y acusadas de inconstitucionalidad por los ciudadanos, delegando la decisión final al senado. A finales del siglo, como custodio de la constitución de 1886, la

---

* Agradezco a FEDERICO GUZMÁN por su apoyo invaluable en la elaboración de este escrito.

corte suprema obtuvo el poder para invalidar los proyectos de las leyes adoptadas por el congreso cuando fueran objetadas infructuosamente por el presidente de la república por razones de inconstitucionalidad. La corte suprema invalidó un proyecto, por primera vez, el 6 de julio de 1887[1]; desde entonces sólo han pasado tres años en los que no se haya invalidado ninguna disposición legal[2].

La judicialización de la política es un proceso de dos etapas en el que, en primer lugar, se exponen argumentos legales en el curso del proceso político, como consecuencia de decisiones judiciales relevantes; en otras palabras, el lenguaje del derecho es absorbido por el discurso político, lo que afecta el curso normal de los procesos políticos, especialmente de los procesos legislativos. En segundo lugar, los jueces constitucionales terminan incidiendo sustancialmente en la orientación de la política pública. A partir de esta doble definición, se hacen evidentes tres aspectos:

1. En Colombia, la judicialización de la política ha sido una constante desde comienzos del siglo XX.

2. La judicialización de la política en Colombia responde a la coexistencia de un conflicto violento. Por una parte, las enmiendas constitucionales forman parte de acuerdos de paz entre enemigos combatientes; por otra parte, la judicialización de la política está ligada a las deficiencias del sistema político, que no responde adecuadamente a los conflictos sociales ordinarios.

3. Desde 1991, el proceso de judicialización de la política se ha extendido considerablemente hasta cubrir una gran parte de las áreas de la vida cotidiana colombiana, convirtiendo a la corte constitucional en un actor esencial del proceso democrático, con presencia e impacto sin precedentes y permanentes en el sistema político.

## LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA ES UN FENÓMENO ANTIGUO EN COLOMBIA

La política colombiana *siempre* ha estado sometida a *algún* grado de judicialización, al menos desde comienzos del siglo XX. Entre las constituciones de 1886 y 1991, las etapas clave del desarrollo histórico del sistema político colombiano han

---

1 Cfr. *Gaceta Judicial*, vol. 1, 235. La decisión se refería a un problema de pensiones.

2 Esos años fueron 1956, 1957 y 1968. Para las primeras decisiones de la corte suprema de justicia y un balance de 100 años de revisión judicial constitucional, cfr. CEPEDA (2004a).

estado marcadas por enmiendas constitucionales (1910, 1936, 1957 y 1968) que forman parte de acuerdos de paz entre grupos políticos en conflicto, usualmente como medio para poner fin a los conflictos violentos. Uno de los componentes fundamentales de esas enmiendas se ha centrado en la adaptación del sistema de revisión judicial constitucional, para ajustarlo a las exigencias de cada período histórico. Una vez se pone en práctica, este sistema de revisión judicial incide en los diferentes aspectos del sistema político.

Por iniciativa de una asamblea constituyente integrada por miembros de los partidos tradicionales liberal y conservador, la reforma constitucional de 1910 amplió el sistema de revisión judicial introducido por la constitución de 1886. Lo hizo introduciendo, en primer lugar, la acción pública de inconstitucionalidad, o sea, una *actio popularis* de inconstitucionalidad pública, que cualquier ciudadano podía entablar ante la corte suprema de justicia para pedir que fueran invalidadas las leyes nacionales que violaran la constitución. En segundo lugar, la reforma garantizó un equilibrio de poderes, en el cual los magistrados de la corte suprema eran elegidos por el congreso a partir de listas de candidatos enviadas por el presidente. Estas reformas fueron introducidas, entre algunas otras, como reacción a la presidencia autoritaria de Rafael Reyes que duró cinco años. Eran un medio para salvaguardar los derechos de la oposición dentro de un régimen claramente presidencialista y restablecer las vías democráticas de participación, así como el equilibrio entre las ramas del poder público. Importantes garantías sociales y civiles, como la libertad de cultos, los derechos sindicales y la función social de la propiedad como base de una reforma agraria se incorporaron luego en el texto de la constitución en 1936. Esto respondía a las preocupaciones sociales más apremiantes y a las crecientes presiones políticas de la época, marcada por un cambio en los patrones de uso y ocupación de la tierra y el surgimiento de una clase obrera con mayor capacidad para expresarse. A la corte suprema se le otorgó el poder para interpretar estas cláusulas abiertas y adoptó diversas decisiones en esos campos.

En 1957 se introdujo un nuevo sistema para designar a los magistrados de la corte suprema. Desde finales de los años cuarenta, el país fue asolado por la violencia sistemática entre los partidos liberal y conservador. Después de un breve período de dictadura militar, se consagró en la constitución un acuerdo entre los dirigentes de los dos partidos políticos (el llamado Frente Nacional). De acuerdo con sus cláusulas, la presidencia sería ocupada sucesivamente por miembros de ambos partidos para garantizar la alternancia política entre ellos, comenzando en 1958 y durante un período de 16 años. Todos los cargos de los ministerios,

los concejos municipales y las asambleas departamentales se distribuirían paritariamente entre los dos partidos y, aún más importante, lo mismo sucedería con los miembros de la corte suprema de justicia, que serían seleccionados de las bancadas liberal y conservadora por los mismos magistrados. Este fue el llamado sistema de *cooptación* y paridad política que se introdujo con el ánimo de aislar a la rama judicial de las confrontaciones políticas. En 1968, la corte suprema quedó obligada constitucionalmente a revisar de oficio los decretos legislativos que promulgaba el presidente de la república durante los períodos de "estado de sitio" o de "estado de emergencia económica". Esta reforma se introdujo para fijar límites al presidencialismo en un contexto de incorporación de fuerzas políticas disidentes que se oponían a los acuerdos paritarios del Frente Nacional y al ejercicio del gobierno mediante decretos de estado de sitio contrarios al pluralismo y al Estado de derecho.

Estos ejemplos históricos indican que, en Colombia, las diferentes etapas de la evolución del sistema político han estado acompañadas de reformas constitucionales que a su vez han reformado el sistema prevaleciente de revisión judicial constitucional. Usualmente, estas reformas han creado nuevas vías de acceso a la corte y han ampliado sus poderes de revisión judicial para proteger los acuerdos políticos básicos consagrados en cada reforma constitucional, con el propósito de construir instituciones democráticas y conseguir la paz. De modo que existe un vínculo histórico e institucional muy estrecho entre política, paz y revisión judicial constitucional. Desde sus comienzos, la revisión judicial constitucional se ha diseñado para lograr propósitos de índole política, entre otros. Esto no significa que se haya recortado la independencia de los jueces individuales ni de los tribunales que llevan a cabo la revisión judicial, sino que el sistema en su conjunto cumple una función determinada dentro del sistema político colombiano. En el contexto de los conflictos políticos violentos que han sacudido al país desde el siglo XIX, las reformas constitucionales, concebidas como medios para conseguir la paz, han prestado considerable atención a la revisión judicial constitucional como instrumento para asegurar el respeto de los acuerdos básicos que se reflejan en el texto constitucional. También han introducido nuevas disposiciones constitucionales y mecanismos de observancia forzosa que, una vez puestos en práctica, han influido en el funcionamiento de los procesos políticos y de las instituciones, estableciendo así una estrecha relación entre realidades sociopolíticas y aplicación judicial de la constitución.

Por razones de espacio, es imposible examinar en detalle los casos que ilustran la judicialización de la política antes de 1991. Sin embargo, para dar algunas

indicaciones, el cuadro 1 enumera algunos de los fallos más destacados de la corte suprema de justicia. Los ejemplos fueron seleccionados con base en cuatro criterios: 1. Fallos que reflejan una fase de intensa revisión judicial constitucional, como ocurrió con las decisiones de la corte suprema llamada "Admirable" de los años treinta; 2. Fallos que constituyen hitos en la evolución constitucional, como los que rigen los procesos de enmienda constitucional; 3. Decisiones que muestran cuán tímida era la corte suprema cuando efectuaba la revisión judicial de los poderes presidenciales, en particular durante los estados de excepción; y 4. Algunas decisiones sobre asuntos electorales.

La creación de la corte constitucional en 1991 fue un cambio institucional profundo que, no obstante, era compatible con la tendencia histórica esbozada anteriormente. La nueva constitución cobró vida a través de una asamblea constituyente elegida en 1990. Esta asamblea fue integrada por 72 miembros provenientes de todas las vertientes políticas –incluidos algunos grupos guerrilleros y sectores sociales previamente excluidos, como los pueblos indígenas y las minorías religiosas– que promulgaron una constitución caracterizada por la inclusión democrática, una amplia lista de derechos con un sólido mecanismo de vigilancia judicial y una corte constitucional, todo lo cual puso a Colombia en línea con las tendencias globales prevalecientes en el constitucionalismo. En contraste con el período anterior, los miembros del cuerpo encargado de la revisión judicial no eran elegidos por cooptación ni con base en la paridad política. Los candidatos, que no tienen que ser expertos en derecho público (aunque deben tener diferentes especialidades jurídicas), son elegidos por el senado de la república (la cámara alta del congreso, elegida por votación popular), a partir de ternas que presentan la corte suprema, el consejo de Estado y el presidente de la república. Los magistrados de la corte constitucional sirven durante un período fijo de ocho años, no renovable, lo que asegura su independencia frente a los miembros del congreso y el ejecutivo, cuyos períodos duran cuatro años. Dicho sistema fue diseñado para armonizar la independencia de los magistrados de la corte constitucional con una legitimidad política indirecta. Este era un contrapeso necesario a los fuertes poderes que se otorgaron a la corte como guardián de la constitución de 1991, una constitución que representó una rebelión pacífica e institucional contra la exclusión y que, además, fue respaldada por un acuerdo de paz entre algunos de los actores del conflicto violento, especialmente los grupos guerrilleros M-19 y EPL.

Cuadro 1

Algunas decisiones controversiales de la Corte Suprema de Justicia antes de 1991

| Fecha | Decisión | Votación |
|---|---|---|
| 23 de junio de 1913 | La Constitución permite que el Congreso delegue temporalmente sus poderes legislativos al presidente de la república durante épocas de paz. | 7-3 |
| 16 de septiembre de 1932 | La constitución permite la restricción del derecho al voto a los miembros del ejército, la policía nacional y las fuerzas armadas permanentes mientras estén en servicio. | 12-1 |
| 13 de marzo de 1937 | Se puede otorgar personería jurídica a las sociedades masónicas de conformidad con la constitución. | 13-5 |
| 12 de noviembre de 1937 | El beneficio de las cesantías se debe extender a los trabajadores que fueron contratados antes de que la ley que estableciera dichas prestaciones. | 8-6 |
| 10 de marzo de 1938 | La expropiación puede ser ejecutada constitucionalmente antes de que se haya pagado el valor total de la compensación, en el contexto de la reforma agraria. Se permiten los pagos con bonos de largo plazo. | Un. |
| 4 de septiembre de 1939 | La intervención en la industria del banano es constitucional en la medida en que se efectúa mediante una ley del congreso; y es inconstitucional autorizar al presidente para que restrinja la libertad de contratación y efectúe expropiaciones dentro de dicha industria. | 8-5 |
| 14 de septiembre de 1955 | Es contrario a la constitución transferir los votos recibidos en las elecciones por listas diferentes, aunque pertenezcan al mismo partido. | 12-5 |
| 28 de noviembre de 1957 | La convocatoria de la junta militar a un plebiscito para restablecer la democracia es un asunto político no sujeto a revisión judicial. | 14-7 |
| 14 de diciembre de 1973 | El congreso no puede restringir la intervención presidencial en la economía por medio de una junta monetaria. | 13-12 |
| 9 de marzo de 1978 | Es constitucional un decreto de estado de sitio mediante el que se justificaría todo acto delictivo cometido por los miembros de las fuerzas armadas –incluido el homicidio– si tuvo lugar durante la realización de operaciones planeadas previamente para impedir y reprimir el secuestro y las actividades relacionadas con el tráfico de drogas. | 19-6 |
| 5 de mayo de 1978 | La corte suprema de justicia tiene el poder para revisar las enmiendas constitucionales aprobadas por el congreso. La constitución prohíbe que el congreso delegue el poder de enmendar la constitución en una asamblea constituyente. | 15-10 |
| 30 de octubre de 1978 | Es constitucional reprimir la protesta sindical y restringir la libertad de información (con mecanismos que equivalen a la censura), mediante decretos de estado de sitio. | 19-6 |
| 12 de abril de 1983 | Es inconstitucional adoptar una reforma tributaria mediante decretos presidenciales promulgados durante un estado de emergencia económica. | 13-11 |

| | | |
|---|---|---|
| 24 de julio de 1986 | La constitución permite que la ley imponga límites a las contribuciones y a los gastos de las campañas electorales. | Unánime |
| 2 de octubre de 1986 | Es constitucional que la ley conceda un tratamiento tributario más favorable a quienes contribuyen a financiar las campañas electorales. | Unánime |
| 12 de diciembre de 1986 | La ley que aprueba el tratado de extradición Colombia-Estados Unidos de 1979 es inconstitucional por razones de forma; por ejemplo, por haber sido sancionada por un ministro delegatario mientras el presidente estaba en un viaje de oficial. | 16-10 |
| 5 de marzo de 1987 | Es inconstitucional que los tribunales militares investiguen y juzguen a los civiles. | 18-7 |
| 3 de marzo de 1987 | Es inconstitucional que las fuerzas armadas y la policía entren en edificaciones y efectúen búsquedas sin autorización judicial previa, incluso durante estados de sitio y en la lucha contra el terrorismo. | Unánime |
| 24 de mayo de 1990 | Es constitucional que el presidente autorice, a través del ejercicio de los poderes de estado de sitio, a la organización electoral para que cuente los votos en favor o en contra de la convocatoria a una asamblea constituyente. | Unánime |
| 9 de octubre de 1990 | La constitución puede ser reformada por una asamblea constituyente elegida directamente por el pueblo, en la medida en que no se impongan límites materiales a sus poderes. Por lo tanto, se eliminaron los temas específicos de la enmienda para la que fue convocada la asamblea. | 13-12 |

## PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE REVISIÓN JUDICIAL CONSTITUCIONAL DE 1991

La corte constitucional tiene el mandato de preservar la integridad de la constitución de 1991, principalmente de hacer cumplir la generosa carta de derechos y los nuevos principios constitucionales de democracia participativa, Estado social de derecho y dignidad humana. La corte es la cabeza de un sistema mixto de revisión judicial. Este tiene algunas características del sistema difuso (cualquier juez puede defender la constitución en un caso concreto), pero la jurisdicción constitucional compuesta por todos los jueces del país (a diferencia de la civil, la penal y la laboral, encabezadas por la corte suprema de justicia, y la jurisdicción administrativa, encabezada por el consejo de Estado) está encabezada por la corte constitucional, encargada de efectuar la revisión abstracta de la legislación y la revisión final de todos los fallos de tutela que emita cualquier juez del país (cfr. infra). En la revisión judicial abstracta, la corte debe decidir si una norma (ley, decreto, tratado, enmienda constitucional, referendo, etc.) es inválida y, por tanto,

declararla inexequible y expulsarla del ordenamiento jurídico. Esas decisiones tienen efectos *erga omnes.* En la revisión de casos concretos de *tutela*, la corte decide un conflicto entre las partes acerca de una amenaza o violación de un derecho fundamental. En tales casos, sus decisiones tienen efectos *inter partes*, salvo que la Corte extienda los alcances de su sentencia.

Con estas reformas, la corte suprema perdió totalmente los poderes de revisión judicial constitucional[3]. Para ajustar el sistema de revisión judicial al espíritu innovador y protector de la constitución de 1991, la asamblea constituyente no sólo creó la corte constitucional, sino que además aprobó varias reformas que facilitaban a los ciudadanos el acceso a la corte y ampliaban su jurisdicción, tanto en la revisión judicial abstracta como en la concreta[4]. Aquí sólo se comenta la

---

3 El esquema anterior a 1991 perdió apoyo progresivamente debido a desventajas internas, entre ellas: 1. El sistema de "cooptación" no democrático mediante el que se elegía a los magistrados de la corte suprema; 2. La definición imprecisa de las funciones de la corte suprema y sus frecuentes conflictos de jurisdicción con otras autoridades; 3. El enfoque excesivamente formal de la corte en la interpretación y aplicación de los mandatos constitucionales. Además de factores externos, que incluían: 4. La marcada distancia entre la constitución y la vida ordinaria de los ciudadanos, 5. Algunas decisiones controversiales que adoptó la corte suprema (como la invalidación de dos reformas constitucionales y de varios decretos de "poderes de emergencia", y 6. La débil protección que se otorgaba a los derechos humanos. En conjunto, estos factores contribuyeron a crear una profunda brecha que separaba a la constitución y a su sistema de revisión judicial de la vida social y política cotidiana, y al eventual debilitamiento de la legitimidad del sistema en su conjunto.

4 a. La revisión de oficio se amplió a nuevos tipos de normas, para incluir no solamente: i. Decretos promulgados bajo cualquiera de los denominados "estados de excepción", sino también: ii. Todas las leyes que aprueban tratados internacionales, así como los tratados mismos, los cuales deben ser adoptados por el congreso y revisados por la corte antes de que el ejecutivo pueda ratificarlos; iii. Leyes estatutarias (leyes que regulan asuntos específicos enumerados en la Constitución, como los derechos fundamentales, los mecanismos de participación, los estados de excepción, la administración de justicia y otros tópicos importantes que se considera son mejor protegidos mediante el procedimiento especial de adopción de una ley estatutaria), que también deben ser revisadas por la corte antes de que el presidente las firme; iv. Actos que convocan a una asamblea constituyente o a un referendo para modificar la Constitución, que sólo pueden ser revisados con respecto a su validez procedimental; y v. Referendos relacionados con la aprobación o derogación de leyes, así como otros mecanismos de participación democrática tales como las consultas populares nacionales y los plebiscitos nacionales (estos últimos únicamente con respecto a su validez procedimental). b. El alcance de la aplicación de la *actio popularis* inconstitucional fue ampliado, puesto que ahora puede ser presentada, sin formalidades, por cualquier ciudadano o por el defensor del pueblo contra leyes, enmiendas constitucionales (en relación con su validez procedimental), decretos promulgados por el go-

más fundamental, conocida como acción de tutela. El alcance de la aplicación de la revisión judicial constitucional en casos individuales específicos –es decir, la revisión concreta– se introdujo con la creación de un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela. Esta puede ser presentada por cualquier persona ante cualquier juez con jurisdicción territorial para impedir o detener la violación de sus derechos protegidos constitucionalmente[5]. Hay que subrayar que el generoso catálogo de derechos protegidos por la constitución de 1991 ha llevado a que los jueces de tutela fallen acerca de una diversa gama de temas. Las acciones de tutela se deben decidir mediante un procedimiento judicial relativamente simple y rápido (la ley concede un plazo máximo de diez días para decidir en primera instancia), lo que habilita a los jueces para adoptar cualquier medida que estimen necesaria para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados de acuerdo con los requerimientos específicos del caso. Además, cada decisión de tutela individual que se adopte en el país puede ser apelada ante un juez superior y, en todo caso, revisada por la corte constitucional, la cual tiene total discrecionalidad para seleccionar aquellos casos que considere fallados incorrectamente o pertinentes para el desarrollo de su propia jurisprudencia, y después emitir la sentencia definitiva correspondiente.

Es evidente que a la corte constitucional cuenta con diversas competencias para cumplir su mandato como guardián de la integridad de la constitución. Una característica adicional, que es esencial para la judicialización de la política, es que el acceso a la corte es muy fácil. Colombia quizá tenga el sistema de

---

bierno en ejercicio de poderes legislativos delegados, y leyes anteriores a 1991 que aprueban tratados internacionales (las leyes posteriores a 1991 en el mismo sentido están sujetas a revisión automática de la corte antes de que sean promulgadas). Los procedimientos de revisión abstracta permiten la participación de cualquier ciudadano que desee apoyar u oponerse a la demanda, el procurador general de la nación, cuya intervención es obligatoria como parte de su función de promotor de los intereses de la sociedad y las autoridades que participan en la adopción de las normas sujetas a revisión, si desean hacerlo. c. Para contextualizar la revisión judicial abstracta de las normas y asentarlas en la realidad, la Constitución habilitó a la Corte para que buscara y obtuviera todo tipo de información especializada que pueda ayudar a fundamentar sus fallos, incluida la posibilidad de: i. Requerir opiniones técnicas especializadas profesionales; ii. Tener en cuenta la opinión de los ministerios correspondientes, y iii. Convocar a audiencias públicas para evaluar mejor las implicaciones y el contexto de la decisión en cuestión.

5 Todos los jueces pueden fallar casos de tutela. En otras palabras, existe una jurisdicción constitucional integrada por jueces y magistrados de todas las disciplinas jurídicas (derecho penal, derecho civil, derecho laboral, derecho administrativo, etc.) a la cabeza de la cual está la corte constitucional.

revisión judicial más abierto. Hay cuatro mecanismos de acceso a la corte: 1. La *actio popularis* de inconstitucionalidad[6]; 2. La revisión abstracta de oficio de los proyectos de referendo, las leyes que aprueban tratados, los proyectos de leyes estatutarias y los decretos de estados de excepción; 3. La revisión de los proyectos que el presidente ha objetado por incostitucionales sin éxito; y 4. La revisión discrecional de las sentencias de tutela. Así, prácticamente todas las leyes aprobadas por el congreso pueden ser sometidas inmediatamente a revisión judicial, al igual que toda enmienda constitucional (por razones procedimentales), ciertos tipos especiales de decretos presidenciales y las sentencias de tutela proferidas por todos los jueces del país. En efecto, todas las decisiones administrativas que violen o amenacen los derechos fundamentales, junto con todas las decisiones judiciales que ignoren abiertamente los mandatos de la constitución y algunos actos de cierto tipo de "poderes privados", están sujetos al escrutinio de la corte. No extraña entonces que la corte constitucional haya emitido sentencias sobre casi todos los aspectos de la vida colombiana.

## LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DESPUÉS DE 1991

La significativa ampliación de los temas y tópicos regulados por la constitución de 1991 ha estado acompañada de la ampliación correspondiente del alcance de la revisión judicial, que contribuyó al surgimiento, tan sólo una década después, de un sorprendente proceso social, político y jurídico. La constitución –y el derecho constitucional junto con ella– ha empezado a penetrar muchos aspectos de la compleja realidad colombiana, desde las esferas más altas del gobierno hasta los conflictos ordinarios entre vecinos, infundiéndolos de un nuevo tipo de discurso constitucional y, además, orientando el desarrollo de los derechos hacia efectos aún desconocidos. Mediante la producción de un extraordinario volumen de jurisprudencia acerca de prácticamente todos los aspectos de la vida nacional, la jurisdicción constitucional, encabezada por la corte constitucional, se ha convertido en un actor esencial. Con sus decisiones, ésta ha comenzado a modificar la desigual distribución del poder entre fuerzas sociales y políticas, dando respuestas

6 La *actio popularis* es una acción pública de inconstitucionalidad que puede ser iniciada por cualquier ciudadano colombiano, sin necesidad de que sea representado por un abogado y de demostrar que tiene interés concreto en el resultado del caso. Pretende la defensa abstracta de los principios consagrados en la constitución. Se considera que la posibilidad de iniciar una *actio popularis* es un derecho fundamental.

cada vez más legítimas –aunque en no pocos casos controvertidas– a los problemas más sensibles y difíciles que enfrenta el país. Además, la remisión de los conflictos al juez constitucional para que los resuelva ha llegado a ser una de las fórmulas de participación más destacadas de los colombianos comunes y corrientes en la conducción de los asuntos públicos y privados. La política, por supuesto, no podía ser la excepción: el campo de la política fue uno de los primeros en ser afectados, y de hecho transformados, por el propósito expreso de la asamblea constituyente de 1991 de convertir a la constitución en ley suprema, también viviente que se debía tomar en serio en todos los niveles (cfr. infra).

Los litigios constitucionales también han experimentado un fuerte incremento desde 1992, tanto en relación con la revisión abstracta como con la concreta. Los ciudadanos, individualmente u organizados colectivamente para esos propósitos, han apelado activamente a los procedimientos judiciales para hacer cumplir las disposiciones constitucionales relevantes en todo tipo de escenarios, muchas de las cuales se refieren a tópicos, temas y áreas del todo nuevos, que previamente no estaban específicamente regulados por la constitución. Por una parte, la acción de tutela ha sido utilizada con una frecuencia creciente por los ciudadanos, por diversas razones de índole política y social. En primer lugar, después de 1991, los colombianos entendieron muy pronto que la protección que la constitución daba a sus derechos fundamentales podía tener efectos directos en su vida cotidiana. En segundo lugar, debido a la recesión económica y al desorden social, muchas personas buscan que se cumplan sus derechos sociales a través de esta vía judicial, sobre todo aquellos relacionados con la salud, las pensiones y los salarios. En tercer lugar, en no pocos casos lo que está en juego es la resolución, caso por caso, de problemas socioeconómicos urgentes que el sistema político ha sido incapaz de resolver en un nivel más colectivo. Por otra parte, los ciudadanos también están haciendo un uso creciente de la *actio popularis*, la acción pública de inconstitucionalidad, que fue ideada inicialmente para impulsar la revisión abstracta de la legislación, pero que se está utilizando cada vez más para poner en tela de juicio la constitucionalidad de ciertas disposiciones legales con base en sus efectos sobre el disfrute de los derechos fundamentales. Este es, quizá, un efecto colateral de dos factores: la existencia de la acción de tutela y su impacto sobre la comprensión de los ciudadanos del potencial y la relevancia de la constitución en su vida cotidiana, junto a la incapacidad de los canales políticos normales para tratar los problemas urgentes que afectan cotidianamente a los colombianos, que son entonces remitidos para que sean resueltos en una instancia judicial.

## EL IMPACTO DE LA CORTE EN LOS DOMINIOS LEGAL Y SOCIAL

La contribución de la corte constitucional a la comprensión y desarrollo de la constitución de 1991 ha tenido profundas implicaciones en muchos aspectos de la vida colombiana. Esto se puede apreciar en términos cuantitativos y cualitativos. Entre 1992 y 2002, la corte constitucional adoptó un total de 9.442 decisiones, un promedio anual de cerca de 840 sentencias de revisión abstracta y concreta (cfr. cuadro 2). Esta cifra no es sólo una indicación de la eficiencia de la corte; también revela su carga de trabajo, que ha llegado a ser casi ocho veces mayor que la de la corte suprema de justicia en el periodo anterior a 1991. En 2002, el porcentaje de decisiones de revisión abstracta que declaraban la inconstitucionalidad de disposiciones legales fue del 27%, mientras que el 52% de las decisiones de revisión concreta otorgaron protección a los derechos fundamentales en casos específicos. No es sorprendente entonces que la política, junto con todos los demás aspectos de la vida colombiana, haya sido afectada por un proceso independiente y activista de guarda judicial de la constitución.

Cuatro factores sirven para indicar la magnitud del proceso de judicialización de la política en Colombia: 1. Cuando los periódicos hablan de "la corte", se asume casi inmediatamente que se refieren a la corte constitucional, aunque hay varios otros tribunales superiores en Colombia; 2. Al menos una vez a la semana, la radio anuncia nuevas decisiones de la corte, y alrededor de cada dos meses, los periódicos de mayor circulación dedican sus páginas editoriales a una o varias decisiones de la corte; 3. El poder y el papel de la corte son temas destacados en la agenda política nacional, y 4. Desde 1991, todo presidente de la república ha propuesto una enmienda constitucional en respuesta a una decisión de la corte (cfr. cuadro 3). Una propuesta anunciada en 2003 de reforma al funcionamiento de la administración de justicia, patrocinada por entonces el ministro del interior y de justicia, sintetiza los intentos del ejecutivo de debilitar los poderes de la corte.

Es más difícil describir la dimensión cualitativa de la judicialización de la política; sería necesario otro capítulo para resumir las decisiones más sobresalientes de la corte[7]. Además, en vista de que la judicialización de la política penetra diversos campos, sería claramente insuficiente elegir uno o dos casos para mostrar el impacto general de la corte constitucional. No obstante, la enunciación de es-

---

7 Cfr., por ejemplo, Cepeda (2004b).

Cuadro 2
El trabajo de la corte, 1999-2002

| Año | Número total de decisiones | Número de decisiones de tutela | % del total | Número de decisiones de revisión abstracta | % del total |
|---|---|---|---|---|---|
| 1992 | 235 | 182 | 77,44 | 53 | 22,55 |
| 1993 | 598 | 394 | 65,88 | 204 | 34,11 |
| 1994 | 582 | 360 | 61,85 | 222 | 38,14 |
| 1995 | 630 | 403 | 63,96 | 227 | 36,03 |
| 1996 | 718 | 370 | 51,53 | 348 | 48,46 |
| 1997 | 680 | 376 | 55,29 | 304 | 44,70 |
| 1998 | 805 | 565 | 70,18 | 240 | 29,81 |
| 1999 | 993 | 705 | 70,99 | 288 | 29,01 |
| 2000 | 1.734 | 1.340 | 77,27 | 394 | 22,72 |
| 2001 | 1.344 | 976 | 72,62 | 368 | 27,38 |
| 2002 | 1.123 | 784 | 69,81 | 339 | 30,19 |
| Total | 9.442 | 6.455 | 68,36 | 2.987 | 31,64 |

tos campos indica el alcance de la judicialización de la política. Aunque ningún aspecto de la vida colombiana ha sido inmune a este fenómeno, las principales áreas concernidas son:

1. La economía, en áreas tales como el presupuesto nacional, los salarios públicos, los impuestos, el gasto público social, las reformas fiscales o la autonomía financiera de las entidades territoriales.

2. Temas sociales tales como los derechos de las mujeres, los derechos de los homosexuales, la eutanasia, el aborto o el uso personal de drogas narcóticas.

3. Orden público, en materias tales como las amnistías, los estados de excepción, la restricción de los derechos para restablecer el orden público, la distinción entre combatientes y no combatientes o la autoridad presidencial para retirar temporalmente al ejército, la policía y las autoridades judiciales de zonas del país para favorecer las conversaciones de paz con la guerrilla.

4. Asuntos internacionales, entre ellos la revisión de todo tipo de tratados y leyes que los aprueban, como el concordato con la Santa Sede, las convenciones sobre medio ambiente y derechos humanos, y los instrumentos internacionales para reprimir el crimen.

5. La lucha contra el tráfico de drogas, en tópicos tales como la extinción de los derechos de propiedad sobre los activos adquiridos ilegalmente, la extradición, los elementos constitutivos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, y la fumigación aérea de los cultivos ilegales, o las garantías procedimentales para los defensores de los sindicados.

Cuadro 3
Enmiendas constitucionales relacionadas con la jurisprudencia de la Corte Constitucional

| | |
|---|---|
| *Enmiendas constitucionales aprobadas por el Congreso mediante actos legislativos* | |
| Acto Legislativo 01 de 1995 | Regula en detalle la participación de las entidades territoriales en los fondos del presupuesto nacional que se clasifican como "ingreso corriente de la Nación", así como la destinación que se les debe dar. Aprobado en respuesta a la decisión C-520 de 1994, que dio estricta aplicación al mandato constitucional previo, por el cual estos fondos se debían aplicar exclusivamente a "inversión social", y no a gastos de personal. |
| Acto Legislativo 02 de 1995 | Establece que las cortes o tribunales militares pueden estar integrados por personal militar activo y retirado. Aprobado en respuesta a la decisión C-141 de 1995, que establecía que sólo el personal militar retirado o civiles podrían ser parte de esos cuerpos. |
| Acto Legislativo 01 de 1999 | Elimina la posibilidad, abierta desde 1976, de hacer expropiaciones por razones de equidad sin compensación previa. Aprobado en respuesta a varias decisiones de la Corte, que declararon inexequibles cláusulas del Tratado de Inversión Bilateral que protegía la inversión extranjera asegurando el pago de una compensación justa en casos de expropiación. |
| *Propuestas de acto legislativo que no prosperaron* | |
| Propuesta presentada por un grupo de congresistas para prohibir la adopción de los "fallos moduladores" de la corte (varias iniciativas desde 1995). | |
| Propuesta presentada por un grupo de congresistas para prohibir la admisibilidad de las demandas de tutela contra las decisiones judiciales (varias iniciativas desde 1992). | |
| Propuesta presentada por un grupo de congresistas para imponer la exigencia de una votación por mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad de una ley (varias iniciativas desde 1995). | |
| *Iniciativas de referendo constitucional que no prosperaron* | |
| Iniciativa de referendo presentada por la Iglesia Católica en 1993 para introducir un artículo constitucional que autorizara un concordato con la Santa Sede, contra la decisión C-027 de 1993, que eliminaba las disposiciones básicas de dicho tratado. | |
| Dos iniciativas de referendo presentadas con apoyo del gobierno (en 1994 y 2003), para autorizar la criminalización de la posesión y uso de dosis personales de drogas, contra la decisión C-221 de 1994, que invalidó la disposición pertinente del código penal. | |

*Referendo que sólo prosperó parcialmente (octubre de 2003)*

Proyecto de referendo presentado por el presidente Álvaro Uribe para enmendar algunas partes de la constitución. Aprobado por el congreso mediante la ley 796 de 2003, que convocó al referendo. El texto del referendo tenía tres reformas, de un total de ocho, que se oponían directamente a decisiones anteriores de la corte constitucional: a. La abolición de derechos de pensión especiales para altos funcionarios, interpretada ampliamente por la Corte en varias decisiones de tutela; b. La autorización para congelar totalmente los salarios públicos superiores a dos salarios mínimos (por un período de dos años para los salarios de rango medio, y de cuatro años para los salarios de rango alto), que ignoraba parcial y temporalmente la decisión C-1064 de 2001; y c. Una autorización para criminalizar el consumo de dosis personales de droga, dirigida contra la decisión C-221 de 1994. La corte constitucional eliminó la tercera del texto del referendo por razones de procedimiento. Los temas restantes no alcanzaron el umbral de votación mínimo cuando se realizó el referendo.

En cuanto a las áreas específicas de impacto de la corte en el campo político, se deben mencionar:

6. La admisibilidad de referendos.

7. Las reglas básicas de la democracia representativa, entre las que se incluyen temas como la financiación de las campañas y de los partidos, el acceso de los candidatos a los medios de comunicación, la distorsión de los procesos políticos mediante la desviación del gasto público o la protección de los derechos de los partidos y movimientos políticos, y de los candidatos.

8. Los escándalos políticos que han terminado en juicios penales o en la pérdida de la investidura de varios congresistas, en los cuales las decisiones judiciales correspondientes han sido impugnadas a través de la tutela.

La intensidad de la judicialización se puede apreciar en la lista de algunas de las decisiones más controversiales de la corte. El cuadro 4 se refiere a casos concretos de derechos fundamentales, el cuadro 5 a decisiones de revisión abstracta. Además, el cuadro 6 se refiere a casos de revisión concreta en los que la corte ha recurrido a la figura del "estado de cosas inconstitucional", en vista de las causas estructurales de las violaciones de los derechos fundamentales que están en juego. La última decisión, por ejemplo, protegió a más de 2 millones de personas desplazadas internamente.

No es posible identificar una pauta común en los procesos políticos que preceden a estas decisiones, ni identificar a las organizaciones o actores de la sociedad civil que han participado activamente en la judicialización de la política. No obstante, a riesgo de simplificación, es posible señalar los siguientes elementos comunes. Primero, el demandante es rara vez una organización social; usualmente es un ciudadano que actúa en su propio nombre, que puede o no ser respaldado

discretamente por un grupo social. No obstante, en casos relacionados con temas de orden público, las ONG de derechos humanos presentan *amicus curiae*, y en los casos que se refieren a asuntos sociales, usualmente intervienen los sindicatos. Las organizaciones del sector privado tienden a recurrir menos a la corte, aunque lo han hecho para defender intereses específicos. Segundo, durante los debates parlamentarios es muy probable que los representantes al congreso que piensan que están en minoría invoquen las decisiones de la corte para respaldar su posición política con argumentos legales. Si no logran conquistar el apoyo del auditorio, luego promueven la presentación de la acción pública de inconstitucionalidad ante la corte. Tercero, el gobierno siempre interviene en los procesos de revisión abstracta en defensa de las disposiciones legales en cuestión mientras que, por el contrario, los representantes al congreso o de la mayoría que adoptó tales disposiciones rara vez intervienen en su favor. Cuarto, los medios de comunicación nacionales no dan cubrimiento a los procesos políticos o judiciales antes de la decisión, pero reportan los fallos y las reacciones de quienes son afectados por ellos. Quinto, el vínculo con actores internacionales es excepcional. La judicialización de la política en Colombia tiende a seguir una dinámica endógena[8]. Sexto, las decisiones de la corte tienden a cumplirse. Cuando una decisión tiene un impacto económico negativo o limita los poderes presidenciales en materia de orden público, el ministerio correspondiente expresa públicamente su desacuerdo, pero siempre sostiene que el gobierno obedecerá la decisión de la corte, y en la práctica la obedece. La corte suprema de justicia es la única excepción, pues es la única entidad pública que se ha opuesto públicamente a la posibilidad de que sus sentencias en asuntos civiles, penales o laborales sean invalidados por la corte constitucional mediante

8 No obstante, las escuelas y tendencias internacionales ejercen influencia sobre el esquema colombiano de tres maneras: proporcionan argumentos jurídicos, dado que la corte debe interpretar los derechos de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos; aumentan la tensión entre las medidas de liberalización económica –en respuesta a la globalización económica– y las demandas de protección de los derechos al empleo/trabajo y al medio ambiente, de acuerdo con los convenios de la OIT y tratados internacionales sobre la protección del medio ambiente; e introducen una dimensión delicada siempre que los casos en revisión se relacionan con el tráfico de drogas y su represión, dado el interés del gobierno de Estados Unidos en ese asunto. No es del todo claro que el peso de la dimensión internacional se relacione con casos de terrorismo. En agosto de 2004 la corte declaró inconstitucional el estatuto antiterrorista, aprobado a finales de 2003. El estatuto, que habría permitido el arresto de individuos por el ejército, la irrupción en viviendas y oficinas, y la intercepción de comunicaciones sin orden judicial, fue ampliamente criticado por las organizaciones internacionales y locales de derechos humanos.

fallos de tutela. En cinco casos a 2003, la corte suprema se ha negado a cumplir las órdenes de la corte constitucional, que luego ha adoptado decisiones especiales (autos) logrando el cumplimiento de los fallos de tutela independientemente de la oposición de la corte suprema y sin su cooperación[9].

Excepto en estos cinco casos de decisiones de tutela contra los fallos de la corte suprema de justicia, la doctrina de la corte constitucional suele ser seguida por los jueces y tribunales. Hasta mediados de los años noventa, esa doctrina encontraba cierta resistencia, en vista de que la jurisprudencia constitucional parecía muy innovadora y porque los jueces y tribunales no dependían de la corte constitucional para su evaluación, permanencia o promoción. No obstante, la corte ha decidido consistentemente seleccionar y revisar los fallos de tutela de los jueces y tribunales que se separan de su doctrina, dado que todas las decisiones de tutela adoptadas por los jueces y tribunales del país se envían a la corte constitucional para que verifique si se ha respetado su jurisprudencia. Esto ha llevado a que la mayoría de los jueces sigan los fallos de la corte como si fueran precedentes dentro de un sistema de derecho común. De un total aproximado de 180.000 fallos de tutela anuales promulgados por los jueces y tribunales, la corte sólo ha seleccionado alrededor de 600 para garantizar que se respeten sus precedentes.

En los casos de tutela, la corte imparte órdenes específicas a las autoridades administrativas o a los individuos particulares, en el sentido de que emprendan una acción o se abstengan de hacer algo. Estas órdenes suelen ser obedecidas. Rara vez se pide a la corte que modifique una orden para que pueda ser cumplida dentro del plazo correspondiente. Si se ignora una orden de la corte o de un juez de tutela, el incumplimiento puede ser sancionado con penas sucesivas, tales como arresto y multas. Esto no ocurre muy a menudo, pero ha sucedido aun en los niveles más altos. Ministros, directores de entidades públicas nacionales, alcaldes, gobernadores y decanos de universidades –para citar los casos más notorios– han sido arrestados por no cumplir los fallos de tutela, y posteriormente han cumplido la orden. La corte suprema de justicia es la única que no ha sido sancionada, debido a que se ha sostenido que sólo el congreso puede imponer medidas disciplinarias a sus magistrados.

---

9 En esos dos casos, los beneficiarios del fallo de la corte constitucional recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2003 con el fin de obtener el cumplimiento del fallo o una declaración de la responsabilidad de Colombia por ignorar el derecho a reparaciones judiciales efectivas, tal como está consagrado en el Convenio Americano de Derechos Humanos.

Cuadro 4
Algunas de las decisiones más controversiales de la corte – Revisión concreta

| Tema | Año, referencia | Norma/decisión | Votación | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | Mayoría | Salvan | Aclaran |
| Derecho a la salud | T-534/1992, entre centenares (casos de "tratamiento necesario") | El derecho a la salud, aunque no es fundamental en sí mismo, debe ser protegido a través de la tutela siempre que esa protección sea necesaria para preservar derechos fundamentales amenazados, como el derecho a la vida y a la integridad personal (referente a servicios diagnósticos, medicamentos, tratamiento, cirugías, etc.), o el derecho a la dignidad humana. | 3 | 0 | 0 |
| | SU-043/1995 (casos de "derecho fundamental a la salud de los niños) | El derecho a la salud de los niños es fundamental en sí mismo. El derecho a la salud incluye el derecho al tratamiento, aun en el caso de enfermedades incurables que puedan ser controladas. | 9 | 0 | 0 |
| | SU-480/1999 (casos de "pacientes con sida") | Los pacientes con sida que no pueden financiar su propio tratamiento tienen el derecho a recibirlo del sistema de seguridad social, aunque los medicamentos o intervenciones que requieren no hayan sido previstos oficialmente en el catálogo de tratamientos disponibles. | 9 | 0 | 0 |
| | SU-819/1999 (caso de "tratamiento en el extranjero) | El derecho a la salud, bajo ciertas condiciones, permite que los afiliados del seguro social puedan recibir tratamiento en el extranjero cuando no haya tratamientos nacionales disponibles. | 9 | 0 | 0 |
| Derechos de los pueblos indígenas | SU-819/1999 (caso de "camino en territorio indígena") | Las autoridades nacionales no pueden ignorar los derechos de las comunidades indígenas cuando construyen infraestructura, como los caminos. Esas construcciones siempre deber ser precedidas por un proceso de consulta adecuado con los grupos aborígenes afectados. | 3 | 0 | 1 |
| | SU-039/1997 ("caso U'wa) | Las comunidades indígenas tienen el derecho colectivo fundamental a preservar su identidad cultural y todo lo que sea necesario para ese propósito. Esto incluye el derecho a consultas previas cuando se vayan a explotar recursos naturales en su territorio. Con base en estas razones, se frenó un importante proyecto de exploración petrolera en territorio U'wa. | 5 | 4 | 0 |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | T-523/1997 (caso "Whip") | Los individuos indígenas tienen el derecho a ser juzgados por las autoridades indígenas tradicionales, aunque ello implique la imposición de penas que se considerarían inaceptables en un contexto no indígena. | 3 | 0 | 0 |
| | SU-510/1998 ("caso de iglesia protestante") | Las autoridades indígenas tienen el derecho a excluir a los grupos religiosos o a las iglesias no indígenas que prediquen y alienten las conversiones en su territorio, para preservar su integridad cultural. | 6 | 3 | 0 |
| Derecho a un ingreso mínimo de subsistencia | T-426/1992, entre centenares ("casos de mínimo vital") | Cuando no se satisfagan las condiciones mínimas de subsistencia, y exista una emergencia o circunstancias graves, las personas tienen derecho a demandar acciones positivas del Estado para satisfacer sus necesidades básicas no resueltas, aunque esto implique gasto público. | 3 | 0 | 0 |
| Derecho a rectificación | T-066/1998 y docenas de otros ("casos de rectificación imparcial") | Los individuos que hayan sido afectados en su reputación por información no confiable difundida a través de los medios de comunicación, tienen el derecho a la rectificación de esa información, en condiciones de imparcialidad. | 3 | 0 | 0 |
| Población desplazada | SU-1150/2000 ("caso de desplazamiento forzoso")* | Los individuos que han sido desplazados forzosamente de su lugar de residencia debido al conflicto violento sufren violaciones masivas, múltiples y continuas de sus derechos fundamentales. Estas deben ser atendidas y resueltas por el Estado, en particular por el ejecutivo, mediante programas adecuados que satisfagan sus necesidades básicas insatisfechas. | 9 | 0 | 0 |
| Admisibilidad de la tutela contra las decisiones judiciales | T-006/1992, T-231/1994 y decenas de otros (casos de "tutela contra fallos judiciales") | Las decisiones judiciales pueden ser objeto de acción de tutela siempre que incurren en irregularidades jurídicas (vías de hecho), independientemente de sus efectos *res iudicata*. | 3 | 0 | 1 |
| Derechos sindicales | SU-342/1995 ("casos de persecución a los sindicatos") | Los empleadores no pueden discriminar a los trabajadores que pertenecen a los sindicatos, entre otras cosas proporcionando mejores condiciones de trabajo o prestaciones a los trabajadores que no están asociados a ellos o despidiendo a los trabajadores sindicalizados. | 5 | 4 | 0 |

* En 2004 fue adoptada una decisión de tutela en la que se declaró un "estado de cosas inconstitucional" en la situación de los desplazados. Ver cuadro 6.

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Derecho a la educación | SU-624/1999 y docenas de otros ("casos de estudiantes pobres") | Las instituciones académicas no pueden excluir a los estudiantes que no han podido pagar sus pensiones, al menos durante el año académico. Tampoco pueden retener sus certificados de notas aunque los padres de los estudiantes hayan dejado de pagar sin causa justificada. | 8 | 1 | 0 |
| Derecho al desarrollo de la propia personalidad | SU-642/1998 (casos de "apariencia personal") | El Estado y las organizaciones privadas no pueden interferir en las opciones de vida de los individuos, siempre que estos no restrinjan o violenten de manera irrazonable los derechos de terceros o el orden legal. Esto incluye, entre otras cosas, el derecho a determinar la apariencia personal, especialmente dentro de las instituciones académicas. | 8 | 1 | 0 |
| Derecho a determinar la identidad de género | SU-337/1999 (caso "hermafrodita") | Dadas unas circunstancias específicas, los padres no pueden en principio dar consentimiento sustituto para el desempeño de los procedimientos de readecuación sexual, sin la aceptación de la intervención por el menor. | 9 | 0 | 0 |
| Orientación sexual – parejas homosexuales* | SU-623/2001 (caso de "parejas homosexuales) | Los individuos homosexuales no pueden ser discriminados debido a su orientación sexual, pero no pueden ser igualados a las parejas heterosexuales para propósitos de constituir una "familia" o recibir los beneficios de la seguridad social. | 5 | 4 | 0 |
| Inviolabilidad parlamentaria | SU-047/1999 (caso de "juicio al Presidente") | Los miembros del Congreso no pueden ser enjuiciados por las opiniones que expresan en el ejercicio de sus funciones, o por su forma de votar, aun cuando participen en el procesamiento de altos funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes judiciales del Congreso. | 7 | 2 | 0 |
| Laudos arbitrales *ex aecquo et bono* | SU-837/2002 (caso de "laudos arbitrales") | Los laudos arbitrales (*ex ae quo et bono*), resuelvan conflictos laborales en los que no ha prosperado la negociación colectiva, no pueden ser arbitrarios, y deben estar motivados adecuadamente para respetar la Constitución. | 9 | 0 | 1 |
| Protección de los vendedores ambulantes | T-772/2003 (casos de "vendedores ambulantes") | Las personas que ocupan el espacio público desempeñando actividades de ventas informales no pueden ser objeto de arbitrariedades o maltrato de la policía, y siempre que estén trabajando de buena fe, las autoridades les deben ofrecer | 3 | 0 | 0 |
| Fumigación aérea de cultivos ilícitos | SU-383/2003 (caso de "fumigaciones en tierras índigenas") | alternativas de reubicación razonables antes de que sean desalojados del espacio público.<br>Las fumigaciones áereas de los cultivos ilícitos de coca y amapola son constitucionales, pero están sujetas a condiciones estrictas cuando se llevan a cabo en territorios ancestrales de los pueblos índigenas. | 6 | 0 | 0 |

* Si bien esta decisión fue adoptada en un caso de tutela, seis años después, cuando se realizó control abstracto de dos leyes que no reconocían los derechos de las parejas del mismo sexo, la Corte si protegió a dichas parejas. Ver C-075 de 2007 y C-811 de 2007.

CUADRO 5
LAS DECISIONES MÁS CONTROVERSIALES DE LA CORTE – REVISIÓN ABSTRACTA

| Año | Tema | Norma/decisión | Ref. | Votación | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | Mayoría | Salvan | Aclaran |
| 1993 | Igualdad de las religiones | Inconstitucionalidad de los principales artículos del concordato de 1974 entre Colombia y la Santa Sede, que privilegiaban a la Iglesia Católica. | C-027 | 8 | 1 | 0 |
| 1994 | Aborto* | Constitucionalidad de la disposición legal que castiga el aborto, dando prevalencia al derecho a la vida. | C-1330 | 6 | 3 | 0 |
| 2001 | | Disposición modificada en 2001, cuando se dispone que el aborto no es punible si se realiza en "circunstancias extraordinarias", tales como cuando el embarazo es producto de violencia sexual. | C-647 | 5 | 2 | 4 |
| 1994 | Acceso de los candidatos políticos a los medios de comunicación | Constitucionalidad de la disposición legal que determina que los partidos de oposición y las minorías políticas deben tener acceso a los medios de comunicación del Estado en proporción directa al número de representantes al congreso, puesto que el "derecho a la radio y a la antena de televisión" es necesario para que la oposición cumpla su función crítica dentro del sistema político. | C-089 | 5 | 4 | 2 |
| 1994 | Dosis personal de drogas | Inconstitucionalidad de la disposición criminal que impone sanciones por la posesión y el consumo de dosis personales de narcóticos. | C-221 | 5 | 4 | 0 |
| 1997 | Eutanasia | Es inconstitucional criminalizar a los médicos que aplican la eutanasia a los pacientes con enfermedades terminales en casos de extremo sufrimiento y consentimiento informado. | C-239 | 6 | 3 | 3 |
| 1997 | Servicios de seguridad por civiles armados | Constitucionalidad de la disposición que permite que las comunidades organizadas proporcionen servicios de seguridad privada por civiles armados, en la medida en que las armas que utilizan no estén restringidas para uso exclusivo de las fuerzas armadas. | C-572 | 5 | 4 | 1 |
| 1998 | Ley de periodismo | Inconstitucionalidad del sistema de licencias para el ejercicio del periodismo. | C-087 | 9 | 0 | 1 |

* Este cuadro fue realizado para presentar una conferencia en el año 2004. En el año 2006 la Corte cambió su jurisprudencia para señalar que la prohibición del aborto era inconstitucional en los casos extremos (violencia sexual o incesto, riesgo para la salud o la vida de la madre, malformaciones del feto incompatibles con la vida). Ver C-355 de 2006.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1998 | Ley de televisión | Rechazada la acción popular de inconstitucionalidad contra la ley que prohibía la renovación de los contratos de concesión a los proveedores de televisión, con la consiguiente exclusión de los nuevos canales que criticaron a personajes públicos durante el llamado "Proceso 8.000", con base en que el propósito discriminatorio o impacto de la ley no ha sido probado. | C-456 | 6 | 3 | 0 |
| | | | C-383 | 7 | 2 | 0 |
| 1999 | Decisiones acerca del Upac | Inconstitucionalidad de las características básicas del sistema para financiar la construcción y adquisición de vivienda. | C-700 | 6 | 3 | 2 |
| | | | C-747 | 6 | 3 | 2 |
| 2000 | Cuotas femeninas | Constitucionalidad de la ley que estableció la participación obligatoria de las mujeres en al menos el 30% de los cargos de toma de decisiones en la rama ejecutiva. | C-371 | 5 | 4 | 1 |
| 2000 | Plan Nacional de Desarrollo | Inconstitucionalidad de la ley que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 1999-2002, debido a defectos en el procedimiento. | C-557 | 8 | 1 | 0 |
| 2000 | Incremento de los salarios públicos | Inconstitucionalidad de parte del presupuesto nacional, por no haber apropiado fondos suficientes para incrementar todos los salarios públicos al menos en un porcentaje equivalente a la tasa de inflación del año anterior (2000). | C-1433 | 7 | 2 | 0 |
| 2001 | | Después modificada en 2001 y 2003, cuando la Corte estableció que, en épocas de penuria fiscal, los salarios públicos superiores a los dos salarios mínimos no se debían incrementar en una proporción menor que la mitad de la tasa de inflación del año anterior. | C-1064 | 5 | 4 | 0 |
| 2003 | | | C-1017 | 6 | 3 | – |
| 2001 | Intervención en la autonomía financiera de entidades territoriales | El Congreso puede regular asuntos que inicialmente están dentro de la autonomía financiera de las entidades territoriales, para preservar la estabilidad macroeconómica de la nación. | C-579 | 5 | 4 | 2 |
| 2001 | Prohibición de los auxilios parlamentarios | Todas las autoridades que intervienen en el proceso de elaboración del presupuesto deben dar justificaciones claras y escritas de las razones para que un proyecto dado sea financiado con fondos públicos. Los congresistas no pueden otorgar asignaciones de fondos discrecionales, ni tener la oportunidad de influenciar el gasto de esos | C-1168 | 6 | 3 | 1 |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | fondos, en virtud de la prohibición constitucional de los auxilios parlamentarios y el principio de legalidad del gasto público. | | | | |
| 2002 | Ley de Seguridad Nacional | Inconstitucionalidad de una ley de seguridad nacional que se basaba en la noción de "poder nacional", notificaba la incorporación de civiles al conflicto armado y la fusión de poderes públicos independientes. | C-251 | 7 | 2 | 0 |
| Más de uno, 1994-2003 | Estados de excepción | Inconstitucionalidad de los decretos que declaran estados de conmoción interna o emergencia económica, debido a que no se cumplieron los requisitos constitucionales. En un caso, la inconstitucionalidad parcial (1997). | C-300/1994<br>C-466/1995<br>C-122/1997<br>C-327/2003 | 6<br>7<br>6<br>5 | 3<br>7<br>3<br>4 | 1<br>2<br>4<br>0 |
| 2003 | Impuesto al valor agregado a los bienes y servicios de primera necesidad | Inconstitucionalidad de la disposición legal que extiende el impuesto de valor agregado a los bienes y servicios de primera necesidad, debido: 1. A que era indiscriminado y había sido adoptado sin un mínimo nivel de debate público en el Congreso; 2. A que fue adoptado en el contexto de serias deficiencias del sistema tributario, vulnerando el principio de progresividad, y 3. A que cubría bienes y servicios que proporcionan, en el contexto de un sistema de bienestar social gravemente insuficiente, las bases para el disfrute efectivo de las condiciones de vida más básicas para la mayoría de la población. | C-776 | 9 | 0 | 0 |
| 2003 | Referéndum | La corte debe verificar si el Congreso tenía competencia para convocar a un referendo para enmendar la Constitución. Aunque no hay artículos constitucionales intangibles, un referendo no puede cambiar la esencia o sustituir a la Constitución. La corte declara la constitucionalidad de la mayor parte del referendo, pero elimina algunas partes para proteger la libertad de elección de los votantes y evitar el riesgo de transformar el referendo en un plebiscito. | C-551 | 6 | 2 | 0 |

Además, cuando una decisión de revisión judicial abstracta invalida una disposición legal, su implementación es automática porque el fallo excluye las normas del sistema legal con efectos *erga omnes*. Ninguna autoridad puede invocar ni aplicar la norma posteriormente. Si lo hace por error, se puede utilizar la tutela para deshacer la arbitrariedad, así como acudir a otras vías para tomar medidas disciplinarias o penales.

## LOS EFECTOS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN COLOMBIA

La judicialización de la política ha tenido varios efectos en el sistema político colombiano. Primero, la jurisprudencia constitucional ha llevado a que tópicos anteriormente marginales se incluyan en la agenda política nacional, así como a reordenar sus prioridades. Los derechos de los homosexuales, la eutanasia, el aborto y el consumo personal de drogas son algunos de los ejemplos más notorios de tópicos que, luego de haber sido tema de decisión de la corte, han llegado a estar en el centro del debate público, *inter alia* en la esfera legislativa y la prensa. Segundo, las decisiones de la corte constitucional han llegado a ser factores de peso en los procesos de formación y definición de los actores y de las identidades colectivas, que a su vez han llegado a ser visibles y activos en el campo político. Un buen ejemplo es el de los pueblos indígenas, para quienes la jurisprudencia constitucional ha llegado a ser un instrumento clave para la preservación y el desarrollo de su identidad cultural y la promoción de sus derechos colectivos fundamentales[10].

Tercero, el equilibrio de poder en la sociedad colombiana ha sido alterado sustancialmente por la guarda judicial estricta de la constitución, que introdujo algunos mecanismos para controlar el ejercicio arbitrario del poder de personas privadas sobre individuos o grupos[11]. Mediante la extensión del alcance de la acción de tutela a las relaciones privadas, la jurisprudencia de la corte ha contribuido a un importante proceso de empoderamiento individual, en especial de quienes, antes de 1991, se podrían considerar relativamente débiles. Entre ellos se incluyen los trabajadores pensionados frente a sus antiguos patronos[12],

---

10 Cfr., por ejemplo, Sánchez Botero (1998, 2002).

11 La más notoria es la posibilidad de entablar un juicio de tutela contra personas privadas que amenacen o violen derechos fundamentales. De acuerdo con la bien establecida doctrina de

los residentes de edificios y complejos residenciales frente a las asambleas de copropietarios y cuerpos administrativos respectivos[13], los usuarios o clientes de entidades financieras que difunden indebidamente sus datos personales[14], los habitantes de áreas residenciales afectadas por los ruidos y olores que emanan las actividades de cría de animales de sus vecinos y otras industrias que funcionan irregularmente[15], y las amas de casa víctimas constantes de las violencia doméstica[16]. Estos son apenas unos pocos ejemplos de las diversas categorías de individuos privados que recibieron poder de la constitución para lograr que sus derechos sean respetados en todos los niveles. En suma, el débil suele ganar a través de la tutela. Por esta razón, a este instrumento legal ha sido denominado "el poder de los que no tienen poder".

Cuarto, la dinámica del proceso político, así como sus resultados, también ha sido afectada por la revisión judicial de constitucionalidad. Hoy es común que los congresistas especulen, durante los debates legislativos, si una disposición resistirá el control de constitucionalidad una vez llegue a la corte. Los mandatos constitucionales, así como las guías interpretativas establecidas por la jurisprudencia constitucional, han sido incorporados entonces como criterios de decisión importantes en el momento de redactar y aprobar cualquier ley, afectando con ello los resultados del proceso legislativo. Este es el denominado "efecto de anticipación", por el cual el diseño de las disposiciones legales, su contenido, el lenguaje utilizado para su justificación y los debates en torno a su aprobación dentro del gobierno y el congreso están imbuidos de las decisiones judiciales adoptadas por la corte. Para citar un ejemplo elocuente: en el fallo en materia tributaria citado antes[17], la corte invalidó una disposición legal que fijaba un impuesto al valor agregado a los bienes y servicios de primera necesidad que previamente habían sido excluidos o eximidos de dicho impuesto. Una vez adoptada, esta decisión de la corte dio lugar a feroces debates en el congreso, durante los cuales las razones

---

la corte, la acción de tutela se puede utilizar contra personas privadas siempre que: 1. El demandante esté en una posición de subordinación o indefensión en relación con la parte privada contra la que se presenta la demanda; 2. Esas partes privadas afecten o amenacen gravemente los intereses colectivos, o 3. Estén a cargo de prestar o suministrar servicios públicos.

12 Decisión T-524 de 2000.

13 Decisiones T-418 de 1999, T-333 de 1995 y T-233 de 1994.

14 Decisión T-261 de 1995.

15 Decisiones T-114 de 1997 y T-099 de 1998.

16 Decisiones T-436 de 1995 y T-458 de 1995.

17 Decisión C-776 de 2003.

técnicas de inconstitucionalidad invocadas por la corte se invocaron explícitamente como criterios guía en la adopción de una reforma tributaria destinada a atacar las fallas del sistema (principalmente la evasión de los impuestos progresivos), y para la creación de impuestos que afectan a los estratos más altos de la población.

Quinto, los actores sociales en muchos casos han empezado a ajustar sus preferencias a los dictados de la jurisprudencia constitucional. Un claro ejemplo es el de la apariencia personal en las escuelas, que ahora se considera parte del derecho a la autonomía personal. Mientras que antes de 1991 era común que las escuelas impusieran rigurosas restricciones a la apariencia personal de los estudiantes, por ejemplo, estableciendo una longitud máxima de cabello, prohibiendo el uso de cosméticos o haciendo obligatorios ciertos tipos de vestuario, el uso constante de los estudiantes de la acción de tutela contra estas normas ha llevado, si no a su total abandono, a un visible proceso de "liberalización" de las exigencias estéticas impuestas por las escuelas.

Finalmente, la dinámica y los canales de deliberación pública también se han modificado en respuesta a la aplicación de los mandatos constitucionales a asuntos que previamente estaban excluidos de la revisión judicial. El ejemplo más sobresaliente es el del consumo personal de drogas. La corte declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que penalizaba la posesión y el uso de dosis personales de drogas. Esta decisión, obviamente controversial en un país devastado por el tráfico de drogas, dio lugar a dos iniciativas de referendo patrocinadas por el gobierno en las que se preguntaba directamente a los ciudadanos si aprobaban la criminalización de esta conducta. La primera de estas iniciativas de referendo fracasó, puesto que no reunió el número de firmas necesarias para presentar la propuesta. La segunda era parte de un referendo realizado recientemente en el que se sometieron a aprobación popular diversas enmiendas constitucionales, pero la corte, por razones de procedimiento, eliminó la pregunta correspondiente a este tema particular cuando revisó su constitucionalidad. En el campo democrático, es bastante llamativa una reacción tan fuerte a una decisión de una corte constitucional, así como el resultado actual.

## FACTORES QUE APUNTALAN LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Algunas características sociales, políticas e institucionales propias de Colombia son especialmente relevantes para explicar la actual judicialización de la política en el país. Como consecuencia de su herencia colonial hispánica y de su tradición republicana, Colombia tiene una cultura altamente "legalista", que ha llevado a que las confrontaciones políticas se transformen en enmiendas constitucionales que forman parte de tratados de paz entre las facciones beligerantes. También ha significado que los temas políticos y sociales se conviertan a menudo en controversias legales y, además, constitucionales. Dado que Colombia ha sido tradicionalmente un país de leyes, y que continuamente se promulgan leyes con la ilusión de que las nuevas normas resolverán los problemas nacionales urgentes, casi todos los problemas sociales, políticos o económicos tienen una ley correspondiente que los rige. Por consiguiente, es bastante fácil reformular tales problemas como si fueran asuntos de orden legal y cuestionar las normas ante la corte. Además de esto, los derechos constitucionales fundamentales son aplicables en cada etapa y aspecto de la vida, lo que permite que muchas situaciones concretas pueden concebirse como casos de relevancia constitucional. Colombia podría haber sido apropiadamente el tema de la famosa afirmación de Alexis de Tocqueville acerca de Estados Unidos: todo problema social o político más pronto que tarde se convierte en un problema jurídico. Un número muy elevado de abogados y de escuelas de derecho complementa este panorama cultural.

Segundo, el sistema político colombiano está afectado por deficiencias que llevan a que la población recurra a medios alternativos o judiciales para resolver problemas que el foro político no es capaz de resolver. Estas deficiencias son de muy diversa naturaleza y aquí sólo señalo aquellas que tienen influencia directa en el proceso de judicialización de la política:

1. Debido a la posición central que tradicionalmente se ha dado en Colombia al presidente la república, la rama ejecutiva ejerce una influencia permanente sobre el congreso, lo que contribuye a disminuir –y en muchos casos distorsiona– el sistema de pesos y contrapesos entre las ramas políticas del poder público. Aunque la constitución de 1991 trató de fortalecer al congreso, en la práctica aún tiene una precaria capacidad institucional para ejercer sus poderes, por razones técnicas (tales como una planta de personal poco especializada e insuficiente, y el limitado acceso a información autónoma) y por causas políticas (poca disciplina de partido, bases electorales locales clientelistas, etc.). Además, luego de las elecciones

presidenciales, los congresistas tienden a dividirse entre los que apoyan y los que se oponen al presidente. El presidente usualmente logra construir una mayoría en el congreso que contribuye a respaldar sus políticas. Por consiguiente, en muchos casos el congreso adopta sus decisiones con el fin de apoyar al ejecutivo. Dado que el congreso a menudo no contrarresta el poder del ejecutivo debido a compromisos políticos, los "perdedores" del proceso político acuden a la corte. Los ciudadanos y las organizaciones sociales suelen recurrir a la corte para reclamar la imposición de límites a las políticas públicas del gobierno y a las leyes que las instrumentalizan. Para esto se basan en razones y argumentos constitucionales más que en tesis políticas. La apelación a la revisión judicial también exige menos esfuerzo en términos de organización política, lo que la convierte en una alternativa mucho más atractiva que la confrontación tradicional en el campo político.

2. A pesar de las importantes reformas de 1991, en la opinión pública aún predomina un sentimiento de desilusión con las prácticas políticas, a las que se percibe como clientelistas y beneficiosas para los políticos y no para la gente común y corriente. Esto ha llevado a una situación en que los ciudadanos rara vez piensan que las leyes representan el consenso de la sociedad o de una sólida mayoría política. Las decisiones de inconstitucionalidad de la corte usualmente se reciben con indiferencia o con aprobación popular.

3. Aunque Colombia es un país con una de las tradiciones constitucionales y electorales más estables de América Latina, aún existen claras manifestaciones de exclusión social –de hecho, las cifras recientes muestran que la sociedad colombiana es marcadamente desigual, en particular con respecto a la distribución de la riqueza– y con muy poca representación política. En suma, la población no se siente representada por los partidos y movimientos políticos, hasta tal punto que más de la mitad del electorado se define como "independiente".

4. Los foros judiciales tienden a ser más sensibles a los temas de derechos humanos –que son relativamente destacados en los medios de comunicación– que el congreso u otros cuerpos elegidos popularmente a nivel local. Esto se debe a que los jueces no son afectados directamente por consideraciones de conveniencia política. También se debe a la sólida protección de los derechos fundamentales consagrados por la constitución.

5. A diferencia de lo que sucede en muchos países, en Colombia la violencia es un mecanismo real, cotidiano y, por supuesto, ilegal para la resolución de conflictos. Es un fenómeno difundido y devastador que viene ocurriendo a escala nacional y con diferentes niveles de intensidad, actores y fuerzas directrices desde hace varias décadas. Dado que la política a menudo parece incapaz de funcionar efi-

cientemente como canal para la expresión y la resolución pacífica de los conflictos sociales, se ha dado un relativamente alto grado de legitimidad y de credibilidad institucional al sistema judicial. Los actores sociales recurren al sistema judicial para resolver asuntos que no se tratan adecuadamente en el proceso político, y que se agravan o pueden ser agravados por soluciones violentas. Por esta razón, la acción de tutela ha sido elogiada en el contexto colombiano como un instrumento de paz, debido a que la intervención de los jueces ha contribuido a resolver conflictos que podrían haber sido tratados de manera arbitraria, a menudo con la intimidación personal o el asesinato.

Tercero, la calidad de las políticas públicas y de la administración pública colombiana no es la mejor. Las políticas suelen ser improvisadas, no se adoptan mecanismos para responder a la transformación de las necesidades de la población, a menudo las políticas básicas fracasan durante la etapa de implementación, y rara vez se conocen o se evalúan los resultados obtenidos. Ese mal desempeño alienta a los ciudadanos a recurrir al sistema judicial, generalmente por medio de la tutela, para controlar las deficiencias que amenazan o violan los derechos constitucionales fundamentales. Una breve síntesis de las principales decisiones en las que la corte –a través de la doctrina de "estado de cosas inconstitucional", introducida en la jurisprudencia constitucional en 1997– ha tratado, desde la perspectiva jurídica de los derechos, las principales deficiencias de las políticas públicas y la regulación se presenta en la tabla 6.

Cuarto, se debe señalar que algunos grupos sociales, junto con un pequeño número de ciudadanos activistas, entendieron rápidamente las implicaciones de ese sistema de revisión judicial constitucional abierto y fácilmente accesible, e hicieron uso de los canales constitucionales para presentar sus peticiones ante la corte. Esta no es una movilización masiva, debido a que las normas del procedimiento constitucional no exigen que un número significativo de ciudadanos se unan alrededor de un tema. Puesto que los derechos protegen a todo individuo, es suficiente que un ciudadano activo se tome el tiempo de redactar una breve demanda ante la corte o una breve solicitud de revisión para una tutela, para que la corte tenga que adoptar una decisión sobre el asunto, aunque no siempre encuentre méritos a todas las demandas. De hecho, después de 1991, muchos actores sociales –distintos de los partidos o grupos políticos y de los funcionarios públicos de alta categoría– empezaron a utilizar el derecho constitucional para promover sus intereses. Es posible identificar algunos denominadores comunes en el uso que dan los actores sociales al derecho constitucional para conseguir objetivos políticos.

Cuadro 6
Estado de cosas inconstitucional: graves fallas de regulación y de política identificadas por la corte

| Decisión | Obligación |
|---|---|
| SU-559/1997 | La Corte ordenó a las autoridades locales y nacionales que pagaran los beneficios de la seguridad social de los maestros públicos para proteger su derecho fundamental a la seguridad social. |
| T-068/1998 | La Corte ordenó a la Caja Nacional de Previsión que adoptara, en un plazo de seis meses, procedimientos administrativos eficientes para responder a las peticiones debidamente presentadas, con el fin de proteger el derecho a la seguridad social de la población de mayor edad. |
| T-153/1998 | La Corte ordenó a las autoridades nacionales que diseñaran (en un plazo de tres meses) e implementaran (en un plazo de cuatro años) un plan de prisiones, para reducir el hacinamiento y dignificar las condiciones de vida de los reclusos y, con ello, proteger sus derechos fundamentales. |
| SU-250/1999 y T-635/2000 | La Corte ordenó a las autoridades competentes que convocaran a un concurso público, en un plazo de seis meses, para nombrar a los notarios públicos de todo el territorio nacional. Luego ordenó a las mismas autoridades que corrigieran los errores que se cometieron en el concurso inicial. |
| T-590/1998 | La Corte ordenó a las autoridades nacionales y locales que detuvieran todas las prácticas que ponen en peligro la vida de los activistas de derechos humanos, y adoptaran medidas para protegerlos. |
| T-606/1998 y T-607/1998 | La Corte ordenó a las autoridades competentes que protegieran el derecho a la salud de los reclusos, y, para lograr esto, las instruyó para que comprometieran a los proveedores de servicios de salud pública. Esto debía estar en plena operación a los seis meses después de la decisión la Corte. |
| T-525/1999 | La Corte ordenó al ministerio de hacienda y a las autoridades locales que adoptaran, el segundo semestre de 1999, todas las medidas presupuestales necesarias para pagar los salarios y las pensiones pendientes de los trabajadores pensionados del departamento de Bolívar, para proteger su derecho a la seguridad social. |
| SU-090/2000 | La Corte ordenó al ministerio de hacienda y a las autoridades locales que adoptaran, el segundo semestre de 1999, todas las medidas presupuestales necesarias para pagar los salarios y las pensiones pendientes de los trabajadores pensionados del departamento del Chocó, para proteger su derecho a la seguridad social. |
| T-847/2000 | La Corte ordenó a las autoridades competentes que separaran, en un plazo de diez días, a las personas bajo detención preventiva en las estaciones de policía de los criminales convictos y de las personas enjuiciadas penalmente. |
| T-025/2004 | Para proteger los derechos de las personas desplazadas internamente, la Corte ordenó al gobierno asignar, dentro de un cronograma elaborado por la Corte, los recursos necesarios para hacer cumplir el plan existente de atención y protección –como lo diseñó la ley correspondiente– o, en caso contrario, para redefinir las prioridades para la protección de los desplazados internos, pero asegurando siempre el nivel mínimo de protección establecido por la Constitución y los instrumentos internacionales pertinentes. |

Los actores sociales que usan con frecuencia el derecho constitucional son los que tienen menos poder en los procesos de toma de decisiones que los afectan. Este es el caso, por ejemplo, de los pueblos indígenas en relación con la protección de sus derechos colectivos fundamentales, de los vendedores ambulantes que necesitan proteger su derecho a trabajar[18], o de las personas en condiciones extremas de pobreza que no tienen acceso a los beneficios de la seguridad social[19]. Las controversias constitucionales por lo general se formulan en términos de violaciones o amenazas a los derechos fundamentales, y se reclama su protección en sede de control constitucional abstracto o concreto. Por ejemplo, los deudores del sistema de financiación de vivienda presentan sus demandas en términos del derecho a una vivienda digna, los trabajadores pensionados que no reciben su pensión en su debido momento presentan acciones de tutela solicitando la protección de sus derechos a la seguridad social y a las condiciones materiales mínimas para llevar una vida digna[20]; o los estudiantes que han sido expulsados de la escuela debido a que sus padres se han tardado en pagar las mensualidades formulan el conflicto en términos de su derecho a la educación[21]. Las acciones de tutela suelen ser presentadas por los individuos afectados, pero con el apoyo de organizaciones sociales que después difunden el contenido de la decisión de la corte para que sus beneficios sean conocidos por otras personas en situación similar.

Dada la magnitud y el carácter innovador de las controversias jurídicas que se someten a su conocimiento, los jueces fueron bastante renuentes a comienzos de los años noventa a actuar en relación con la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, una vez la corte constitucional empezó a proferir sus decisiones y a determinar el alcance y los límites de tales derechos, su protección y su cumplimiento por parte de los jueces se volvieron cada vez más comunes. Finalmente, puesto que el congreso hasta ahora ha promulgado pocas leyes estatutarias que armonicen los derechos fundamentales en conflicto o definan su alcance y sus límites, la corte es la que ha tenido que trazar la línea. Y lo ha hecho de una manera generalmente equilibrada, modulando las órdenes que debe impartir de acuerdo con el problema sometido a revisión.

---

18 Cfr., entre otras, la decisión T-772 de 2003.
19 Decisiones T-533 de 1992, T-401 de 1992, T-046 de 1997 y T-1330 de 2001, entre otras.
20 Decisión T-426 de 1992.
21 Cfr., entre otras, las decisiones SU-624 de 1999 y T-208 de 1996.

## CONCLUSIONES: UN ACTOR INSTITUCIONAL CONTROVERSIAL

Teniendo en mente las falencias en la resolución política de los conflictos, combinada con la ineficacia tradicional de la administración pública, no debe sorprender que no solamente la política sino la mayoría de las esferas de la vida colombiana hayan llegado a ser más o menos judicializadas. Sin embargo, la judicialización ha suscitado una creciente controversia acerca del papel y el poder de la corte. Algunos dicen que la corte está invadiendo todos los aspectos de la vida colombiana, y formulando políticas públicas sobre todo tema imaginable. Otros argumentan que la corte debería ir más allá en muchas de sus decisiones, debido a que grandes sectores de la población siguen excluidos o mal representados en la política colombiana. En este sentido, debo subrayar que no se trata de que la corte se esté entrometiendo en todos los temas imaginables; se trata más bien de que los ciudadanos comunes y los actores políticos llevan sus problemas e intereses cotidianos a la corte, la que luego está obligada a decidir sobre una amplia gama de temas diversos. En vista de que tiene que decidir sobre temas tan variados, la corte ha tenido que adaptar el derecho constitucional a desafíos nuevos y crecientes. Comportándose como un árbitro constitucional independiente y activista, la corte también ha buscado consistentemente diseñar y aplicar varios mecanismos de autocontrol[22]. Además de estos mecanismos de autocontrol, cuando debe

22 Por ejemplo, la corte ha impuesto limitaciones al efecto obligatorio de sus opiniones para otros jueces. Mientras que la decisión y su *ratio decidendi* son obligatorias, los argumentos que apoyan la decisión no lo son. También ha afirmado que, en principio, sus decisiones de tutela tienen efectos *inter partes* excepto cuando la corte adscribe explícitamente efectos *inter pares* o *inter communis* a sus fallos. La corte también ha limitado su propia posibilidad de realizar el trabajo de otros jueces en asuntos penales, laborales, civiles y administrativos ordinarios derogando la disposición mediante la cual la acción de tutela se podía entablar contra decisiones judiciales (decisión C-543 de 1992). La única excepción a esta regla es cuando estas decisiones judiciales son contrarias al ordenamiento jurídico de manera tan evidente que sólo se pueden considerar "vías de hecho" y no pronunciamientos "legales". En los casos en que se emprenden *actio popularis* de inconstitucionalidad contra una ley con el argumento de que infringe el principio de igualdad, la corte aplica requerimientos particularmente estrictos a los argumentos del demandante, algo que se puede entender como un mecanismo de autocontrol. Además, la corte procede caso por caso, no adopta soluciones generales; limita el alcance de su análisis a leyes o artículos específicos acusados de inconstitucionalidad, sin examinar otras partes de la misma disposición, y sólo invalida las disposiciones legales cuando no hay otra manera de reconciliarlas con la constitución.

decidir sobre asuntos complejos o controversiales, la corte usualmente ha tratado de mantener un equilibrio entre los intereses en conflicto, absteniéndose de tomar decisiones de "todo o nada" que beneficien a uno de los actores o partes del conflicto y buscando establecer un equilibrio entre sus intereses respectivos. Estos mecanismos de autocontrol y de decisiones balanceadas son esenciales para la sostenibilidad del sistema de revisión judicial en su conjunto. De hecho, la condición fundamental para la supervivencia del sistema es la preservación de la neutralidad de la corte, al tiempo que hace cumplir la constitución en temas sensibles. Siempre que el árbitro constitucional supremo sea percibido como un órgano imparcial, que decide de acuerdo con el derecho y sigue normas de procedimiento justas y claras (una característica distintiva de proceso judicial y no del político) a las que pueden recurrir los ciudadanos y grupos para salvaguardar sus intereses constitucionales, es más probable que el sistema en su conjunto sea sostenible y preserve su legitimidad.

La percepción pública de que la corte decide de acuerdo con el derecho se facilita por el grado de detalle de las disposiciones constitucionales colombianas. Es claro que cuanto más detallada es una constitución, tanto más amplio es el espectro de decisiones jurídicas, con relevancia política, que se pueden adoptar con base en una norma específica, relevante, pública y aceptada. Esto tiene el doble efecto de estimular la judicialización de la política y dar a los jueces razones legales suficientemente objetivas y claras para adoptar decisiones sobre temas que previamente se percibía que eran exclusivamente políticos, pero que han sido judicializados por medio de estas disposiciones específicas. Al mismo tiempo, puede ocurrir el efecto contrario: los principios constitucionales generales e indeterminados abren un amplio margen de interpretación a los jueces constitucionales, que puede ser impulsado a decidir sobre todo tipo de problemas, como sucede en Estados Unidos. La constitución colombiana contiene ambos tipos de cláusulas: es detallada en relación con los derechos sociales y económicos y las instituciones económicas, aunque en un grado mucho menor que las constituciones de Brasil y otros países. También contiene principios generales fundamentales que definen al Estado y enumeran los derechos civiles y políticos con un grado de generalidad aún mayor que el de varias constituciones europeas.

Algunos observadores argumentan que la corte constitucional carece de suficiente legitimidad democrática para asumir el papel que hemos descrito. En vista de que este argumento también fue invocado en el pasado contra la corte suprema, fue abordado expresamente en la constitución de 1991. Para aumentar el carácter representativo de la corte constitucional, la asamblea constituyente

abolió el sistema de "cooptación" preexistente para la designación de los jueces, sustituyéndolo por un sistema indirecto de elección popular. El senado, elegido popularmente por votación nacional, elige a todos los magistrados de la corte constitucional. La composición de la corte refleja la relación entre las fuerzas políticas del congreso, y aun entre las diferentes fracciones de cada partido. Además, el proceso de toma de decisiones de la corte es altamente participativo. En esencia, cualquier ciudadano puede redactar un documento en el que fije su posición en favor o en contra de una disposición legal que la corte esté revisando. La corte también invita a expertos, organizaciones sociales y autoridades a expresar formalmente sus opiniones. El cronograma de trabajo de la corte es público, así como las actas de sus sesiones. Por motivos simbólicos, las decisiones de la corte se deben encabezar de la manera siguiente: "por mandato de la constitución y en nombre del pueblo". Finalmente, puesto que los magistrados tienen un periodo de ocho años no renovable, las fuerzas políticas pueden evaluar periódicamente el trabajo de la corte y elegir magistrados que tengan puntos de vista diferentes de los de sus predecesores. Esto no afecta su independencia futura, debido a que no pueden ser removidos del cargo y su salario está vinculado constitucionalmente con el de los representantes al congreso.

La misma corte ha sido muy cuidadosa en la definición de su misión, afirmando expresamente que en una democracia el congreso es el que debe adoptar las decisiones políticas más importantes. Por esta razón ha elaborado doctrinas de autocontrol con el fin de limitar los casos en los que interviene, establecer el grado de severidad con el que debe decidir un asunto dado y definir cómo modular el efecto de sus fallos para permitir que el congreso enmiende sus errores. Además, a diferencia de Estados Unidos y muchos países que tienen sistemas de revisión judicial fuertes, la constitución colombiana establece los mecanismos a través de los cuales el congreso puede "vigilar al vigilante". El primero es el de un tipo de legislación de jerarquía especial, mediante el cual el congreso puede limitar la discrecionalidad judicial en la interpretación de los derechos. Estos estatutos –llamados "leyes estatutarias"– sólo pueden ser revisados por la corte antes de que entren en vigencia, y no pueden ser invalidados posteriormente. El segundo es el de las reformas constitucionales. La constitución colombiana es fácil de reformar. Se necesita menos un año para hacerlo. El congreso ha aprobado un promedio de dos reformas constitucionales por año. Varias de ellas obligaron a la corte a modificar su doctrina para acatar el cambio introducido al texto constitucional. Además, han fracasado varias iniciativas de reforma constitucional dirigidas contra decisiones específicas de la corte. Esto prueba que las mayorías del congreso

eventualmente han compartido las decisiones de la corte constitucional, lo que refuerza la legitimidad democrática de esta última y la aceptación de sus fallos.

Esto es especialmente evidente en las decisiones que tienen implicaciones macroeconómicas, puesto que ninguna de las iniciativas de reforma constitucional sobre este tema ha tenido éxito. La corte constitucional, igual que cualquier otro tribunal, no está obligada a considerar la fuente de recursos fiscales que financiará el cumplimiento de una decisión dada. Sin embargo, esto no hace que la corte sea fiscalmente irresponsable. Con pocas excepciones, la corte ha incorporado las restricciones fiscales existentes como un factor constitucionalmente relevante en las sentencias que tienen implicaciones económicas. Incluso ha diseñado tipos de argumentos y normas de valoración de evidencia que permiten evaluar las metas de la política macroeconómica en el momento de tomar decisiones que tienen efectos fiscales. También ha diferido los efectos de sus decisiones hacia el futuro para reducir o evitar impactos macroeconómicos negativos. Por ejemplo, en 2001 la corte aplazó durante un año el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de un estatuto que regulaba la inversión extranjera en los campos petroleros. No obstante, una de las reformas constitucionales propuestas en 2004 se refiere a los fallos de la corte que tienen implicaciones fiscales. Algunas de las propuestas buscan limitar los poderes de la corte, mientras que otras buscan ampliarlos.

El trabajo de la corte en las esferas antes mencionadas, entre otras, ha generado presiones para reformar otras instituciones del Estado con el fin de que su estructura y su funcionamiento respondan adecuadamente a la constitución de 1991. Esto obedece al hecho de que dichas instituciones y actores sociales deben adaptarse a la constitución para cumplir una decisión de la corte o evitar fallos desfavorables. No obstante, el fácil acceso a la corte ha generado el efecto negativo de desalentar la adopción de reformas en los foros políticos.

Al final, la corte ha sido muy cuidadosa en mantener un equilibrio que preserve su posición como árbitro imparcial en temas delicados. Esto ha contribuido hasta ahora a la sostenibilidad general del sistema. Las encuestas y sondeos de opinión parecen confirmar esta afirmación: la acción de tutela es la institución jurídica que tiene el más alto nivel de opinión pública favorable en Colombia (cerca del 80%), y la corte constitucional tiene un sólido respaldo ciudadano (55% de imagen positiva)[23]; cifras que se pueden comparar con el significativamente más bajo nivel de popularidad del congreso (39% de imagen positiva)[24], o con el alto

---

23 Encuesta de opinión publicada por el periódico *El Tiempo* el 23 de julio de 2003.
24 Ídem.

porcentaje de la población que expresa desconfianza hacia otras instituciones (el 71% ha expresado desconfianza hacia la administración pública, el 79% hacia el congreso y el 89% hacia los partidos políticos, mientras que en la misma encuesta sólo el 58% dijo desconfiar de la administración de justicia en general) (Cuéllar, 2000, 63).

La pregunta difícil es si el sistema diseñado en 1991 es o no sostenible. Los "perdedores" son a menudo intereses poderosos que pueden combinar fuerzas para impulsar reformas constitucionales que reduzcan el poder de la corte. Puesto que en 2004 y 2005 la corte tuvo que decidir sobre temas muy sensibles relacionados con la reforma económica y las restricciones fiscales, medidas contra el terrorismo y profundos cambios electorales y, quizá, reformas a los poderes de la misma corte, los años venideros plantearán duros desafíos a la sostenibilidad del sistema de revisión judicial constitucional diseñado en 1991, y a su aplicación independiente y activa por parte de la corte constitucional.

## REFERENCIAS

Cepeda, Manuel José (2004a). "La defensa judicial de la constitución: una tradición centenaria interrumpida", Fernando Cepeda Ulloa (ed.). *Fortalezas institucionales de Colombia*, Bogotá, Ariel-bid, pp. 145 a 211.

Cepeda, Manuel José (2004b). "Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, special issue, vol. 3, 2004, pp. 537 a 700.

Cuéllar, María Mercedes (2000). *Colombia: un proyecto inconcluso*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Sánchez Botero, Esther (1998). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Sánchez Botero, Esther (2002). *Diez años de ejercicio de la jurisdicción especial*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación.

JAVIER A. COUSO

# *La judicalización de la política chilena: la revolución de los derechos que nunca fue*

## INTRODUCCIÓN

Desde el arresto del general AUGUSTO PINOCHET por las autoridades británicas en octubre de 1998 –y el juicio posterior en los dos años siguientes– la judicialización de la política chilena ha estado asociada con este caso sobresaliente. De hecho, dado el carácter espectacular del juicio de uno de los dictadores más notorios del mundo en un proceso que parecía inaugurar la época de la jurisdicción universal en casos de violaciones flagrantes de los derechos humanos, es apenas natural que la atención periodística y académica se haya centrado en el papel de las cortes chilenas en este caso, así como en otros relacionados con violaciones de los derechos humanos perpetradas durante los largos 17 años del régimen iniciado con el golpe militar de 1973. Como resultado de este interés, se han hecho muchas investigaciones sobre los años anteriores, que examinan los orígenes, la trayectoria y las consecuencias potenciales del juicio de PINOCHET y otros relacionados para el futuro del sistema democrático chileno[1].

Sin embargo, a pesar de su importancia, el profundo interés en el tratamiento judicial de las violaciones de los derechos humanos en el pasado ha ensombrecido el estudio del grado en que las cortes chilenas defendieron los derechos fundamentales *durante* la época de la transición democrática. Esto es lamentable, debido a que en los 14 años posteriores al retorno del gobierno democrático se ha pedido crecientemente a las cortes que defiendan los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales y económicos, igual que en muchos otros países latinoamericanos. En este capítulo, evalúo la respuesta del sistema judicial a dichas demandas. Primero examino la noción de "judicialización de la política", luego hago un breve recuento histórico del contexto político y legal del Chile post autoritario. El capítulo finaliza con una revisión del desempeño de la corte constitucional y del sistema judicial ordinario en el área de la libre expresión y de la ley contra la discriminación durante el período del gobierno democrático.

## CONCEPTUALIZACIÓN DE LA JUDICIALIZACIÓN

Antes de analizar el papel que cumplieron las cortes chilenas en la promoción de los derechos humanos desde el retorno a la democracia, debemos abordar un problema conceptual básico que se suele pasar por alto: el significado del término

---

1 Cfr. BURBACH (2004), DAVIS (2003), BRODY y REITNER (2000) y WOODHOUSE (2000).

"judicialización de la política", el verdadero tema de nuestra investigación. Debido a que no es un término inequívoco, es necesario definirlo. Los esfuerzos para conceptualizar esta noción se iniciaron a comienzos de la década de 1990, con la hoy bien conocida interpretación de TATE y VALLINDER, para quienes el concepto de "judicialización de la política" tiene dos significados básicos:

1. El proceso mediante el cual las cortes y los jueces elaboran o llegan a dominar cada vez más la elaboración de políticas que antes eran formuladas (o se creía ampliamente que debían ser formuladas) por otras ramas del Estado, en especial por las legislaturas y los ejecutivos; y

2. El proceso mediante el cual los foros de negociación y toma de decisiones llegan a estar dominados por normas y procedimientos cuasijudiciales (TATE y VALLINDER, 1995).

Como se puede observar a partir de esta clasificación, la conceptualización que ellos proponen abarca dos aspectos muy diferentes que vale la pena distinguir para propósitos analíticos. Mientras que el primero alude al cambio social orientado por las cortes –normalmente por las altas cortes o por las cortes constitucionales creadas especialmente– el segundo se refiere a los procesos mediante los cuales los asuntos que antes se negociaban de manera informal llegan a estar gradualmente gobernados por normas legales.

En este capítulo, uso la primera de las dos definiciones que TATE y VALLINDER dan de este concepto. Esto no significa, por supuesto, que en Chile no haya ejemplos de la segunda forma de judicialización, como los que identifican estos autores. La razón para limitar el análisis a la primera es simplemente que es la que parece tener más impacto sobre los derechos fundamentales de los individuos, y la de mayor relevancia para la consolidación democrática. Además, esta variante se adapta al ejemplo paradigmático de la Corte Suprema de Estados Unidos durante la época de la Corte Warren, cuando por vez primera se comprometió en un activismo judicial en favor de los menos afortunados, en áreas tales como la discriminación racial, los derechos de los defensores de los delincuentes y la libertad de expresión, entre otras[2].

---

2 Esto representa lo que LUCAS POWE llama la "historia de la corte Warren", es decir, la corte suprema de Estados Unidos durante el período que va de 1962 a 1968, cuando surgió el mito de una corte al servicio de los grupos marginados, debido a su defensa de los derechos de los pobres, los no privilegiados políticamente y los acusados criminalmente. Cfr. la excelente historia de LUCAS POWE sobre este tema (POWE, 2000).

Desde el punto de vista de las técnicas legales involucradas en esta variante de la judicialización de la política, es útil recordar que el diseño de políticas y la creación de derechos por norma judicial suelen estar asociados con la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, un concepto que también requiere una definición cuidadosa[3].

De acuerdo con una definición clásica expuesta por Henry Abraham, el control judicial consiste en "el poder de cualquier tribunal para declarar que una ley, una acción oficial basada en una ley y cualquier otra acción de un funcionario público que se considere [...] que está en conflicto con la Ley Básica es inconstitucional y, por tanto, que no es obligatoria" (Abraham, 1968, 283). La definición de Abraham se puede complementar añadiendo que en algunas jurisdicciones –Francia, Alemania y muchos países latinoamericanos– el poder de control judicial de la constitucionalidad no reside en "cualquier tribunal", sino en las cortes constitucionales creadas especialmente. La importancia de este mecanismo es que reasigna el poder de las ramas elegidas del poder público hacia el poder judicial, dando a este último el privilegio para definir terminantemente el significado de la constitución (sin importar lo que piensen las demás ramas del gobierno). Mediante este poder de veto, las cortes pueden bloquear las iniciativas políticas y, dependiendo del grado de liderazgo y activismo de las cortes, pueden contribuir al desarrollo de iniciativas políticas que han sido ignoradas en los procesos políticos[4].

Es pertinente subrayar que para que el control judicial de la constitución funcione como un proceso de creación de derechos o de diseño de políticas orientado judicialmente, es necesario que las cortes dotadas de los poderes de control constitucional los utilicen realmente de manera activa. Esto puede parecer una tautología, pero el hecho es que aun cuando a finales del siglo xx muchas naciones han dado formalmente poderes de control judicial a las cortes constitucionales creadas especialmente o a los tribunales ordinarios, el número real de países que tienen un sistema efectivo de revisión judicial constitucional es mucho menor que el número de los que lo han introducido formalmente. Como dice Holland: "el

---

3 En el intento de definir este concepto, espero evitar un vicio común que señala Teodoro Becker: "Las definiciones del control judicial abundan. Igual que en todo curso académico, cada definición se ajusta a los propósitos excéntricos del individuo que hace la definición. Así sucede aquí" (Becker, 1987, 204).

4 Cfr. McCann (1984).

activismo judicial es un fenómeno distinto del control judicial. El control judicial está contemplado expresamente en la ley sueca y japonesa, pero la corte suprema de Suecia nunca ha encontrado que una ley del *Riksdag* sea repugnante para la constitución" (Holland, 1991, 2). En realidad, así como el número de Estados que hacen cumplir realmente los derechos individuales que reconoce su carta de derechos es menor que el número de los que los reconocen formalmente, sólo una pequeña parte de las cortes que tienen poderes de control judicial los ejercen realmente de manera activa.

La complicación es que la noción de "activismo judicial" es en sí misma elusiva. En principio, la mayoría de los académicos que han hecho estudios comparados de las cortes parecen coincidir en que una corte constitucional "activista" se puede identificar mediante el grado en que va más allá de la mera aplicación de la constitución, aventurándose a formular políticas. Así, Holland argumenta que podemos reconocer el activismo judicial "cuando las cortes no se limitan a adjudicar los conflictos legales sino que se aventuran a hacer política social" (Holland, 1991, 1). Esta jurisprudencia creativa conferiría poder político a las cortes[5]. En consecuencia, "el activismo de una corte [...] se puede medir mediante el grado de poder que ejerce sobre los ciudadanos, la legislatura y la administración" (Holland, 1991, 1).

Otro enfoque interesante para identificar el activismo judicial fue expuesto por Charles Epp, quien en un estudio comparativo de los factores que contribuyen a lo que denomina "revoluciones de los derechos" define el activismo judicial como los procesos mediante los cuales una corte constitucional "crea un amplio conjunto de nuevos derechos constitucionales" (Epp, 1998, 2). Este es un estándar más exigente que el de Holland, porque es concebible que una corte haga política social sin ampliar realmente el conjunto de derechos constitucionales disponibles para la población.

Como indica esta breve discusión, se pueden seguir varios caminos cuando se intenta evaluar el grado de judicialización en un país dado. En este capítulo, adopto la visión de Charles Epp para examinar el grado en el que las cortes chi-

---

5 Observemos el papel que juega la creatividad interpretativa en el enfoque del activismo judicial de Holland. En su opinión, para que una corte constitucional sea "activista" tiene que utilizar un enfoque no positivista de la adjudicación constitucional. También argumenta que existen países –Alemania, por ej.– donde los jueces objetan el activismo judicial, y se considera peyorativo que se diga que un juez está dedicado a la ingeniería social (Holland, 1991, 1).

lenas han participado activamente en la creación o ampliación de los derechos a través de sus poderes de control constitucional.

## ANTECEDENTES POLÍTICOS Y LEGALES DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA EN CHILE

Para evaluar el grado en que la política chilena ha sido judicializada desde el retorno al gobierno democrático, conviene primero presentar un breve resumen de la reciente historia política y constitucional de Chile, en particular de los cambios en el sistema legal y en las cortes.

### EL RÉGIMEN MILITAR Y LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Pocos días después del golpe de 1973 que interrumpió varias décadas de gobierno republicano, las nuevas autoridades militares organizaron una pequeña comisión encargada de redactar una nueva constitución[6]. Algunos años después, en 1980, el general PINOCHET, que entonces había consolidado su liderazgo, anunció un plebiscito que buscaba dar respaldo popular a la nueva carta constitucional. Aunque el plebiscito fue quizá fraudulento, la nueva constitución se promulgó el 11 de marzo de 1981.

La constitución de 1980 estableció un "nuevo orden institucional" que pretendía ser la expresión formal del proyecto fundacional en el que se había comprometido el régimen militar desde 1973. La nueva carta buscaba asegurar que Chile no retornara en el futuro a lo que PINOCHET llamaba despectivamente una "partidocracia", a la que concebía como la captura demagógica del Estado por las élites de los partidos políticos. Como dijo un observador: "la constitución de 1980 incorporó así los ideales de apoliticismo, eficiencia tecnocrática, anticomunismo y *laissez-faire* económico que el régimen militar de PINOCHET ya estaba implementando" (BAUER, 1995, 9). La idea era garantizar la continuidad de ese proyecto, al tiempo que se daba cierto grado de legitimidad al régimen.

---

6 El cuerpo de redactores, llamado Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política del Estado, fue creado mediante el decreto 1064 del 24 de septiembre de 1973. Este establecía: "Es necesaria una nueva Constitución para reconstruir, renovar y mejorar el orden institucional fundamental de la República" (HUNEEUS, 2000, 231).

Para que la constitución de 1980 se observara en el futuro, luego de un retorno al gobierno democrático, los redactores introdujeron varios mecanismos de control constitucional. El esquema resultante es muy peculiar, puesto que contempla un sistema de control mixto o "diseminado" (Gómez, 1999, 93) de la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos, caracterizado por una división del trabajo entre una corte constitucional (el tribunal constitucional), encargada del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y decretos ejecutivos, y los altos tribunales del sistema judicial ordinario, que también tienen poderes de control de la constitucionalidad de las leyes a través del recurso de inaplicabilidad y del recurso de protección. Así, mientras que la corte constitucional realiza una revisión "abstracta" de la constitucionalidad de la legislación –es decir, una revisión de los proyectos de ley aprobados por el congreso pero que aún no han sido promulgados–, el sistema judicial ordinario realiza una revisión "concreta" de las leyes y decretos ejecutivos existentes mediante los autos de inaplicabilidad y protección. Sin embargo, a pesar de las intenciones de los redactores, este sistema de control constitucional tiene algunas deficiencias evidentes. La primera se refiere a la falta de jurisdicción de la corte constitucional con respecto a la validez de la legislación existente, que es entonces inmune a las objeciones constitucionales. Es cierto que un individuo afectado por la legislación preexistente siempre puede presentar una demanda de inaplicabilidad ante la corte suprema, pero esta es una mala solución, debido al limitado alcance de este instrumento y a la renuencia de la corte para usarlo realmente. Otro problema de la corte constitucional es que pocos actores están habilitados para desencadenar su acción. En realidad, el sistema no permite que el público en general objete la constitucionalidad de una ley o de un decreto presidencial. La carencia de lo que la doctrina legal comparativa denomina "acción popular" es una característica central de la corte constitucional chilena, que, como veremos después, ha tenido importante consecuencias.

## LAS CORTES DURANTE LA ÉPOCA DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Chile retornó al gobierno democrático el 11 de marzo de 1990. Después de largos años de autoritarismo, el país estaba retornando a su pasado republicano y a las libertades civiles y políticas de que había gozado en el medio siglo anterior. Con respecto a la política de derechos humanos, el tema era concebido principalmente como una cuestión de cómo manejar "las violaciones de los derechos humanos

en el pasado" (o lo que la literatura denomina problemas de "justicia transicional"), y no tanto de cómo profundizar el alcance de los derechos humanos en el futuro. En consecuencia, buena parte del programa de derechos humanos de la nueva coalición se ocupaba de las consecuencias de las violaciones perpetradas durante el régimen militar. Una vez dicho esto, el nuevo gobierno tomó algunas medidas concretas con respecto a la observancia futura de los derechos humanos, tales como la ratificación de varios tratados internacionales que profundizaban la protección de los derechos humanos[7], la inclusión de cursos de derechos humanos en los currículos de las escuelas y agencias encargadas de hacer cumplir la ley, y la creación de una unidad especial dentro del ministerio de relaciones exteriores (Lira y Loveman, 1999, 345).

El nuevo presidente, el ex senador Patricio Aylwin, era un político experimentado que demostró gran habilidad política para ayudar a consolidar la coalición de gobierno[8]. En su período de cuatro años (1990-1994), Aylwin tuvo que navegar cuidadosamente por los momentos más tensos de la transición a la democracia en Chile, en particular aquellos que involucraban las declaraciones cuasisubversivas del general Pinochet, que pronunciaba repetidamente en respuesta a hechos que juzgaba hostiles contra él mismo o contra los militares[9]. El primero de esos incidentes ocurrió en diciembre de 1990, en respuesta a la Comisión de Verdad y Reconciliación patrocinada por el gobierno, que debía emitir un informe que estableciera el destino de las víctimas de las violaciones de derechos humanos más graves durante la época autoritaria[10]. Además de patrocinar a la Comisión de Verdad y Reconciliación, el presidente Aylwin pidió públicamente a la corte suprema que diera fin a su negativa a investigar los casos de derechos humanos que habían sido amnistiados por los militares en 1978[11].

Durante esos primeros años de la transición democrática, la rama judicial fue objeto de una intensa crítica pública, del gobierno y de la oposición, por di-

---

7 Chile ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José), el Protocolo de las Naciones Unidas del Pacto sobre Derechos Políticos y Civiles, y los Protocolos Adicionales I y II de la Convención de Ginebra (Lira y Loveman, 1999, 346).

8 Para un buen análisis del proceso de la creación de la coalición Demócrata Cristiana y Socialista, cfr. Huneeus (2000).

9 Para una explicación de estos incidentes, cfr. Cavallo (1998, 76 a 85) y Lira y Loveman (2000, 531 a 539).

10 Cfr. Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991).

11 En agosto de 1990, la corte suprema, en sesión plenaria, confirmó la constitucionalidad de la Ley de Amnistía de 1978 por 11 votos contra 4 (Lira y Loveman, 2000, 498).

ferentes razones. En el caso del gobierno, la crítica fundamental era la pasividad que exhibían las cortes frente a las amplias violaciones de los derechos humanos durante los años de Pinochet. En el caso de la oposición promilitar, las críticas al poder judicial giraban en torno de lo que consideraba un poder judicial ineficiente y corrupto, que era totalmente inadecuado para las necesidades de una economía moderna[12]. Enfrentada a las duras críticas a su desempeño durante el régimen militar, la corte suprema reaccionó publicando una condena total al informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación[13], afirmando que era "apasionado, temerario y sesgado"[14], y argumentando que la comisión había violado la separación de poderes por su intromisión en asuntos judiciales (Correa, 1999, 302). El presidente Aylwin rechazó la respuesta de la corte presentándose en la televisión nacional y declarando que las cortes chilenas "han mostrado una falta de valor moral frente a las vastas violaciones de los derechos humanos perpetradas por el régimen militar" (Correa, 1999, 303). La corte suprema reaccionó, a su vez, acusando al gobierno de debilitar la independencia del poder judicial y de poner en peligro el régimen de derecho. Defendió su trayectoria durante el régimen militar declarando que la misión de los tribunales era justamente obedecer las leyes existentes, no juzgar su justicia o injusticia, que, en el caso de su acción bajo el régimen militar, significaba que se limitaba a aplicar las leyes que hacían imposible que las cortes defendieran los derechos humanos (Matus, 1999, 61). Las críticas montadas por la oposición de derecha eran expresión de una inquietud tecnocrática, no de una preocupación humanista, que concebía a las cortes chilenas como un obstáculo para el desarrollo de una economía moderna. Desde su punto de vista, las cortes eran lentas, corruptas e incapaces de juzgar adecuadamente los complejos conflictos legales que surgían de un modelo económico sofisticado. Por tanto, se requería un reacondicionamiento total del sistema judicial[15].

---

12 Esta explicación sigue de cerca el argumento de Jorge Correa (1999, 302). Dentro de la oposición, el crítico más ruidoso del desempeño de sistema judicial era el Centro de Estudios Públicos, un grupo de expertos de derecha moderada que en 1991 publicó un libro que llamaba a modernizar el sistema judicial chileno. Cfr. Centro de Estudios Públicos (1991).

13 Corte Suprema. "Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación".

14 Tomado del texto de la respuesta de la corte suprema al Informe de la Comisión Rettig, publicado el 17 de mayo de 1991, citado en Matus (1999, 59).

15 Esta era una crítica que compartía el Centro de Estudios Públicos, cercano a uno de los grupos empresariales más importantes de Chile.

La crítica a las cortes proveniente de todo el espectro de partidos políticos llevó a una sensación de fragilidad política dentro del sistema judicial. En palabras de Jorge Correa:

> La década de 1990 comenzó entonces con una rama judicial que estaba en el peor de los mundos. No tenía la legitimidad democrática que las nuevas autoridades del gobierno deseaban para todas las instituciones del Estado, ni el aura (tecnocrática) de modernidad de otras instituciones del Estado. La derecha, aunque consideraba a la Corte Suprema como uno de los enclaves esenciales para la defensa de la nueva institucionalidad, la consideraba como un órgano incapaz de modernizarse por sí mismo. Dentro de los círculos empresariales, en particular, se consideraba que la rama judicial era inadecuada para resolver sus disputas. La "Concertación" (la coalición de gobierno), por su parte, consideraba que la rama judicial era una entidad cuyo comportamiento ante las violaciones de los derechos humanos había demostrado su falta de adhesión al sistema democrático (Correa, 1999, 292).

El consenso nacional sobre la necesidad de reformar el sistema judicial persuadió eventualmente al gobierno para enviar al congreso un conjunto de reformas que incluía, entre otras cosas, la creación de un consejo nacional judicial encargado de administrar el sistema, un proyecto de ley que aumentaba el número de magistrados de la corte suprema de 17 a 21, y la creación de una escuela nacional de magistrados, encargada de la formación de los jueces. La reacción de la corte suprema ante el paquete de reformas fue negativa, como era predecible. Aunque reconocía que había algunos problemas de retraso en las cortes, rechazó la acusación de corrupción generalizada entre el personal judicial, y se opuso fuertemente a la creación de un consejo nacional judicial, declarando que se corría el riesgo de politizar las cortes[16]. El sentimiento general de que las cortes chilenas se habían vuelto más corruptas durante los años autoritarios llevó eventualmente a una serie de procesos de acusación constitucional entablados por el congreso contra los magistrados de la corte suprema a lo largo de la década. El primero de esos incidentes fue promovido por una coalición de senadores del gobierno y la oposición –en diciembre de 1992– y llevó a la destitución de un magistrado[17].

---

16 El consejo propuesto habría retirado a la corte suprema la evaluación anual del personal judicial y la preparación de la lista a partir de la cual el presidente nombra a los nuevos jueces (Cavallo, 1998, 41).

17 Los jueces enjuiciados eran Hernán Cereceda, Lionel Beraud, Germán Valenzuela y

Un aspecto final de la relación entre gobierno y poder judicial durante este período que vale la pena mencionar fue la modificación gradual de los miembros de la cúspide de la jerarquía judicial. Los tres presidentes consecutivos de la coalición demócrata cristiana-socialista han nombrado a más de la mitad de los miembros actuales de las altas cortes chilenas.

## EL "CASO PINOCHET" Y SUS CONSECUENCIAS

No se puede dar ninguna explicación de la judicialización de la política en Chile durante el período post autoritario sin mencionar al menos el enjuiciamiento de AUGUSTO PINOCHET. En vista de la abundante literatura disponible sobre este tópico, y debido a que el tema central de este trabajo es el tratamiento judicial de los derechos fundamentales desde el retorno a la democracia, en esta sección sólo se tratan las características más sobresalientes del caso PINOCHET.

El caso empezó de la manera más inesperada, cuando las autoridades británicas arrestaron al antiguo dictador en octubre de 1998. Antes de eso, PINOCHET se había mantenido casi al margen de los juicios legales[18]. Gracias a su arresto –y al año y medio de arresto domiciliario y de los procesos legales que se sucedieron– la dinámica social y política chilena relacionada con el antiguo gobernante cambió dramáticamente. El momento crítico llegó cuando el gobierno británico lo liberó, con base en la incapacidad del general para hacer frente a un juicio debido a su frágil estado de salud. Con su llegada a Santiago (en marzo de 2000), el gobierno recordó inmediatamente sus continuas declaraciones de los 18 meses anteriores, y pidió a las cortes soberanas chilenas que enjuiciaran a PINOCHET. Entre tanto, los grupos de derechos humanos y los familiares de las víctimas habían presentado más de cien demandas penales contra él. Esto llevó a que perdiera su inmunidad como senador y al juicio subsiguiente, lo que a su vez obligó a que el equipo de asesores recurriera a la humillante excusa de que PINOCHET estaba "loco", porque era la única manera de suspender un procedimiento penal en el derecho penal chileno.

---

FERNANDO TORRES SILVA. De estos, CERECEDA fue el único que llegó a ser expulsado de la corte suprema por el senado (LIRA y LOVEMAN, 1999, 359).

18 Aunque LIRA y LOVEMAN informan que antes de la detención se habían presentado decenas de casos contra PINOCHET –incluido uno de la dirigente del Partido Comunista y viuda de un desaparecido, GLADYS MARÍN– el hecho es que esos casos estuvieron congelados en la época de su arresto en Londres (LIRA y LOVEMAN, 1999, 368).

El nuevo contexto político abierto por el enjuiciamiento del general PINOCHET contribuyó a varios desarrollos importantes relacionados con las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Primero, la creación de una instancia especial de diálogo entre el gobierno, los abogados de derechos humanos y los representantes de las fuerzas armadas (que se conoció como la Mesa de Diálogo) que llevó a numerosas iniciativas, como la introducción de jueces con la tarea exclusiva de encontrar los cuerpos de los desaparecidos, el reconocimiento por parte de las fuerzas armadas chilenas de la legitimidad del informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, y el reconocimiento formal por parte del comandante en jefe del ejército del carácter inaceptable de las violaciones de los derechos humanos perpetradas durante el régimen militar.

De todos estos hechos, el más importante fue la introducción de los "jueces exclusivos", cuyo dedicado esfuerzo llevó eventualmente al descubrimiento de los restos de muchas personas que figuraban en la lista de desaparecidos, y al enjuiciamiento de decenas de miembros de las fuerzas armadas. En el momento de escribir este ensayo, estaban pendientes cientos de casos relacionados con las violaciones de los derechos humanos del régimen autoritario del general PINOCHET, y había decenas de militares arrestados. En estos casos, las cortes han interpretado la Ley de Amnistía de 1978 de acuerdo con el cambio de interpretación sugerido años antes por el presidente AYLWIN, pero la corte suprema chilena aún debe fallar sobre el tema.

## REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CHILE POST AUTORITARIO

Volviendo a la noción de activismo judicial de CHARLES EPP, evaluemos ahora si las cortes chilenas realmente han "ampliado o creado un conjunto de derechos constitucionales" o no lo han hecho en los años posteriores al retorno a la democracia. En este punto, es importante tener en mente que aunque el país registra un respeto razonablemente bueno de los derechos humanos en este período, hay varias áreas en las que el gobierno y la legislatura no han cumplido la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que ahora son parte de la ley chilena. Otro elemento que vale la pena considerar es que, durante la última década, el país ha consolidado el tipo de estructuras de apoyo que EPP considera necesarias para que surja una "revolución de los derechos", es decir, una red de grupos no gubernamentales capaz de movilizar a los grupos sociales y proporcionarles abogados que los asesoren en la corte. De hecho, además de los grupos de derechos humanos tradicionales que tuvieron origen durante el

régimen militar, surgió una variedad de grupos, incluidas organizaciones no gubernamentales comprometidas con la promoción de los derechos de las mujeres, los niños, las minorías sexuales, los pacientes de sida y los pueblos indígenas. Además, ya para mediados de los años noventa, también existía una masa crítica de abogados familiarizados con las leyes de derechos humanos y las técnicas de litigio de interés público[19]. Finalmente, gracias a los cambios en la escena regional de derechos humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la corte empezaron a hacerse más accesibles a las demandas de los diferentes países del continente), los abogados de interés público y activistas chilenos se unieron a la Red Latinoamericana de Grupos de Derechos Humanos que empezó a reunirse regularmente para intercambiar experiencias sobre sus estrategias de litigio[20].

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que Chile es una de las naciones latinoamericanas donde el régimen de derecho está más consolidado, sería de esperar que las cortes fueran afirmativas en la defensa y la ampliación de los derechos humanos. Pero éste no ha sido el caso. Por el contrario, las cortes chilenas se han negado en general a usar activamente los poderes constitucionales de revisión para ampliar los derechos individuales. En la siguiente sección, veremos ejemplos del desempeño decepcionante de la corte constitucional chilena y del sistema judicial ordinario con respecto a un subconjunto esencial de derechos humanos civiles y políticos: la libre expresión y la igual protección.

## EL DESEMPEÑO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como se explicó en la sección que describe los diferentes mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes existentes en Chile, la corte constitucional está

---

19 La Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y FORJA (Formación Jurídica para la Acción) son los más destacados.

20 Esta red, que se inició en 1995, reúne a las escuelas de derecho y ONG de toda América Latina. En Argentina: la Universidad de Buenos Aires/CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), la Universidad de Palermo, la Universidad Nacional de Comahue, CEDA (Centro de Estudios de Derechos Ambiental) en Córdoba y la Universidad Nacional de Tucumán. En Chile: la Universidad Diego Portales y la Universidad Católica de Temuco. En Perú: la Universidad Católica de Lima, la Universidad Nacional de San Agustín en Arequipa y la Universidad Nacional San Antonio Abad en Cusco. En Colombia: la Universidad del Rosario, la Universidad de los Andes y la Universidad de Medellín. En Ecuador: la Universidad de San Francisco en Quito. Finalmente, en México: el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), CIDE y la Universidad Iberoamericana.

a cargo de la revisión abstracta y a priori de la legislación. Aunque la revisión de las "leyes orgánicas" –que regulan los derechos fundamentales, la organización de la burocracia estatal y otros temas– es obligatoria, en el caso de la legislación ordinaria la corte sólo puede actuar si el presidente o al menos una parte del senado o de la cámara de diputados le pide formalmente su intervención.

Debido a que durante la última etapa de la dictadura la corte constitucional dictó un par de decisiones que fueron críticas para la terminación del régimen militar[21], muchos esperaban que cumpliera un papel importante en la transición a la democracia. Sin embargo, durante los más de 14 años en que ha funcionado bajo un gobierno democrático, la corte ha sido muy pasiva, usualmente acatando la opinión de la legislatura acerca de la constitucionalidad de las leyes que aprueba. De hecho, hay consenso entre los constitucionalistas de que este cuerpo no ha sido una fuente significativa de jurisprudencia que amplíe los derechos, limitándose a un análisis formalista y mecánico de la constitucionalidad de los proyectos de ley que ha revisado (Gómez, 1999). Esta conclusión es respaldada por la evidencia de quienes tienen más que temer a una corte constitucional activista, es decir, quienes tienen el poder ejecutivo[22]. En efecto, como informé en otra parte, los dos primeros presidentes de la época democrática –Aylwin y Frei, cuyas administraciones cubrieron los diez primeros años de transición a la democracia– reconocen públicamente que la corte constitucional no representó un obstáculo a sus agendas legislativas respectivas[23].

---

21 Particularmente, una decisión que estipulaba que el plebiscito de 1988 se debía realizar bajo la supervisión de una corte electoral.

22 Debido a que en Chile el régimen es altamente presidencial y el ejecutivo tiene grandes poderes legislativos.

23 En el caso del ex presidente Aylwin, cuando se le preguntó si el tribunal constitucional había sido un obstáculo para las políticas de su administración, respondió: "Al principio me preocupaba el papel que podría desempeñar el 'Tribunal Constitucional', debido a que muchos de los magistrados eran de la oposición y, por consiguiente, esperaba que esto significara que perdiéramos en los casos de conflicto constitucional. Sin embargo, este no resultó ser el caso. De hecho, para ser franco con usted, aunque los miembros del 'Tribunal' no nos satisfacían, yo, como Presidente de la República, nunca experimenté que esto fuera un obstáculo para los propósitos centrales de nuestro programa político". La experiencia de Aylwin tuvo eco en su sucesor, el presidente Eduardo Frei (1994–2000), quien también expresó su satisfacción por la manera relativamente fácil en que su gobierno pudo manejar las demandas constitucionales presentadas por la oposición. Informó: "en términos generales, nuestra experiencia con el Tribunal Constitucional fue muy positiva. Trabajó con seriedad en nuestras respuestas a las demandas presentadas al Tribunal, y

Esta percepción es confirmada por el desempeño decepcionante de la corte durante los últimos 14 años. En realidad, en vez de desarrollar una jurisprudencia que amplíe los derechos humanos fundamentales, se ha limitado al papel insustancial de objetar deficiencias técnicas menores de la legislación que revisa. Por esta razón –a diferencia del caso de la sala IV costarricense, por ej.– el tribunal constitucional chileno sigue siendo bastante desconocido para la mayoría de la población. Otro indicador de su insignificancia política es la manera peculiar como los miembros de la corte constitucional desempeñan su tarea, es decir, como un cargo de medio tiempo, que complementan con la práctica de otras especialidades del derecho ante el sistema judicial ordinario.

Desde un punto de vista estructural, no hay duda de que el hecho de que la corte no pueda aceptar demandas constitucionales de los ciudadanos comunes, combinado con la imposibilidad de revisar la legislación existente, explica al menos en parte la relativa oscuridad del tribunal a los ojos del público. Dicho esto, es importante señalar que la misma jurisprudencia de la corte ha contribuido a su estatus secundario. De hecho, como dijo PATRICIO ZAPATA, un observador y defensor de larga data de la corte:

> En la mayoría de las decisiones [del tribunal] se puede apreciar una muy sana disposición a respetar el dominio de los cuerpos elegidos democráticamente. Esta moderación –o "deferencia"– constituye otro aspecto valioso de la jurisprudencia de la corte constitucional chilena. Con la adopción de esta política de deferencia, la corte se ha distanciado de los enfoques que confunden [la adjudicación] constitucional con una forma de gobierno [...] y de aquellos que desearían sustituir la deliberación democrática por el despotismo judicial ilustrado (ZAPATA, 2002, 759).

En este pasaje, este defensor del desempeño de la corte constitucional reitera un discurso tradicional contra el activismo judicial en la adjudicación constitucional, el cual –aunque común entre muchos abogados chilenos– es incompatible incluso con un bajo grado de "revolución de los derechos". Después de este comentario, ZAPATA explica que la deferencia de las cortes frente a las ramas del gobierno elegidas democráticamente se desarrolló a lo largo de una serie de decisiones

---

me satisface decir que de los 10 o 12 casos realmente importantes que se decidieron durante la administración, ganamos en casi todos. Esta alta tasa de éxito fue posible debido en primer lugar a que eran constitucionalmente correctos y, en segundo lugar, porque presentamos defensas exhaustivas y bien reflexionadas" (COUSO, 2003, 77).

aprobadas durante la transición democrática. En una de ellas, el Convenio sobre Pueblos Indígenas[24], la corte constitucional estableció específicamente: "se presume que las leyes aprobadas por las ramas elegidas del Estado son válidas y legítimas. Por consiguiente, sólo es posible declarar su inconstitucionalidad cuando los revisores llegan a la íntima convicción de que la incompatibilidad entre la ley y la constitución es patente, de modo que es imposible armonizarlas" (Zapata, 2002, 82).

La abstención judicial que implica el "principio de deferencia" es complementada con otra creación jurisprudencial de la corte que limita aún más el alcance de su papel protector, a saber, el "principio de la autonomía legislativa", que establece que la corte no puede legislar sobre la política implícita en la legislación propuesta que llega para su revisión (Zapata, 2002, 72 y 73). Este principio, establecido hacia el final del período autoritario, en la Decisión sobre los Partidos Políticos[25], ha sido confirmada por la corte durante los 14 años de transición democrática, particularmente en los casos Municipalidades III (1992)[26], y DFL 192 sobre Riesgos del Trabajo y Enfermedades Profesionales (1996)[27].

Otro ejemplo de la actitud de deferencia de la corte constitucional en la época post autoritaria es la Decisión 332, promulgada el 17 de julio de 2002. Este caso involucraba la revisión de un proyecto de ley aprobado para permitir que uno de los principales partidos políticos de Chile, el demócrata cristiano (de la coalición gobernante), registrara a sus candidatos para la elección al congreso más tarde de lo debido. Cuando se terminó el plazo, el partido había cometido un burdo error burocrático en el registro de sus candidatos, pues había inscrito menos del 10% del número planeado de candidatos. El día siguiente, uno de los partidos de oposición, el partido de unión democrática (UDI), acordó con el gobierno que se aprobara una legislación especial que extendía el plazo retroactivamente, permitiendo así que los demócratas cristianos se registraran de nuevo, argumentando que sería inconveniente para el sistema político tener una elección sin la participación de uno de los principales partidos políticos (los demócratas cristianos usualmente reciben entre el 18 y el 27% de los votos en las elecciones nacionales). Aunque los constitucionalistas y los miembros del otro partido de

---

24 Decisión 309, pronunciada el 4 de agosto de 2004.
25 Decisión 43, pronunciada el 24 de febrero de 1987.
26 Decisión 141, pronunciada el 12 de febrero de 1992.
27 Decisión 231, pronunciada el 18 de marzo de 1996.

oposición, Renovación Nacional (RN), tenían fuertes objeciones constitucionales a esa legislación *ad hoc*, el proyecto fue aprobado esa tarde por el congreso, que lo envió a la corte constitucional esa misma noche. Luego, unas horas después de recibir el proyecto para revisión, la corte lo aprobó unánimemente[28], casi sin discutir las objeciones planteadas por los académicos y por uno de sus miembros[29]. Este caso es significativo debido a que muestra hasta qué punto la corte está dispuesta a complacer a las ramas políticas en relación con la revisión de la legislación políticamente sensible.

## EL DESEMPEÑO DEL SISTEMA JUDICIAL ORDINARIO

El diseño institucional peculiar de Chile incluye un sistema de dos niveles, en el que el tribunal constitucional comparte su papel de guardián de la constitución con los tribunales superiores del sistema judicial ordinario, que están a cargo de proteger los derechos fundamentales cuando son violados por la legislación existente. Este subconjunto de jurisprudencia constitucional es esencial, debido a que el país aún tiene importantes áreas de la ley que están en conflicto con la carta de derechos incluida en la constitución de 1980 y con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Este antecedente, y el hecho de que el sistema judicial ordinario está dotado de poderosos mecanismos para revisar la constitución –en particular, el recurso de protección– crearon grandes expectativas entre los activistas de derechos humanos y los académicos observadores acerca de la posibilidad de una "revolución de los derechos" desencadenada judicialmente[30]. Sin embargo, igual que en el caso de la corte constitucional, el desempeño del sistema judicial ordinario en los últimos 14 años de gobierno democrático es también extremadamente insatisfactorio.

---

28 La prisa de la corte institucional fue sorprendente. Esto es claro leyendo el fallo, fechado el 17 de julio de 2001, que empieza con la siguiente frase: "la Cámara de Diputados envió a esta Corte la nota n.º 3.428 del 17 de julio de 2001, informando la aprobación de una enmienda de la ley de elecciones populares para su revisión". Cfr. la Decisión 332 de la corte constitucional chilena.

29 La magistrada Luz Bulnes al final se unió al resto de la corte en una decisión unánime.

30 El recurso de protección es un mandato obligatorio de carácter constitucional, que permite que una persona cuyos derechos constitucionales han sido violados vaya directamente a un tribunal de apelaciones y enjuicie al gobierno o a cualquiera que haya perpetrado una violación de los derechos humanos. Fue introducido inicialmente en la constitución de 1980, y los juristas y abogados practicantes chilenos al comienzo pensaron que los tribunales lo utilizarían de una

El primer dominio en el que los tribunales dejaron de hacer una defensa afirmativa de los derechos individuales contra el abuso del gobierno y el legislativo es la libertad de expresión. De hecho, aunque rara vez se suprime la expresión estrictamente política (es decir, las campañas políticas), el discurso artístico y periodístico suele ser censurado o penalizado por razones de obscenidad o difamación. En consecuencia, decenas de obras artísticas y periodísticas fueron censuradas en la última década, lo que llevó a Human Rights Watch a declarar que "aunque Chile vive en un régimen democrático y en un sistema de régimen de derecho [...] el derecho a la libertad expresión está sometido a restricciones tan severas que no se encuentran en ninguna otra democracia occidental" (Human Rights Watch, 1994, 4).

Es larga la lista de casos que involucran una violación de la libertad de expresión durante los 14 años. Los más destacados son[31]:

### LUKSICK VS. MARTORELL/EDITORIAL PLANETA (1993)

Este caso involucraba la censura de un libro de reportajes periodísticos sobre escándalos sexuales de diplomáticos argentinos, y políticos y empresarios chilenos. Uno de los empresarios más conocidos que se mencionaban en el libro, ANDRÓNICO LUKSICK, miembro de la familia más rica del país, presentó una demanda de protección pidiendo al tribunal de apelaciones de Santiago que impidiera la publicación del libro debido a que era un libelo. La corte dio satisfacción a LUKSICK, emitiendo una orden judicial que impedía la publicación del libro, lo que equivale a una censura judicial de la libertad de prensa.

### CÁMARA DE DIPUTADOS VS. FRANCISCO JAVIER CUADRA (1995)

Este caso involucraba otra demanda de libelo, presentada por la cámara de diputados contra un político que en una entrevista periodística denunció la existencia del consumo de drogas entre algunos congresistas a los que no mencionó por su nombre. El cuerpo legislativo, irritado por la acusación, pidió al señor CUADRA que diera los nombres o enfrentara las consecuencias legales. Debido a que el

---

manera altamente activista para proteger los derechos constitucionales. Sin embargo esto no ha ocurrido, como indica el resto de este ensayo.

31 Aquí sigo la explicación de LISA HILBINK. Cfr. HILBINK (1999, 528).

código penal chileno exige que se dé el nombre de la persona en un caso de libelo, la cámara de diputados acusó a Cuadra de haber violado un estatuto heredado de la dictadura, la Ley de Seguridad Interna del Estado, que criminaliza las ofensas contra "el orden público", lo que presumiblemente había sido el caso en estas acusaciones[32]. El caso terminó eventualmente en la corte suprema, que confirmó la culpabilidad de Cuadra. Esto llevó a que Cuadra presentara su caso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual condenó al Estado chileno.

### La última tentación de Cristo (1996-1997)

Este fue un caso en que un grupo católico fundamentalista chileno pidió al tribunal de apelaciones de Santiago que impidiera la presentación de esta película de Martin Scorsese –que ya había sido aprobada por un organismo del gobierno– con base en que ofendía a la mayoría de la población católica del país. La decisión favoreció a los demandantes y después fue confirmada por la corte suprema. De nuevo, esta clara violación de la libertad de expresión llevó a que el Estado chileno fuera condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### El libro negro de la justicia chilena (1999)

En lo que representa una confirmación de su tendencia anterior de privilegiar la protección del honor sobre la libertad de expresión, en este caso la Corte Suprema impidió la publicación de un libro periodístico sobre la corrupción del sistema judicial. La acción fue una respuesta a la solicitud de un miembro de la corte suprema que era mencionado en el libro como juez corrupto. La autora del libro, Alejandra Matus, se asiló en Estados Unidos por temor a ser encarcelada. Ella apeló la decisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### Cecilia: la vida en llamas (2002-2003)

Este caso se refería a una biografía no autorizada de una cantante que fue famosa en los años sesenta[33]. El libro documentaba su lucha contra el alcohol y la adic-

---

32 La Ley de Seguridad del Estado 12.927 da especial protección al honor de las autoridades, sancionando con altas penas los libelos y los actos difamatorios contra ellas.

33 El caso lleva el n.º 63.135-2002.

ción a las drogas, y su inclinación lesbiana. La cantante presentó una demanda pidiendo a un tribunal inferior que impidiera la publicación del libro, y éste la impidió. Esta decisión fue después confirmada por el tribunal de apelaciones de Santiago. Sin embargo, esta vez se permitió eventualmente que el libro fuera publicado, una vez que se informó a la corte que el caso se estaba ventilando en el sistema interamericano de derechos humanos.

El aspecto más impactante de todos estos episodios de censura es que no fueron ordenados por el gobierno, sino por las mismas cortes. Así, en vez de proteger el derecho a la libre expresión contra el abuso del gobierno o del legislativo, las cortes han sido las que han perpetrado su violación. Frente a las críticas de los juristas y activistas de derechos humanos, el sistema judicial ha insistido en el argumento de que sólo está aplicando leyes que dan predominancia a la protección del honor sobre la libertad de expresión, y que si la ley es mala, las ramas políticas deben modificarla. Por supuesto, esta es una respuesta totalmente hipócrita, puesto que la "ley" constitucional permite que las cortes protejan los derechos fundamentales contra las leyes que los violan.

Si bien la jurisprudencia de las cortes chilenas en el dominio de la libertad de expresión es escandalosa, la situación en el área de la no discriminación –aunque algo mejor– es aún deficiente. Los siguientes casos ilustran la reacción del sistema judicial ordinario ante la violación de la cláusula que garantiza la igual protección.

### DISCRIMINACIÓN DE LOS PASAJEROS INCAPACITADOS EN UNA AEROLÍNEA (1999)

Este caso se refiere a una pasajera a la que se le negó acceso a un vuelo internacional porque viajaba sola, violando la política de la aerolínea que exigía que los pasajeros ciegos viajen acompañados por otra persona o un perro adiestrado. La corte de apelaciones negó la demanda de protección con base en que no había ninguna violación de la cláusula de no discriminación de la constitución, debido a que el conflicto se refería a una relación entre dos partes privadas. También decidió que la ley internacional contra la discriminación no era aplicable a la situación en cuestión. La corte suprema confirmó la decisión sin mayores comentarios[34].

---

34 Para una explicación detallada de este caso, cfr. CISTERNAS (2001, 36).

### PACIENTES DE VIH I (2000)

Este caso involucraba una demanda de protección contra el ministerio de salud por no haber proporcionado tratamiento médico a un grupo de pacientes de VIH. Los demandantes solicitaron al tribunal de apelaciones de Santiago que ordenara al ministerio que se les proporcionara la misma terapia que se había dado a otros pacientes de VIH (el ministerio había negado a los demandantes la mejor terapia disponible, argumentando que carecía de recurso económicos para proporcionársela a todos los pacientes chilenos de VIH)[35]. De acuerdo con la demanda, la negación del tratamiento a los demandantes constituía una violación del derecho a la vida y a la igual protección. La corte de apelaciones falló contra los demandantes, argumentando que la ley que rige la provisión pública de atención médica (2763 de 1979) prescribe que "el Ministerio de Salud debería proporcionar atención médica de acuerdo con los recursos que tenga a su disposición", y que la falta de recursos económicos citada por el ministro como explicación para no haber proporcionado el mejor tratamiento posible a los demandantes era razonable; de allí que no violara el derecho a la vida y a la igual protección. Esta decisión fue confirmada más tarde por la corte suprema, que no ofreció ninguna justificación para su dictamen.

### PACIENTES DE VIH II (2001)

El año siguiente, tres pacientes en condiciones más críticas que los que habían entablado la demanda el año anterior, enjuiciaron al ministerio de salud por la misma razón. Esta vez, la corte de apelaciones de Santiago falló en favor de los demandantes, ordenando al ministerio que les proporcionara inmediatamente el mejor tratamiento disponible. Más tarde, la corte suprema revirtió este fallo, argumentando que el ministerio había actuado de acuerdo con la ley. De todos modos, los pacientes finalmente tuvieron éxito, porque el ministerio decidió por sí mismo proporcionarles el tratamiento.

---

35 El ministerio había dado el mejor tratamiento disponible únicamente a 2.000 personas, negándoselo a 1.500.

### CASO DE IGUAL ACCESO PARA LOS INCAPACITADOS (2003)

Este caso involucraba una demanda en nombre de las personas que viven con incapacidades físicas contra el ministerio de obras públicas y transporte, por no hacer cumplir la legislación que estipula la construcción de accesos fáciles a los edificios públicos para los incapacitados. La corte de apelaciones negó el caso, declarando que "el gobierno tiene planes futuros para ayudar a los incapacitados [...] y no es claro que aquí haya una violación del derecho a la no-discriminación contra los incapacitados, puesto que las autoridades no tienen ninguna intención de discriminarlos". La corte suprema confirmó el fallo.

### SINGH VS. ALMACENES PARÍS (2003)

Este caso se inició cuando una gran tienda de ventas al por menor de Santiago publicó un anuncio en un periódico local en el que ofrecía un cargo para un "varón de 26 años". María Teresa Singh, una mujer de 46 años, pensó que el anuncio la discriminaba por su género y su edad. Después de presentar un recurso de protección contra la tienda, la corte de apelaciones negó el caso sin mayor explicación. Cuando el caso fue apelado ante la corte suprema, la decisión fue confirmada, rechazando la demanda con base en que "el hecho de que la tienda devolviera el formulario de solicitud a la demandante, no es en sí mismo una muestra de intención discriminatoria contra la señorita Singh". El caso está ahora en la Corte Interamericana de Justicia.

### CASO DE LA JUEZ ATALA (2003-2004)

Este caso, que llegó a convertirse en el centro de la controversia nacional, se refería a una juez lesbiana que perdió la custodia de sus dos hijas con base en que no era idónea para cuidarlas, debido a su condición sexual. El caso empezó cuando el ex esposo de la juez Atala presentó una demanda de custodia cuando se enteró de que la compañera de Atala se había ido a vivir con ella. Argumentando que sería un mal ejemplo para las hijas, obtuvo el apoyo de la corte suprema, que dictaminó que lo mejor para las hijas era que vivieran con su padre y no con la madre lesbiana.

### CASO VENUSTERIO (2001)

Este caso involucraba la negación de las visitas conyugales a las mujeres que estaban detenidas preventivamente en una correccional nacional. En vista de que esto constituía un tratamiento discriminatorio frente a otras reclusas de la misma cárcel –mujeres ya sentenciadas a las que se les permitía reunirse con sus esposos–, un grupo de reclusas en detención preventiva presentó una demanda de protección contra las autoridades de la correccional. La corte de apelaciones negó el caso con base en un tecnicismo, y la corte suprema no aceptó la apelación.

Como se puede apreciar a partir estas decisiones, la respuesta del sistema judicial ordinario en el dominio de la libre expresión y la no discriminación es muy insatisfactoria, para decir lo menos. Después de la terminación del gobierno autoritario, el sistema judicial chileno ha sido notablemente pasivo frente a las violaciones de esos derechos fundamentales, si no ha contribuido activamente a ellas. Esa negación de compensación judicial también se ve claramente en lo que las cortes no han hecho contra los estatutos que violan la constitución de manera flagrante. De hecho, hasta hoy el movimiento mapuche –constituido por miembros de la población indígena más importante del país– es reprimido por el gobierno con ayuda de la legislación antiterrorista que hace tiempo se debería haber declarado inconstitucional, debido a que se aplica contra la protesta social, que no es lo mismo que el terrorismo[36], y a que permite que el gobierno viole las garantías al debido proceso[37]. El sistema judicial también ha mantenido silencio sobre este tema. Otro ejemplo de deferencia judicial con las leyes estatutarias y las ramas políticas fue la prolongada inacción, durante varias décadas, de las cortes chilenas con respecto a la discriminación legal contra los hijos nacidos fuera del matrimonio, que durante muchas décadas tuvieron menos derechos que los hijos "legítimos". Esta situación se mantuvo hasta que se aprobó una nueva ley (ATRIA, 2000, 372).

---

36 Este grupo de indígenas desesperados y marginados ha expresado su frustración por la destitución y discriminación crónicas en manifestaciones públicas que ocasionalmente terminan en desórdenes callejeros y en la destrucción de señales públicas y actos similares. En los casos más graves también ha habido destrucción de propiedad privada. Sin embargo, aunque reprensible, ni siquiera se acerca al terrorismo.

37 Para una buena explicación de la respuesta del gobierno a la protesta del movimiento mapuche, cfr. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (2003).

Todos los casos de deferencia hacia las leyes estatutarias descritos en este capítulo son ejemplos del patrón de comportamiento que mostró el poder judicial durante los últimos 14 años: las cortes nunca ampliaron los derechos constitucionales, para no hablar de creación de nuevos derechos. En Chile, los derechos constitucionales han sido ampliados o incrementados únicamente cuando las ramas legislativa y ejecutiva acuerdan hacerlo, no como resultado de la jurisprudencia constitucional de la corte constitucional o del sistema judicial ordinario[38].

Este patrón de comportamiento judicial es también claro cuando se examina el único avance importante en los derechos humanos del período post autoritario de Chile: la modernización del código de procedimiento penal. Esta reforma, que reemplazó a un sistema arcaico que no protegía ni siquiera las garantías básicas al debido proceso, fue adoptada por iniciativa del ejecutivo para modernizar el código de procedimiento penal de la nación, no de las cortes, que nunca cuestionaron la constitucionalidad del código anterior.

La pasividad de las cortes también puede estar ligada a la "cultura legal" existente en Chile. El sistema judicial chileno es una versión extrema del modelo europeo continental de una burocracia judicial organizada de manera altamente jerárquica y burocrática. Está integrado por jueces cuya carrera empieza cuando acaban de graduarse en la escuela de derecho, que lentamente llegan a socializarse como profesionales durante los muchos años que transcurren para ser promocionados a los altos niveles del sistema de tribunales. Su socialización como jueces depende fuertemente de la emulación con sus superiores, puesto que la promoción en la carrera dentro del sistema judicial depende esencial-

---

38 Esta deferencia hacia las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno y la falta de activismo judicial de las cortes chilenas son también evidentes en el campo de las violaciones de los derechos humanos en el pasado. De hecho, las cortes fueron notablemente "inactivas" en el tratamiento de los abusos de la dictadura militar contra los derechos humanos hasta que el ejecutivo les pidió explícitamente que modificaran esta política (en una carta famosa a la corte suprema escrita por el presidente Aylwin). Además, fue sólo después del arresto del general Pinochet en Londres y de la declaración del gobierno chileno de que se le debía permitir regresar "para que fuera enjuiciado por las cortes chilenas" que estas se sintieron libres para volverse "activas" en esta área. En conclusión, no es adecuado describir la jurisprudencia de las cortes chilenas en materia de violaciones de los derechos humanos en el pasado como un ejemplo de "activismo" judicial. En la realidad es cierto lo contrario, puesto que el giro de las cortes chilenas para empezar a perseguir a los violadores de los derechos humanos se puede ver, más exactamente, como un resultado de la deferencia con el gobierno y no del activismo judicial.

mente de las evaluaciones anuales de los tribunales inferiores por los tribunales superiores. Además, debido a que los jueces pueden mantenerse varias décadas en el sistema judicial antes de llegar a los escalones superiores de la burocracia judicial, en el momento en que "arriban", muchos de ellos se han acostumbrado a la interpretación tradicional del papel del sistema judicial, que es adversa a los casos políticamente controversiales.

Hay otros elementos que contribuyen al comportamiento disciplinado que muestran los tribunales inferiores cuando siguen la actitud deferencial de los tribunales superiores. Uno es la educación jurídica, que hace énfasis en la interpretación formalista de la ley. Otro es la fuerte identidad corporativa del poder judicial chileno, que en parte proviene del proceso de socialización antes descrito, pero también del aislamiento de los jueces con respecto a otras fuerzas sociales. Así, muchos jueces comparten la noción tradicional de que la judicatura no se debe involucrar en asuntos "políticos", y que se debe mantener tan alejada como sea posible de los debates políticos.

Todo esto indica que los tribunales ordinarios chilenos aún funcionan como si la ley constitucional no fuera la ley "real". Hacen su tarea de velar por el cumplimiento de la legalidad de la acción administrativa –a menudo mejor que en muchos otros países de América Latina– pero casi siempre muestran deferencia con las ramas políticas cuando una ley viola la constitución.

## CONCLUSIONES

El interés en la judicialización de la política en América Latina a menudo está vinculado a la expectativa de que las cortes contribuyan a la consolidación del régimen de derecho y profundicen el proceso de democratización en los países de la región. Así, muchos esperan que las cortes hagan posible el respeto de los derechos fundamentales y la responsabilidad política que el sistema político "ordinario" ha sido incapaz de proporcionar. El caso chileno es un caso peculiar desde esta perspectiva, debido a que ha mostrado un bajo grado de judicialización de la política, aunque se lo suele considerar como uno de los casos más exitosos de consolidación democrática en América Latina.

Aunque el poder judicial chileno se desempeña relativamente bien en la protección de los derechos legales de la población frente a la acción ejecutiva –controlando la *legalidad* de la acción ejecutiva–, casi no ha mostrado ninguna disposición a controlar la *constitucionalidad* de la ley, para no hablar de ampliar o crear nuevos derechos constitucionales, como habría de ser según la definición

de activismo judicial de CHARLES EPP. De hecho, la negativa de las cortes chilenas a comprometerse activamente en la protección de los derechos es paradójica, en vista de que otros sistemas judiciales de América Latina con menos estructuras de apoyo e independencia judicial han sido mucho más activistas (aunque esto las ha sacado efectivamente del negocio).

Enfrentados a este caso bastante anómalo de Chile, algunos estudiosos han atribuido la deferencia judicial con las ramas políticas al carácter iliberal de sus jueces (HILBINK, 1999, cap. 8). Otros han atribuido esta pasividad al carácter corporativo y autosuficiente de las cortes chilenas, que evitan entrar en dominios políticamente cargados por temor a la intervención de otras ramas del gobierno si usan activamente sus poderes de control constitucional (COUSO, 2003; PEÑA, 1996). Finalmente, hay quienes atribuyen la deferencia judicial para con la ley estatutaria a la inclinación al derecho privado de los jueces constitucionales chilenos. Y esperan que la situación se modifique cuando un número suficiente de jueces jóvenes llegue a los cargos más altos de la jerarquía judicial (GONZÁLEZ, 2004). Desde este punto de vista, sólo entonces se hará realidad la judicialización de la política chilena.

La respuesta correcta es probablemente una combinación de todas las anteriores, junto a elementos que aún nos eluden. Sin embargo, lo que es claro es que el desempeño jurisprudencial que han exhibido las cortes chilenas durante la última década y media en el dominio de la adjudicación constitucional sólo se puede caracterizar como una "revolución de los derechos" que nunca sucedió.

## REFERENCIAS

ABRAHAM, HENRY (1968). *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, New York, Oxford University Press.

ATRIA, FERNANDO (2000). "Revisión judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", *Estudios Públicos*, n.º 79, 347-402.

BAUER, CARL (1995). "The Contradictory Role of the Judiciary in Chile's Neo-liberal Economic Model", Paper presented at the First Congress of the Latin American and Caribbean Association of Law and Economics, Mexico City, February 2-3.

BECKER, THEODORE (1987). *Comparative Judicial Politics: The Political Functioning of Courts*, Washington, DC, University Press of America.

Brody, Reed y Michael Ratner (eds.) (2000). *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Leiden, Holland, Martinus Nijhoff.

Burbach, Roger (2004). *The Pinochet Affair: State Terrorism and Global Justice*, London, Zed Books.

Cavallo, Ascanio (1998). *La historia oculta de la transición: Memoria de una época, 1990-1998*, Santiago, Editorial Grijalbo.

Centro de Estudios Públicos (1991). *Proposiciones para la reforma judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos.

Cisternas, María Soledad (2001). "La discapacidad en Chile: Un tema de proyección urgente", en Felipe González (ed.). *Discriminación e interés público*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 9-63.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991). *Informe*, Phillip E. Berryman (trad.) (1993), Notre Dame, University of Notre Dame Press.

Correa, Jorge (1999). "La Cenicienta se queda en la fiesta: El poder judicial chileno en la década de los 90", en Paul Drake e Iván Jaksic (eds.). *El modelo chileno: Democracia y desarrollo en los noventa*, Santiago, lom Ediciones, 281-315.

Corte Suprema (1991). "Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación", *Estudios Públicos*, n.º 42, 237-250.

Couso, Javier (2003). "The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002", *Democratization*, vol. 10, n.º 4, 70-91.

Davis, Madeleine (ed.) (2003). *The Pinochet Case: Origins, Progress, and Implications*, London, Institute of Latin American Studies.

Epp, Charles (1998) *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (2003). *Informe anual de derechos humanos: Hechos del 2002*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

Gómez, Gastón (1999). "Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", en Gastón Gómez (ed.). *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídicos de la Universidad Diego Portales, vol. 41, 89-107.

González, Felipe (2004) "Cultura judicial y enseñanza del derecho en Chile: Una aproximación", *Informe de Investigación*, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 293-319.

Hilbink, Lisa (1999). "Legalism against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-1994", Ph.D. dissertation, University of California, San Diego.

Holland, Kenneth (ed.) (1991). *Judicial Activism in Comparative Perspective*, London, Macmillan.

Human Rights Watch (1998). *The Limits to Tolerance: Freedom of Expression and Public Debate in Chile*, New York, Human Rights Watch.

Huneeus, Carlos (2000). *El régimen de Pinochet*, Santiago, Edit. Sudamericana.

Lira, Elizabeth y Brian Loveman (1999). "Derechos humanos en la 'Transición Modelo'", en Paul Drake e Iván Jaksic (eds.). *El modelo chileno: Democracia y desarrollo en los noventa*, Santiago, lom Ediciones, 339-374.

Loveman, Brian y Elizabeth Lira (2000). *Las ardientes cenizas del olvido: Vía chilena de reconciliación política*, 1932-1994, Santiago, lom Ediciones.

Matus, Alejandra (1999). *El libro negro de la justicia chilena*, Buenos Aires, Edit. Planeta.

McCann, Michael (1994). *Rights at Work: Pay Equity and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press.

Peña, Carlos (1996). *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Colección Estudios n.º 5, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Powe, Lucas (2000). *The Warren Court and American Politics*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

Tate, C. Neal y Torbjorn Vallinder (eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press.

Woodhouse, Diana (ed.) (2000). *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis,* Oxford, UK, Hart Publishing.

Zapata, Patricio (2002). *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello.

ROGELIO PÉREZ PERDOMO

# *Judicialización y transformación del régimen: la corte suprema venezolana*

Venezuela experimentó un acelerado proceso de judicialización de la política en los años noventa. Los profundos cambios políticos que el país ha experimentado desde 1992 han afectado profundamente el carácter y el comportamiento de la corte suprema, tema de análisis de este capítulo. Este periodo de judicialización de la política venezolana se puede dividir en dos etapas: 1992–1999, cuando la corte suprema se volvió cada vez más activa, aunque siguió manteniendo una práctica formalista, y desde 1999 hasta el presente, cuando el gobierno y la oposición intentan utilizar a las cortes para adelantar sus agendas o bloquear a sus opositores durante un periodo de aguda crisis política y amenazas de colapso del régimen. Esta segunda fase siguió a la elección de HUGO CHÁVEZ FRÍAS a la presidencia, a la elección de una asamblea constituyente y a la aprobación de la nueva constitución bolivariana, que disolvió la corte suprema anterior y la reemplazó por el tribunal supremo. La judicialización de la política en Venezuela está en abierto contraste con la que se ha experimentado en otras partes de la región. No es un caso de judicialización en un régimen "post transicional", ni una judicialización concebida como medio para profundizar el sistema democrático existente. Corresponde más bien a una época de amenaza de ruptura del régimen en la que las élites recurren cada vez más a los tribunales. En ese sentido, Venezuela es un caso de judicialización de "arriba hacia abajo", dirigida por las élites políticas y no por movimientos sociales y grupos marginados que buscan compensación a través de los tribunales.

En febrero de 1992, un joven oficial de rango medio del ejército, el teniente coronel HUGO CHÁVEZ, encabezó un intento de golpe frustrado. El régimen democrático de partidos existente estaba sujeto a críticas severas. Los partidos estaban dominados por grupos oligárquicos, y el control democrático consistía sólo en una elección entre partidos desacreditados. La visión general era que los partidos políticos habían colonizado al Estado, y que la ineficiencia de las políticas y servidores civiles impedía que el sector público funcionara en favor de la mayoría de los venezolanos. El intento de golpe fue un rotundo fracaso militar, y en cuestión de pocas horas CHÁVEZ y sus compañeros fueron encarcelados, pero fue un éxito político, al demostrar el desencanto popular con la situación política.

En las elecciones generales de 1993 los dos partidos principales, Acción Democrática (AD) y Comité de Organización Política Electoral Independiente (Copei), tuvieron muy pocos votos. El ganador fue RAFAEL CALDERA, un político experimentado y antiguo presidente que había apostado a formar su propio

movimiento y aceptado el apoyo de la izquierda, particularmente del Movimiento al Socialismo (MAS). CALDERA perdonó a CHÁVEZ, quien muy pronto surgió como un contendor popular que se expresaba en el lenguaje de la izquierda tradicional y se ganó el apoyo de los partidos de izquierda, incluido el MAS. También recibió el apoyo del pequeño Partido Comunista, Patria para Todos y Bandera Roja[1]. Con la ayuda de individuos sin filiación política y otras personas dispuestas a cambiar de lealtad política, CHÁVEZ fundó el Movimiento V República (MVR) como vehículo político propio, aunque era presidido por el bien conocido líder de izquierda LUIS MIQUILENA. En diciembre de 1998, CHÁVEZ fue elegido a la presidencia. Su plataforma era extremadamente radical: la convocatoria a una asamblea constituyente para modificar la constitución y refundar la república. También proponía acabar la corrupción y suprimir a los partidos políticos corruptos.

El sistema político venezolano ha experimentado un cambio radical desde 1999. La asamblea nacional constituyente fue elegida con una enorme mayoría de partidarios de CHÁVEZ. Ésta sesionó en julio de 1999 y produjo una nueva constitución en diciembre de ese mismo año. Entre los muchos cambios instituidos estaba el del nombre del país, que se convirtió en "República Bolivariana de Venezuela"[2]. El presidente CHÁVEZ se ha presentado como campeón de los pobres y marginados, y como líder del movimiento contra la globalización. Ha chocado repetidamente con Estados Unidos, con los dirigentes empresariales y con la Iglesia Católica. Sus partidarios se han apoderado de muchas propiedades rurales y urbanas. Su estilo de gobierno es enemigo de las tradiciones de la democracia de partidos que existía previamente en Venezuela. Ha armado a sus partidarios quienes periódicamente usan la violencia contra la oposición, a la que él denunciaba como ilegítima[3].

En 2000, CHÁVEZ fue autorizado por la asamblea nacional para legislar mediante decretos presidenciales, y en noviembre de ese mismo año CHÁVEZ aprobó un paquete de 39 decretos que transformaron el marco legal de Venezue-

---

1 Patria Para Todos es un partido de izquierda de origen reciente. Bandera Roja es un partido pequeño de extrema izquierda, usualmente asociado con el trotskismo.

2 El cambio de nombre está lejos de ser incidental. Aunque BOLÍVAR es un héroe nacional, el movimiento político que fundó CHÁVEZ también se llamó originalmente "bolivariano". El mensaje implícito, que CHÁVEZ a menudo hace explícito mediante palabras y acciones, es que quien no sea "bolivariano" no es un venezolano verdadero o un ciudadano real. La oposición es inaceptable (PÉREZ PERDOMO, 2003a).

3 Para un análisis del proyecto político de CHÁVEZ, cfr. BLANCO (2002).

la, desplazándolo fuertemente hacia la izquierda (aunque la política económica no es socialista ortodoxa ni capitalista). La nueva legislación afectó los intereses de casi todos los sectores, y la total falta de consulta sobre su implementación ofendió incluso a muchos de los partidarios de CHÁVEZ. La asamblea nacional designó una comisión, encabezada por un eminente dirigente del MVR, para que atendiera los reclamos y tratara de reconciliar los intereses divergentes. CHÁVEZ se opuso a cualquier revisión del paquete de decretos, y en consecuencia el MAS y otros partidos de izquierda retiraron su apoyo al gobierno. El MVR también se dividió, y LUIS MIQUILENA y otros dirigentes se retiraron para fundar Solidaridad, una nueva agrupación política. CHÁVEZ, sin embargo, mantuvo el control de la asamblea nacional. También mantuvo como aliados al contralor general, al defensor y al fiscal general de la república, que había sido su vicepresidente. Sin embargo, su popularidad decayó rápidamente y la oposición empezó a realizar masivas marchas callejeras en las calles de Caracas. En abril de 2002, los comandantes militares depusieron a CHÁVEZ y lo apresaron luego de un ataque armado a una manifestación de la oposición en la que murieron cerca de 20 personas y resultaron heridas otras 100. Sin embargo, los intentos de instalar al principal dirigente empresarial del país en la presidencia chocaron con un fuerte rechazo y CHÁVEZ retornó al poder 48 horas después.

La controversia sobre el carácter del régimen de CHÁVEZ y los proyectos de sus oponentes se convirtió en un lugar común en Venezuela. En la práctica, el gobierno se hizo más represivo, y ha sido condenado por violaciones a los derechos humanos por organizaciones internacionales como Amnistía Internacional y Human Rights Watch[4]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han emitido resoluciones en favor de periodistas, editores y dirigentes políticos de oposición, pues varios periodistas han sido asesinados y maltratados por partidarios de CHÁVEZ y se han lanzado frecuentes ataques contra las instalaciones de la prensa y las estaciones de televisión[5]. Muchos intelectuales de izquierda y varios partidos políticos de inclinación socialista (particularmente el MAS, Causa R y Bandera Roja) rechazan

---

4 Amnesty International. "Venezuela: Human Rights under Threat", May 12, 2004, [http://web.amnesty.org//library/Index/ENGAMR530082004]; Human Rights Watch. "Questions and Answers about Venezuela's Court-Packing Law", July 14, 2004, [http://hrw.org/backgrounder/americas/venezuela/2004/].

5 Esto se reportó en los periódicos y en los programas de noticias. Para una lectura general, cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003).

toda pretensión de que Chávez sea de izquierda o revolucionario. Insisten en que sus políticas sólo pueden llevar al desempleo, a la corrupción y a empeorar la pobreza, y han acuñado el término "robo-lución" para referirse al régimen. La mayoría de los sindicatos también se opone al régimen. En cambio, el Partido Comunista lo apoya y lo reconoce como revolucionario.

En 2001, los partidos de oposición y varias ONG formaron la Coordinadora Democrática, una alianza política ideológicamente diversa cuyo propósito principal era combatir a Chávez por medios democráticos. Su primer reto era diferenciarse de quienes habían intentado destituir a Chávez mediante la intervención militar, un costoso error que cometieron los dirigentes empresariales que pactaron con los generales en abril de 2002[6]. En el segundo semestre de 2002, la situación había llegado a ser tan tensa que la Organización de Estados Americanos presentó una propuesta de mediación. El secretario de la OEA César Gaviria residió prácticamente en Caracas durante un largo periodo, y el ex presidente de Estados Unidos Jimmy Carter visitó la capital en numerosas ocasiones. Se formó un "grupo de amigos" –incluidos Brasil, Estados Unidos, Chile, España y Portugal– para ayudar a mediar en el conflicto. En mayo de 2003, se llegó al acuerdo de que un referendo para revocar el mandato del presidente, como establece el artículo 72 de la constitución de 1999, era la manera más pacífica, constitucional y democrática de resolver la crisis política. El referendo se realizó en agosto de 2004, con una cómoda victoria de Chávez (58%). La oposición denunció un fraude y su derrota la lanzó a la confusión[7].

El propósito de este capítulo es describir y analizar el papel de los jueces, en particular el de los magistrados de la corte suprema de justicia (luego tribunal supremo de justicia), en la compleja situación política que vive Venezuela. El objetivo es analizar cómo se ha transformado la corte en tribunal supremo, una transformación impulsada parcialmente por cambios políticos más amplios; y al mismo tiempo determinar hasta qué punto ha cumplido el papel que le asignó la constitución y ha influido en la arquitectura institucional del gobierno. La primera

---

6 Un grupo de oposición minoritario formó el "Bloque Democrático", que argumentaba que la única manera de oponerse a Chávez era la resistencia abierta y violenta.

7 La oposición se quejó de que se había inflado el registro electoral y se habían manipulado las nuevas máquinas electorales. Los observadores internacionales inicialmente confirmaron la victoria de Chávez, pero el secretario de la OEA César Gaviria luego señaló graves deficiencias en la elección.

sección describe los cambios en la manera como la jerarquía judicial interactúa con la política y establece algunos criterios para analizar las acciones del tribunal supremo. La segunda sección examina casos que han resultado particularmente controversiales. La sección final reflexiona sobre la relación entre la judicialización de la política en Venezuela y la transformación de la cultura legal del país.

## CAMBIO POLÍTICO Y JUDICIALIZACIÓN

### DE LA CORTE SUPREMA AL TRIBUNAL SUPREMO

La constitución de 1961 estableció que la corte suprema era el más alto tribunal del país y la puso en la cima de la rama judicial (art. 204). La constitución también concibió la creación de un consejo de la judicatura para "asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de las cortes y [...] garantizar los beneficios de la carrera judicial a los jueces" (art. 217). El consejo fue debidamente constituido en 1989, y llegó a ser responsable de la administración de la rama judicial y del nombramiento, la evaluación y la disciplina de los jueces. Estaba formado por magistrados designados por la corte suprema y por otras instituciones del Estado. Muchos de los poderes del consejo de la judicatura eran ejercidos previamente por el ministerio de justicia, con la supervisión de la corte suprema. La creación del consejo de la judicatura instituyó un sistema judicial formalmente menos dependiente del ejecutivo, pero totalmente bicéfalo: encabezado por la corte suprema en asuntos jurisdiccionales y por el consejo judicial en todos los demás asuntos (Pérez Perdomo, 2003b).

Sin embargo, en la práctica, la rama judicial no era políticamente independiente. Los jueces de la corte suprema eran nombrados por el congreso por un período de nueve años, con renovación parcial cada tres años. No obstante, era de conocimiento común que los partidos políticos hacían los nombramientos sin considerar la cualificación y con total falta de transparencia. Los factores que tenían en cuenta eran las lealtades políticas y personales. Los magistrados del consejo de la judicatura, aunque nombrados por la corte suprema, el presidente de la república y el congreso, también eran nombrados por los partidos políticos como parte de un proceso de negociación abierta. Los jueces eran nombrados efectivamente de acuerdo con la cuota de poder político de cada uno de los partidos que participaban en la designación (Brito González, 1978; Quintero, 1988; Pérez Perdomo, 2003b).

Debido a este enfoque clientelista en la asignación de los cargos judiciales, no es de sorprenderse que el sistema judicial perdió prestigio. Cuando el sistema de partidos funcionaba bien, los dirigentes de los partidos negociaban entre ellos, y resolvían la mayoría de los conflictos a través de los canales de negociación interna. Cuando estaban en juego intereses económicos, especialmente en los casos en que los ciudadanos privados litigaban con el Estado, los dirigentes políticos también podían actuar como mediadores. La importancia del sistema judicial, y en particular de la corte suprema, era limitada[8]. Sin embargo, una vez que los partidos perdieron cohesión interna y se convirtieron en federaciones de grupos opuestos, el sistema político perdió su capacidad para regular los conflictos sociales, políticos y económicos. Se requería la intervención de verdaderos árbitros para disputas políticas o económicas importantes, pero los jueces no estaban preparados para cumplir este nuevo papel. En consecuencia, se les reprochó su excesiva subordinación a las fuerzas políticas, por no hacer ningún esfuerzo para que los políticos fueran responsables del ejercicio impropio o insatisfactorio de sus funciones y, en particular, por no sancionar a los políticos implicados en casos conocidos de corrupción. En diciembre de 1991, una carta abierta publicada por prestigiosos intelectuales y periodistas, conocida como la "Carta de los Notables", llamó la atención sobre la vergonzosa impunidad asociada con los delitos de corrupción y exigió la renuncia de los magistrados de la corte suprema. Los políticos finalmente se preocuparon cuando, en febrero de 1992, el intento de golpe efectuado por un grupo de oficiales jóvenes, dirigido por el teniente coronel Chávez, reveló los mínimos niveles de respaldo político de que gozaba el sistema democrático de partidos. En mayo de ese año, cuando correspondía renovar parcialmente a la corte suprema, se realizaron consultas públicas e ingresaron a la corte figuras políticamente más independientes.

En el resto de la década de 1990, la corte suprema fue forzada a convertirse en árbitro en un período de creciente conflicto político y económico. No había prácticamente ningún tema político o económico importante que no se presentara ante la corte. Esto llevó a una enorme recarga de casos, y la corte adoptó la práctica de prestar atención cuidadosa a los aspectos de procedimiento. Usualmente descartaba los casos mal o incorrectamente presentados antes de ocupase de la

---

8 Sánchez Risso, secretario de la corte suprema entre aproximadamente 1958 y 1998, considera que el volumen y la importancia de los asuntos que se llevaban a la corte suprema era incomparablemente mayor en los años noventa que en los sesenta (comunicación personal).

sustancia del asunto. La recarga también llevó a demoras considerables en la resolución de los casos. Un buen número de delitos e infracciones prescribía antes de que los magistrados tomaran decisiones, como ocurrió en el bien conocido "caso de los jeeps", un caso de corrupción que implicaba al ex presidente Lusinchi. La crítica permanente a la corte suprema llevó a que ésta propusiera su propia reforma, y en 1997 la república firmó un acuerdo con el Banco Mundial para un proyecto de modernización de 7,3 millones de dólares (Pérez Perdomo, 2004)[9]. Sin embargo, la corte no siempre actúa lentamente; en el juicio del presidente Carlos Andrés Pérez, en 1993, por apropiación indebida de fondos, lo suspendió y sentenció en cuestión de meses.

Luego de la elección de Hugo Chávez como presidente de la república en 1988, la corte enfrentó el problema de que proponía convocar una asamblea constituyente para reformar la constitución. Este no era un método aceptado en la constitución existente. Sin embargo, la corte decidió que, aunque no había disposiciones escritas acerca de dicho cuerpo, se podían satisfacer los principios democráticos si la población, consultada en un referendo, votaba en favor de convocar tal asamblea[10]. Poco después, la corte obligó a Chávez a definir los términos de la convocatoria.

En suma, entre 1993 y 1999 la corte suprema de justicia mostró una importante prominencia política durante un periodo de creciente judicialización de la política. La corte suprema desempeñó un papel claro y decisivo, aunque su formalismo tendía a limitar sus acciones. Cecilia Sosa, la primera mujer que presidió la corte suprema de justicia, llegó a ser una figura familiar para todos los venezolanos por sus apariciones semanales en conferencias de prensa en las que ofrecía explicaciones directas e informativas de las principales decisiones de la corte. La asamblea nacional constituyente fue elegida en 1999, y los partidarios del presidente Chávez obtuvieron una aplastante mayoría. Uno de sus primeros actos, el 18 de agosto de 1999, antes de empezar a trabajar en el borrador de la constitución, fue declarar que la rama judicial estaba en crisis. La asamblea designó la comisión de emergencia judicial, cuya tarea era evaluar el funcionamiento y el desempeño de la corte suprema y del consejo de la judicatura. La comisión también tenía el mandato de emprender la purga del personal judicial y la introducción

9 Acuerdo 4270-VE. El Banco Mundial hizo un préstamo de 4,7 millones de dólares, y la república aportó el resto.

10 Corte suprema de justicia, sala político administrativa. Decisión del 19 de enero de 1999.

de nuevos procedimientos para el nombramiento de los jueces. La decisión de la asamblea sacudió a la corte suprema. El 23 de agosto de 1999, en un fallo dividido, reconoció la legitimidad de la comisión y autorizó a uno de sus magistrados para que participara en ella. La opinión disidente de la magistrada Cecilia Sosa, presidente de la corte, fue particularmente dramática. Señaló que la comisión de emergencia se estaba apoderando de la administración de la rama judicial, con lo que desplazaba a la corte suprema y la sometía a su propia supervisión. En una declaración pública afirmó que la corte suprema había cometido un suicidio para evitar su asesinato, y renunció.

La constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en 1999, transformó significativamente a la rama judicial. Abolió el consejo de la judicatura, trasladando sus funciones al tribunal supremo de justicia, que reemplazó a la corte suprema y al consejo de la judicatura. El número de jueces se incrementó a 20, distribuidos en seis "salas"[11]. Cada una tenía tres magistrados, excepto la sala constitucional (encargada de interpretar y garantizar la constitución), que tenía cinco. Se mantuvo la "sala plena" (o reunión de todos los jueces), pero se le dieron menos atribuciones que a la sala plena de la extinta corte suprema. Los poderes del nuevo tribunal supremo son muy amplios. Incluyen el poder de revisión judicial, la interpretación de las leyes, la resolución de las disputas jurisdiccionales entre órganos del Estado y un papel muy importante en la acusación o enjuiciamiento del presidente y otros funcionarios estatales de alto rango (arts. 166, 335 y 336). En el caso de las omisiones por parte de las legislaturas de nivel nacional, estatal o municipal, el tribunal está autorizado incluso a dictar las medidas necesarias para asegurar que se cumpla la constitución (parág. 7 art. 336). A este respecto, el tribunal supremo es un organismo mucho más poderoso que la anterior corte suprema de justicia.

Una vez se aprobó la constitución, la asamblea constituyente nombró provisionalmente a los 20 magistrados del tribunal supremo de justicia, el 22 de diciembre de 1999. Un año después, el 20 de diciembre de 2000, la asamblea nacional hizo los nombramientos definitivos. Estas rondas sucesivas de nombramientos fueron utilizadas para purgar políticamente a los cuerpos judiciales, y sobrevivieron pocos magistrados de la corte en 1998. Iván Rincón Urdaneta, uno de los supervivientes, fue elegido presidente del tribunal y prosiguió la

11 Estas eran la sala constitucional, la sala político administrativa, la sala penal, la sala civil y la sala electoral.

tarea de modernización. Los magistrados del tribunal supremo fueron elegidos entre profesores de derecho y abogados de prestigio que habían mostrado cierta inclinación hacia los partidos de izquierda. Sólo tres magistrados tenían vínculos claros con los partidos de oposición. Como resultado de los nuevos sistemas de organización y administración que se pusieron en práctica, el tribunal supremo resolvió millares de casos que tenía pendientes. Desde el año 2000, con frecuencia anuncia que está "al día", es decir, que no tiene recarga de viejos casos y, por tanto, que puede decidir los casos con relativa celeridad. El procesamiento de casos y decisiones se computarizó, y ya es posible tener acceso a los programas de las bancadas, al estado de los casos y a las decisiones a través de internet.

Este tribunal supremo modernizado está llamado a actuar en una situación extremadamente difícil. Por una parte, tiene el elevado estatus de intérprete de una nueva constitución que modificó aspectos sustanciales del ordenamiento venezolano y que, debido a la prisa con la que fue redactada, suele ser ambigua e inconsistente. El tribunal supremo es el que debe decidir qué partes del antiguo edificio legal venezolano siguen siendo válidas y qué partes perdieron validez. Por otra parte, tiene que actuar en un período de enorme conflicto político, acentuado desde 2002. La siguiente sección examina hasta qué punto el nuevo tribunal supremo ha satisfecho las expectativas de los diferentes y opuestos sectores de la comunidad nacional.

## JUDICIALIZACIÓN Y ACTIVISMO DEL NUEVO TRIBUNAL SUPREMO

La judicialización de la política ocurre cuando los tribunales, en particular las cortes supremas, adoptan un papel más activo, o cuando los actores políticos invitan a los jueces a intervenir en la resolución de conflictos políticos. En cierto sentido son las dos caras de la misma moneda; es difícil concebir que los políticos lleven sus conflictos al sistema judicial, excepto que tengan algunas expectativas específicas con respecto a él. Durante los años noventa, los actores sociales y políticos venezolanos aumentaron la presión sobre los jueces para que intervinieran en problemas políticos y, en respuesta, los jueces empezaron progresivamente a asumir un papel más activo.

El cuadro 1 muestra la producción de la corte suprema y del tribunal supremo entre 1997 y 2003. El indicador que se utiliza es el volumen y no la importancia relativa de los casos. Sin embargo, se puede apreciar que en 1997

la corte suprema estaba gravemente congestionada, con una tasa de resolución muy inferior al número de casos que recibía.

Cuadro 1
Producción de la corte suprema y del tribunal supremo, 1997-2003

| Casos | 1997[1] | 1998[1] | 1999[1] | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Recibidos | 5.659 | 5.659 | 4.516[2] | 6.488 | 6.851 | 7.018 | 8.039 |
| Resueltos | 3.999 | 5.180 | 7.202 | 7.681 | 8.844 | 7.207 | 8.974 |

[1] La corte suprema de justicia estuvo en funcionamiento hasta 1999. Desde el año 2000 fue reemplazada por el tribunal supremo de justicia.
[2] La fuente no suministra datos del número de casos presentados ante la sala de casación penal. Para evitar una mayor distorsión, se adoptó una estimación de 1.800 casos recibidos, cifra que corresponde al promedio de casos recibidos entre 1998 y 2000.
Fuente: Para 1997: corte suprema de justicia; 1998: *Informe*, p. 30. Para los demás años: tribunal supremo de justicia, [www.tsj.gov.ve], consultada el 25 de marzo de 2004.

El cuadro muestra un incremento sostenido de los casos recibidos y un notorio crecimiento de la producción desde la reforma administrativa de 1997. De hecho, el tribunal duplicó el número de decisiones frente a un incremento significativo del número de casos.

Es mucho más complejo hacer un análisis cualitativo que tenga en cuenta la importancia relativa de los casos presentados y de las decisiones. Nuestro actual proyecto de investigación especifica un procedimiento para identificar las decisiones del tribunal supremo que se pueden considerar de suma importancia política, en particular las que más han contribuido a moldear al nuevo sistema político y al Estado venezolano en general. El procedimiento incluye la consulta de magistrados y expertos académicos calificados, y aún está en sus primeras etapas. Este capítulo se refiere simplemente a los casos que más han llamado la atención de los medios de comunicación, bien sea porque tuvieron lugar en momentos particularmente clave del proceso político o porque tratan directamente asuntos esenciales para el gobierno de Chávez. El propósito es examinar las restricciones o dilemas que enfrentan los magistrados como intérpretes de la ley y como actores políticos de primera línea.

El término restricción "profesional" o "interna" se refiere al dilema de actuar en concordancia con los cánones tradicionales de interpretación legal (conocidos en América Latina como "formalismo legal") o de acuerdo con una posición "orientada al caso" más informada contextualmente. El "antiformalismo" conduce más claramente al activismo judicial, puesto que deja menos atados a los jueces a los textos legales y a las formalidades jurídicas. La segunda restricción de los

jueces –de carácter "externo"– se deriva de su función política. Son seleccionados y designados por los principales actores políticos, y cumplen un papel político importante, pues son llamados a decidir muchos casos en los que el gobierno tiene interés directo o indirecto. En virtud de su posición en el sistema político legal, los jueces tienen que mantener discreción acerca de sus opiniones políticas, pero es inevitable que sus decisiones se interpreten como favorables o desfavorables –o deferentes o independientes– para el gobierno.

De acuerdo con la constitución de 1999, los magistrados del tribunal supremo son nombrados por la asamblea nacional. La destitución de un magistrado requiere la intervención del consejo moral republicano (integrado por el fiscal general, el contralor general y el defensor del pueblo). Los miembros de este consejo son nombrados por el voto mayoritario calificado de la asamblea nacional. Cuando el nombramiento definitivo de los magistrados se efectuó en diciembre de 2000, el presidente tenía una sólida mayoría en la asamblea nacional y niveles de aprobación popular de cerca del 80%. Como ya se señaló, la mayoría de los magistrados eran profesores universitarios o prestigiosos abogados de izquierda que no formaban parte de la jerarquía judicial cuando estaba controlada por los partidos políticos. La opinión general es que la selección de los magistrados fue realizada principalmente por el ya citado Luis Miquilena, veterano dirigente de izquierda, presidente del MVR, al que en esa época se consideraba como principal consejero de Chávez[12].

En enero de 2000, se hizo evidente la radicalización autoritaria del gobierno. El MAS y otros partidos de izquierda le retiraron su apoyo. Miquilena, presidente del MVR, junto con otros dirigentes políticos, integró un nuevo partido que formó parte de la oposición. La política venezolana se polarizó cada vez más. Sin embargo, en vista de las restricciones impuestas a la expresión política de los jueces, no fue inmediatamente claro si los magistrados individuales del nuevo tribunal supremo favorecían al gobierno o a la oposición.

Es difícil estimar el grado de presión externa que se ejerce sobre los jueces y magistrados de la corte suprema, pero dicha práctica es un lugar común en América Latina. Esta se presentó ciertamente en Venezuela durante la época de la

---

12 Luis Miquilena fue un importante dirigente de izquierda durante los años sesenta. Luego de su retiro de la política activa estableció una estrecha amistad con el empresario Tobías Carrero, cuyos intereses empresariales incluyen la Multinacional de Seguros, una importante firma de seguros. Algunos de los nuevos magistrados del tribunal supremo, incluidos Cabrera, Rondón Haaz y Arriechi fueron abogados de esa empresa.

democracia de partidos, aunque las presiones rara vez se hacían públicas o explícitas. Sin embargo, CHÁVEZ es bien conocido por su franqueza a este respecto. No se niega a usar la radio y la televisión para indicar a los magistrados qué decisiones busca conseguir ni para comentar después sus decisiones sin el más leve recato. Esto no significa, por supuesto, que no se utilicen presiones, amenazas o medios execrables más discretos para hacer saber a los magistrados lo que se espera de ellos. La oposición también está lejos de ser renuente a expresar su condena de decisiones o magistrados particulares. Varios magistrados han sido "caceroleados", es decir, sometidos a protestas ruidosas[13], y en un incidente infortunado el presidente del tribunal, IVÁN RINCÓN, fue atacado físicamente[14].

MOLINA (2002) hizo una primera evaluación de las decisiones del tribunal supremo, especialmente de su sala constitucional, en su primer año de funcionamiento. Su bien documentada investigación apunta a un tribunal activista, resuelto a enfrentar los más serios desafíos de interpretación legal y capaz de tomar decisiones audaces. Esto fue particularmente cierto en el caso de la sala constitucional. Cuando encontraba que las leyes eran contrarias a los principios consagrados en la nueva constitución, la sala constitucional frecuentemente las declaraba inconstitucionales e incluso llegaba a decidir las nuevas normas que se debían aplicar. Esto llevó a la creación de nuevas normas, y aun de nuevos procedimientos. Cuando el tribunal descubría que un abogado había estructurado incorrectamente un problema, no tenía ningún escrúpulo para decirlo y rechazar la petición. Sin embargo, si encontraba que un principio básico merecía atención, procedía a fallar con base en él. Esta posición activista del tribunal supremo es una notable desviación de Venezuela y difiere sustancialmente del formalismo legal predominante en América Latina. La corte suprema de justicia era extremadamente lenta para tomar decisiones y excesivamente sensible a los detalles de procedimiento. Una pequeña deficiencia en el procedimiento la llevaba a rechazar el caso sin hacer ninguna referencia a los asuntos sustanciales. En otras palabras,

---

13 Esta forma de protesta consiste en golpear ollas y cacerolas frente a la casa de la víctima, usualmente en las primeras horas de la mañana. También se puede llevar a cabo en sitios públicos como los restaurantes, especialmente si están localizados cerca de lugares que frecuentan los grupos de oposición.

14 El magistrado IVÁN RINCÓN URDANETA se cruzó con un grupo que se había reunido en una funeraria para velar a un joven periodista de investigación que tenía vínculos con la oposición. Se pensaba que la muerte era el resultado de un asesinato político. Cuando los miembros del grupo vieron a RINCÓN lo reconvinieron y una persona le arrojó café.

con el nuevo tribunal supremo la actitud formalista y tímida predominante en la corte suprema anterior[15] ha sido sustituida por una interpretación audaz y un claro deseo de renovar el orden legal, algo que se nota de forma particular en su sala constitucional. Si aceptamos el análisis de MOLINA, la renovación del tribunal supremo no sólo ha sido organizativa y técnica, sino que también se ha extendido a la revisión del pensamiento y la práctica jurídicos.

El proyecto personalista autoritario o revolucionario de CHÁVEZ ha puesto al tribunal supremo bajo enorme presión. Las biografías de los magistrados muestran que en la época en que fueron nominados, eran políticamente cercanos al antiguo proyecto de renovación que predominó durante el primer año de la presidencia de CHÁVEZ. A finales de 2001 y comienzos de 2002, sin embargo, cuando CHÁVEZ empezó a mostrar su lado más autoritario y su total falta de vocación para el compromiso, sus partidarios se dividieron, y los magistrados parecen haber hecho algo similar. No obstante, como era de esperar en vista de las fuertes restricciones profesionales, los magistrados no se alinearon automáticamente con el gobierno ni con la oposición.

## ANÁLISIS DE CASOS

### EL CASO DEL GOLPE Y SUS CONSECUENCIAS

Quizá el caso más dramático, y el que llevó al tribunal supremo de justicia a los titulares durante varias semanas, fue el antejuicio de mérito inicial, o audiencia previa al juicio, de los oficiales de alto rango del ejército que depusieron al presidente CHÁVEZ el 11 de abril de 2002 en un intento de golpe. Los oficiales involucrados tenían el rango de general. De acuerdo con la constitución de 1999, el juicio de los oficiales del ejército de ese rango requiere un antejuicio ante el tribunal supremo, que puede autorizar el juicio o negarse a hacerlo. Los oficiales sólo podían ser acusados y procesados si el tribunal estaba de acuerdo[16]. El fiscal

15 No conozco ningún análisis del estilo de la difunta corte suprema, y esta afirmación se basa en los comentarios de muchos individuos sobre las sentencias, particularmente en los de los profesores de derecho de la Universidad Central de Venezuela. Tengo la impresión de que, antes de 1992, la Corte Suprema de Justicia prestó más atención a los aspectos materiales de los casos que le presentaban, moderando su formalismo en algún grado.

16 Art. 266 parágrafo 3 de la constitución. Este es claramente un privilegio procedimental esta-

general solicitó el antejuicio ante la sala plena del tribunal supremo, con base en que los oficiales habían cometido el delito de rebelión militar (art. 476 código de justicia militar). La petición del fiscal general no tenía sorpresas políticas, excepto que no incluía al oficial más antiguo, quien además fue el que anunció al país, en las primeras horas del 12 de abril de 2002, que los oficiales habían exigido y recibido la renuncia del presidente. De hecho, el comandante en jefe Lucas Rincón no sólo escapó al juicio sino que luego fue nombrado ministro de defensa.

Aquí es oportuna una breve explicación de los antecedentes del caso. El 9 de abril de 2002 comenzó una huelga general, convocada por la asociación central de trabajadores (CTV) y la asociación de dirigentes empresariales, Fedecámaras. La huelga culminó el 11 de abril, con una enorme manifestación que marchó al palacio de Miraflores, sede del gobierno, pidiendo la renuncia del presidente. El presidente Chávez decidió activar el denominado Plan Ávila, un plan militar para defender la capital y proteger el palacio presidencial con tanques y armamento pesado. Puesto que los jefes del personal militar se negaron a responder a sus órdenes, se armó a civiles del partido del gobierno que dispararon contra la multitud y provocaron alrededor de 20 muertos y 100 heridos. Entre tanto, el presidente impuso un bloqueo virtual[17] a las estaciones de radio y televisión, obligándolas a transmitir información oficial en vez de informes de lo que sucedía en las calles. Las estaciones privadas de televisión optaron por transmitir dividiendo la pantalla, la mitad mostraba la programación oficial y la otra mitad el cubrimiento en vivo de los acontecimientos. La respuesta del gobierno fue tratar de bloquear las transmisiones de televisión, aunque debido a la nueva tecnología informática sólo tuvo un éxito parcial. En ese punto, el alto mando militar anunció públicamente que no obedecería al presidente. El presidente fue voluntariamente al principal cuartel del ejército en Caracas, donde los generales

---

blecido por la constitución de 1961 para proteger a los más altos funcionarios del Estado de que sean interrumpidos en la ejecución de sus deberes mediante acusaciones frecuentes. La constitución de 1999 extendió esta misma protección a los oficiales de alto rango de las fuerzas armadas.

17 En Venezuela, el ejecutivo puede ordenar que las estaciones privadas de radio y televisión abandonen sus transmisiones usuales y retransmitan los programas ordenados por el gobierno. Los presidentes anteriores a Chávez usaban esta facultad para hacer anuncios importantes. En cambio, el presidente Chávez la usa frecuentemente y para diversos propósitos. El 12 de abril de 2001 no se hizo ningún anuncio importante: el objetivo era impedir la transmisión de información acerca de lo que ocurría en las calles.

exigieron su renuncia. Fue tomado prisionero y transportado a la base naval de La Orquilla, una pequeña isla del Caribe. Al amanecer, el general RINCÓN anunció la renuncia del presidente, y poco después PEDRO CARMONA, dirigente empresarial y presidente de Fedecámaras, anunció que asumía provisionalmente la presidencia. Luego disolvió la asamblea nacional y el tribunal supremo de justicia, y nombró un gabinete. Ninguna de estas acciones tenía base en la constitución, que dispone un procedimiento totalmente diferente en el caso de la renuncia del presidente. Grupos de partidarios de CHÁVEZ se lanzaron a las calles de manera violenta, y los almacenes fueron saqueados en las revueltas callejeras. Los comandantes de varios grupos importantes del ejército estaban en desacuerdo con los generales golpistas, quienes a su vez retiraron el apoyo a CARMONA. CHÁVEZ fue restablecido en la presidencia el 13 de abril de 2002. En un dramático discurso televisado pidió perdón a sus enemigos, prometió un cambio de actitud y llamó a la armonía nacional. Poco después reemplazó al más controvertido de sus ministros y nombró al comandante en jefe LUCAS RINCÓN como nuevo ministro de defensa.

Cuando los magistrados iniciaron sus deliberaciones, se hizo claro que la mayoría se negaba a aceptar los argumentos del fiscal general. En un discurso televisado, CHÁVEZ indico que el tribunal debía autorizar el juicio porque los oficiales habían llevado a cabo un golpe y lo habían capturado ilícitamente. Sugirió que el pueblo no aceptaría ninguna otra decisión y podría reaccionar violentamente. La sentencia del 14 de agosto de 2002 es extensa y contiene argumentos complejos. Su principal razonamiento jurídico se puede considerar formalista, puesto que subraya que los altos oficiales del ejército no "se levantaron en armas", sino que se negaron a ordenar la movilización de tropas de acuerdo con las instrucciones del presidente[18]. El tribunal supremo también encontró que, por omisión de la legislatura, no se había especificado ninguna pena por ese delito. Es digno de atención señalar que el fiscal general debería haber escogido el delito de "desobediencia" (como lo estipula el art. 519 del código militar de justicia) en vez de rebelión militar. La decisión es comprensible porque el fiscal general casi con certeza no quería provocar la discusión acerca de cuáles fueron realmente las órdenes de CHÁVEZ. Esto habría llevado a disputas sobre la legitimidad de las

18 El artículo 476 del código de justicia militar establece que la rebelión militar consiste en "[actos] [...] para promover, apoyar o sostener cualquier movimiento armado que perturbe la paz interna de la república; o para impedir u obstruir el ejercicio del gobierno en cualquiera de sus ramas".

órdenes, y en este respecto la posición de los militares podría haber sido más claramente justificable, puesto que la constitución prohíbe el uso de armas de fuego o "sustancias nocivas" para dispersar las protestas pacíficas (art. 68). Los votos de los magistrados disidentes subrayaban que había habido un intento de golpe, que la audiencia previa al juicio era meramente un requisito de procedimiento, y que correspondía a los fiscales y jueces del Estado investigar y determinar el tipo de delito que los oficiales habían cometido realmente. El problema de fondo era si la conducta del presidente y de los militares había sido correcta, aunque no lo decía directamente.

La sentencia reveló un profundo cisma dentro de los magistrados. El voto de la plenaria fue dividido, 11 contra 8, y un magistrado ausente. Sin embargo, la mayoría fue posible porque dos magistrados que habían condenado el golpe en la prensa fueron debidamente excluidos de las deliberaciones por haber expresado su opinión. Sus sustitutos votaron por cada una de las partes. De no haber sido por estas exclusiones, junto a la ausencia de magistrado, la corte se habría dividido 10 contra 10 y su presidente habría tenido que emitir el voto decisivo. La sentencia fue dictada mientras que grupos violentos y enardecidos de partidarios de Chávez rodeaban el edificio del tribunal supremo, que estaba custodiado por un gran contingente del ejército y de la policía. Chávez mantuvo silencio, sin hacer ningún intento de pacificar a sus partidarios. Luego describió la decisión como una "plasta" o basura completa[19]. En los días siguientes, se hicieron disparos contra el edificio del tribunal. Esta serie de hechos demostraron que el presidente no tenía ningún respeto por los magistrados y que no estaba inclinado a respetar su independencia.

Por su parte, la asamblea nacional decidió, el 15 de agosto de 2002, designar una comisión especial para investigar la "crisis de la rama judicial". Un resultado de sus investigaciones fue el de verificar las credenciales del magistrado Franklin Arriechi, quien había cumplido un papel clave en el caso de antejuicio. La comisión encontró que sus calificaciones no habían sido probadas satisfactoriamente y procedió a anular su nombramiento con base en que, debido a que las afirmaciones que hacía en su hoja de vida no estaban fundamentadas, se podía presumir que había engañado a la asamblea constituyente (que lo nombró en diciembre de 1999) y a la asamblea nacional, que ratificó el nombramiento en

19 La expresión concreta es "plasta de mierda", aunque la última parte se suele omitir. Se considera una frase insultante e irrespetuosa en el uso común venezolano.

diciembre de 2000. Con ese argumento, el 3 de diciembre de 2002 la asamblea decidió anular el nombramiento de Arriechi. Esto equivalía en la práctica a una destitución, aunque mediante un procedimiento muy diferente del que establece la constitución. El magistrado Arriechi solicitó un amparo constitucional contra la decisión de la asamblea nacional, pidiendo la suspensión temporal de sus efectos y su eventual anulación[20]. El 10 de diciembre de 2002 la sala constitucional aceptó la solicitud de amparo y acordó las suspensión provisional de los efectos de la decisión de la asamblea. De manera sorprendente, en vista de la importancia del caso y del hecho de que se suele decir que el tribunal supremo está al día en sus labores, no decidió nada sobre el fondo del asunto. El 15 de junio de 2004, en una acción de discutibles fundamentos legales, la asamblea nacional anuló de nuevo el nombramiento de Arriechi. El 11 de junio de 2004, la mayoría pro Chávez de la sala constitucional negó la admisibilidad del amparo y Arriechi fue finalmente destituido.

En resumen, este caso demostró que el presidente Chávez no tenía el control del tribunal supremo y que el tribunal estaba profundamente dividido. El cisma continuó, y el tribunal no pudo designar a su nuevo directorio. Sin embargo, era claro que los partidarios de Chávez estaban preparados para tomar cualquier medida que los liberara de los magistrados problemáticos.

## EL CASO DE LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La corte primera de lo contencioso administrativo es un tribunal de particular importancia en el sistema judicial venezolano. Fue creada por la ley orgánica de la corte suprema de justicia en 1976, para descentralizar y aumentar la eficiencia de la sala político administrativa[21]. La apreciación de su importancia requiere una breve excursión en la historia judicial venezolana.

La constitución de 1961 mantuvo la separación de la jurisdicción ordinaria frente a la jurisdicción administrativa o jurisdicción de derecho público, siguiendo la tradición francesa. Sin embargo, esa constitución no creó un consejo de Estado. En cambio, dio la jurisdicción de las principales controversias administrativas a

---

20 El amparo es un mandato judicial para proteger un derecho fundamental. Es un procedimiento rápido.

21 Las leyes orgánicas son las leyes fundamentales que determinan la administración del gobierno. Las leyes ordinarias son los estatutos aprobados por la legislatura ordinaria.

la sala político administrativa, el cuerpo que heredó el manto de la corte federal o sala federal de los ordenamientos anteriores. El incremento del tamaño y de las funciones del Estado que ocurrió en las décadas de 1960 y 1970 llevó a un fuerte aumento del número de casos que llegaban a la sala político administrativa. La ley orgánica que reguló a la corte suprema de justicia en 1976 reguló también la jurisdicción contencioso administrativa, y creó este tribunal para aliviar a la sala político administrativa de la sobrecarga de casos existente. La ley de 1976 dio mayor competencia a los tribunales civiles sobre las acusaciones de ilegalidad relacionadas con los actos administrativos realizados por las autoridades municipales y federales, así como sobre las demandas relacionadas con acusaciones relativamente menores contra la república, las instituciones autónomas o las empresas del Estado (art. 181). La corte primera de lo contencioso administrativo fue creada como nivel de segunda instancia para conocer de las apelaciones de las decisiones de esos tribunales. Sus decisiones eran definitivas, es decir, no se podían apelar ante la corte suprema de justicia. En otros asuntos, la corte primera de lo contencioso administrativo actuaba como tribunal de primera instancia cuyas decisiones se podían apelar ante la sala político administrativa (art. 185).

La ley que creó la corte suprema de justicia puso la corte primera de lo contencioso administrativo a cargo de cinco magistrados (de modo similar a las salas de la corte suprema), y exigía calificaciones especiales a sus miembros[22]. No se siguió el procedimiento normal según el cual el consejo de la judicatura nombraba a los magistrados, pues éstos fueron escogidos directamente por la sala político administrativa de la corte suprema. En la práctica, los magistrados de la corte primera eran muy calificados, y la corte disfrutaba de gran prestigio en los círculos académicos. Es una entidad relativamente grande; cada magistrado es asesorado por siete abogados que ayudan en el análisis de casos y la preparación de decisiones.

En 2000, los magistrados de la corte primera de lo contencioso administrativo fueron nombrados por la sala político administrativa del nuevo tribunal supremo de justicia. Meses después, como consecuencia de la renovación del tribunal supremo, la corte primera también fue modificada. En esta ocasión, los magistrados fueron nombrados por la sala plena del tribunal supremo. Era bastante evidente

---

22 Los requisitos que estableció fueron una especialización en derecho público, demostrada por haber sido profesor o haber practicado como abogado en el campo durante más de diez años. Estos eran más exigentes que los que estableció la constitución para los magistrados prospectivos de la corte suprema.

que quienes fueron nombrados como magistrados de la corte primera eran también personas de tendencias izquierdistas o con vínculos con los grupos de izquierda. La corte primera siempre atendió casos de gran importancia política y económica, pues era responsable de supervisar la legalidad de los actos administrativos. Por ejemplo, durante los años noventa, las intervenciones del gobierno en el sector bancario dieron lugar a varios disputas que se presentaron ante la corte primera. En una época de transformación radical y de conflicto político, la corte primera naturalmente tenía que presidir casos de gran importancia. Por ejemplo, cuando la tesorería nacional no trasladó fondos a los gobernadores de los estados, estos recurrieron a la corte primera en un intento de resolver lo que era, en efecto, un conflicto entre el presidente de la república y los gobernadores de los estados de tendencia opositora[23]. Sea como fuere, el caso también demostró que la corte primera no sólo interviene para anular los actos administrativos sino también para rectificar las omisiones administrativas.

En suma, este tribunal tiene un vasto campo de competencias y puede ser decisivo en ciertos momentos. Un caso particularmente importante, que la corte primera decidió por votación mayoritaria, fue el llamado Plan Barrio Adentro. De acuerdo con los términos de este plan, más de 1.000 médicos cubanos fueron invitados a practicar en los barrios, los distritos más pobres de las ciudades venezolanas. Fue una iniciativa controvertida pues la oposición consideraba que los médicos eran activistas políticos dedicados a implantar un régimen de tipo cubano[24]. El punto legal en discusión era la validez de un acuerdo realizado entre la principal asociación médica profesional, el Colegio Metropolitano de Médicos, y la alcaldía de Caracas, dos organismos controlados por el gobierno. El acuerdo contenía normas divergentes para el nombramiento de médicos venezolanos y de médicos extranjeros (sin hacer referencia expresa a los cubanos). Mientras que

---

23 El tesorero nacional es un servidor civil con el rango del director del departamento del tesoro. Varios gobernadores de los estados (que son representantes elegidos) son de la oposición. Era (o es) política del gobierno no entregar o demorar los fondos a los que tienen derecho constitucionalmente. La persona que parece haber incumplido estas responsabilidades es el tesorero nacional, por ello el recurso se debe presentar a la corte primera.

24 No existen cifras exactas disponibles del número de médicos cubanos y de otro personal cubano invitado a Venezuela. También hay entrenadores deportivos, técnicos agrícolas y personal de seguridad. Una sección del numeroso personal de guardia de Chávez está formada por cubanos. Varios periodistas han alegado que muchos cubanos entran al país con pasaportes venezolanos.

los médicos venezolanos tenían que seguir los procedimientos normales, incluida la competencia abierta basada en sus calificaciones, a los médicos extranjeros sólo se les exigía un permiso o dispensa del Colegio Metropolitano para ejercer la profesión. El acuerdo pasaba por alto la regulación existente de la profesión médica, en forma de una ley que requiere que los títulos de todos los médicos que se hayan graduado fuera de Venezuela sean validadas por una universidad venezolana. La primera decisión de la corte primera fue aceptar la petición de anulación y emitir un amparo preventivo, estableciendo que todos los médicos tenían que obedecer las regulaciones existentes acerca de las calificaciones para ejercer la profesión. El 26 de agosto de 2003, el presidente la república y otros funcionarios llamaron a ignorar las medidas preventivas de la corte, y el presidente denunció a los magistrados con un lenguaje ofensivo[25]. Ese mismo día, la sala constitucional del tribunal supremo tomó el caso y suspendió las medidas. El caso no fue resuelto finalmente.

La corte primera tomó varias otras decisiones que indignaron al gobierno. Por ejemplo, ordenó la reincorporación al servicio activo del general Vázquez Velasco, uno de los líderes del intento de golpe del 11 de abril de 2002. El tribunal supremo no había autorizado su juicio, pero administrativamente se le aplicó la sanción de degradación[26].

Otro caso importante fue el de Unapetrol. Al final de una huelga que duró desde diciembre de 2002 hasta enero de 2004, los directores de la compañía de petróleos del Estado, PDVSA, despidieron a 18.000 trabajadores que habían participado en la huelga. Entre ellos se incluía a la mayoría de los administradores de nivel medio y alto de la industria petrolera. Algunos de esos trabajadores, entre ellos los dirigentes de la huelga, habían solicitado la formación de un sindicato y por ello estaban protegidos contra la destitución. Pidieron entonces un amparo, buscando anular la decisión de un inspector de trabajo que había declarado que podían ser destituidos.

La situación era extremadamente tensa en la corte primera. Los casos en que el gobierno tenía interés directo solían ser decididos por una mayoría de 3 a 2 votos, y los magistrados del grupo minoritario por lo general se abstenían de votar o registraban una opinión disidente. Hubo confrontaciones entre los magistrados de ambas facciones. En una ocasión, uno de los magistrados de la

---

25 *El Universal*, 26 de agosto de 2003.

26 Ibíd., 22 de enero de 2003.

facción minoritaria se quejó a uno de la mayoría por la facilidad con que ciertos abogados litigantes, a pesar de que no tenían ningún cargo oficial en la corte, podían entrar y salir de la oficina particular del magistrado y tener acceso a los expedientes de los casos en proceso[27].

El 18 de septiembre de 2003, el chofer del magistrado PERKINS ROCHA fue interceptado por la Dirección de Servicios de Inteligencia Policial (DISIP) o policía política, mientras entregaba unos documentos de un caso a un abogado que era asesor externo de la corte primera. El chofer fue acusado del delito de ocultamiento y retención de un documento público (art. 78 Estatuto Anticorrupción), y fue detenido sin fianza. El presidente CHÁVEZ inmediatamente hizo comentarios a la prensa sobre el incidente, insistiendo en que se había descubierto una red de corrupción en la corte primera. En los días siguientes, la DISIP y un fiscal del ministerio público visitaron la sede de la corte primera, acompañados por una gran exhibición de armas, y ocuparon las oficinas durante seis horas. Aparentemente estaban buscando documentos relacionados con el caso por el que se había detenido al chofer. El 23 de octubre de 2003 la sala penal del tribunal supremo encontró que la detención del chofer era completamente injustificada, puesto que se le habían dado instrucciones escritas para que transfiriera los documentos, y porque dichas transferencias eran una práctica de rutina.

Una semana después, el 30 de octubre de 2003, la Comisión para el Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial decidió destituir a cuatro magistrados de la corte primera, y ordenó la activación de la jubilación previamente acordada del quinto, EVELYN MARRERO[28]. Las destituciones fueron motivadas por una decisión que la corte primera había adoptado en un caso relacionado con el registro de un documento, una decisión que la sala contencioso administrativa consideró como un grave error jurídico. El asunto parecía no tener relación directa con la detención del chofer ni con los hechos que estaban investigando el fiscal y la DISIP. No obstante, el tribunal supremo no cuestionó la competencia de la comisión ni juzgó conveniente revisar la decisión de la comisión en un caso tan importante. El tribunal supremo tampoco protestó por la requisa de las instalaciones de la corte primera. Todas esas acciones parecían perjudicar gravemente

---

27 Entrevista del autor con la magistrada EVELYN MARRERO, 4 de febrero de 2004.

28 La Comisión para el Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial es un remanente de la Comisión de Emergencia Judicial nombrada por la asamblea constituyente en 1999. Originalmente tenía siete miembros, después se redujo a tres.

la independencia judicial, y el tribunal supremo, quizá debido a sus divisiones políticas internas, demostró ser incapaz de actuar en su defensa. Los decanos de las escuelas de derecho y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo exhortaron públicamente al tribunal supremo para que defendiera la integridad de los jueces contencioso administrativos, sin ningún resultado.

Las medidas adoptadas contra los magistrados se extendieron más allá de la ocupación de la corte primera por el personal de la DISIP[29]. Los magistrados sustitutos designados no fueron convocados y la corte simplemente dejó de funcionar. Los abogados que tenían casos pendientes o que pensaban presentar demandas a la corte se quedaron sin recurso. Después de varias semanas, el tribunal supremo redistribuyó los asuntos a otros tribunales y luego, el 10 de diciembre de 2003, creó la corte segunda de lo contencioso administrativo. En junio de 2004 ninguna de las dos cortes había empezado a funcionar.

El resultado final de estos hechos suscita más preguntas que respuestas. Al final, nunca se dijo al público cuáles eran los actos de corrupción que investigaban el ministerio público y la DISIP, ni por qué esas investigaciones finalmente resultaron infructuosas. Por otra parte, si el objetivo era destituir a los magistrados, una plenaria del tribunal supremo podía haber nombrado a los magistrados sin necesidad de un procedimiento tan traumático. Las divisiones internas del tribunal supremo probablemente le cerraron esa vía y a la vez le impidieron actuar para anular las destituciones una vez se efectuaran. Es inexplicable que los magistrados sustitutos no fueran llamados al orden para mantener el funcionamiento de la corte primera. En todo caso, el tribunal supremo dejó de defender la independencia judicial como se hubiera podido esperar.

## EL CASO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La constitución de 1999 creó el tribunal supremo de justicia como cabeza de la rama judicial. Éste reemplazó a la corte suprema de justicia en sus funciones, pero no significó un mero cambio de nombre. El tribunal supremo mantuvo los poderes de la antigua corte, pero adquirió atributos adicionales que no tenía la anterior. Analizar esas diferencias está fuera del argumento principal de este capítulo, pero se menciona el tema para explicar por qué estaba completamente justificado que

---

29 El 4 de febrero de 2004 pude confirmar personalmente que la corte primera de lo contencioso administrativo seguía inactiva y estaba cerrada al público. El acceso era muy restringido y el personal de la DISIP pedía identificación a quienes estaban autorizados para entrar.

la asamblea nacional preparara y aprobara la ley orgánica que regulara al tribunal supremo de justicia, como se establece en la constitución (art. 262).

En 2003, varios diputados del MVR, el principal partido de gobierno, presentaron una propuesta legislativa que fue rápidamente aprobada después de la primera lectura. La propuesta buscaba incrementar el número de magistrados del tribunal supremo de 20 a 32 y permitir que fueran nombrados por mayoría simple. Esto haría posible que los partidarios de CHÁVEZ nombraran a los magistrados y aseguraran el control del tribunal. La oposición, consciente de lo que estaba en juego, empleó todas las tácticas dilatorias a su disposición. El 12 de agosto de 2003, un grupo de diputados de la oposición pidió a la sala constitucional que definiera el procedimiento para la aprobación de esta ley orgánica. La constitución establece que todas las propuestas legislativas de leyes orgánicas, "con la excepción de aquellas que se estipulan en esta constitución", deberán ser admitidas por la asamblea nacional con un voto de dos terceras partes de sus miembros (art. 203). También dice que "este [voto mayoritario calificado] también se aplicará a la modificación de las leyes orgánicas". Basados en el hecho de que la propuesta legislativa de la ley orgánica del tribunal supremo de justicia modifica la ley orgánica de la corte suprema de justicia, los demandantes propusieron que se declarara que se requería una votación de las dos terceras partes de la asamblea nacional para iniciar la discusión del proyecto legislativo respectivo. El 28 de enero de 2004, en una votación dividida de 3 a 2, la sala constitucional falló contra la propuesta de los diputados de la oposición. Es difícil entender la lógica de la opinión mayoritaria, y el fallo mismo muestra graves inconsistencias. Es una decisión que suprime prácticamente la distinción entre leyes ordinarias y orgánicas, sin decirlo expresamente así. Va totalmente en contra de la manera decisiva como la sala constitucional ha enfrentado otros problemas de interpretación y sugiere que, en vez de obedecer a una lógica jurídica interna, el resultado fue dictado por la necesidad de adoptar una decisión favorable para el gobierno. La consecuencia política es que deja la modificación de la ley del tribunal supremo en manos de cualquier mayoría de la asamblea nacional, por pequeña que sea. La asamblea puede pues, por mayoría simple, aumentar o reducir el número de magistrados, alterar la edad de jubilación y hacer otros cambios que faciliten el control político del tribunal supremo.

En abril de 2004, la asamblea nacional reinició la discusión de la ley orgánica, y la oposición adoptó la estrategia de dilatar el debate tanto como fuese posible. Para contrarrestar el obstruccionismo de la oposición, los diputados del gobierno consolidaron varios artículos en uno solo y optaron por sacar ventaja

de todo recurso procedimental posible. Después de que la ley fue aprobada en la asamblea, el comité encargado de supervisar los aspectos de estilo optó por hacer modificaciones importantes al tiempo que se negaba a un nuevo debate. La nueva ley orgánica del tribunal supremo de justicia se publicó el 20 de mayo de 2004. El número de magistrados aumentó a 32 (art. 2.º), y en adelante los magistrados serían elegidos por una mayoría simple de la asamblea nacional (art. 8.º). La nueva ley contempla un procedimiento de destitución que permite suspender a los magistrados que han sido acusados por el consejo moral republicano mientras la asamblea nacional falla sobre su destitución. Puesto que el consejo mencionado está en manos del gobierno, la nueva ley no sólo permite el control político en el nombramiento de nuevos magistrados, también facilita las purgas que se consideren necesarias. Los partidarios del gobierno tuvieron tanta prisa para aprobar la ley que derogaron las normas del procedimiento contencioso administrativo sin formular unas nuevas. Los diputados de la oposición anunciaron que pedirían la anulación de la ley por razones de inconstitucionalidad, y que impulsarían un referendo para derogarla. Varios decanos y profesores de las escuelas de derecho, así como abogados individuales, entablaron acciones contra la ley por razones de inconstitucionalidad. Sin embargo, han resultado ser gestos fútiles dado que la sala constitucional está en manos de los partidarios del gobierno.

En resumen, aunque el tribunal supremo ha emitido algunas decisiones que no han sido del gusto del presidente Chávez, ha fallado claramente para imponer límites al poder desmesurado del presidente y en defensa de su propia independencia judicial y la de los demás jueces. En junio de 2004, el consejo moral republicano (controlado por los partidarios de Chávez) declaró que los magistrados de la sala electoral Martini Urdaneta, Hernández y Gravina (este último magistrado suplente) habían cometido un grave error en la decisión de un caso que enfrentó a la sala electoral contra el gobierno. El 8 de julio, la sala plena del tribunal supremo ordenó el retiro de los magistrados Martini Urdaneta, Hernández y Rafael Pérez Perdomo (este último de la sala penal), una acción que dejó al tribunal supremo bajo el control del gobierno.

## El consejo nacional electoral y el tema del referendo para revocar el mandato presidencial

Venezuela ha estado sometida a enormes tensiones políticas desde 2002. Han ocurrido acontecimientos dramáticos y, en un esfuerzo para evitar la violencia y el colapso, la oea, un grupo de países amigos que se ha esforzado por influir en

el gobierno y en la oposición, y el Centro Carter han intentado conjuntamente promover las negociaciones entre los diferentes actores políticos. En mayo de 2003, el gobierno y la oposición acordaron buscar una solución constitucional, pacífica y democrática en la forma de un referendo que pudiera revocar el mandato del presidente. Esto está contemplado en el artículo 72 de la constitución. Los partidarios del presidente hicieron todo lo posible para demorar este resultado, pues la popularidad del presidente estaba muy baja.

En una decisión del 22 de enero de 2003, la sala electoral del tribunal supremo declaró que el consejo nacional electoral designado por la asamblea nacional constituyente ya no tenía la competencia para organizar ninguna actividad electoral. Esta decisión fue controvertida por su contenido y por la manera como uno de los magistrados manipuló la composición de la sala. En este caso, el vicepresidente de la sala aceptó la inhibición del presidente y del tercer magistrado. Luego convocó a una reunión de los magistrados suplentes, a quienes había reclutado sin tener en cuenta el orden de selección establecido. La decisión de esta sala *ad hoc* dejó al país sin un consejo nacional electoral en funcionamiento, obligando a la asamblea nacional a nombrar nuevos miembros para el consejo (Brewer Carías, 2004, 31). Sin embargo este proceso de nombramiento fue bloqueado por los partidiarios del gobierno. La constitución exige que los cinco miembros del consejo nacional electoral sean personas no vinculadas a organizaciones con objetivos políticos (art. 296). Tres deben ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil, uno por el poder ciudadano[30] y uno por las facultades de derecho de las universidades nacionales. Deben ser elegidos por una mayoría de dos tercios en la asamblea nacional. Ni el gobierno ni la oposición tenían esa mayoría y no hubo disposición a negociar.

Cuando el plazo estipulado expiró sin que se hubiera efectuado el nombramiento del consejo nacional electoral, varias personas recurrieron a la sala constitucional, pidiendo que nombrara al consejo. La constitución estipula que si una disposición constitucional no se cumple debido a la omisión de las legislaturas nacional, municipal o federal, la sala constitucional puede declarar que la omisión es inconstitucional y fijar un límite de tiempo para que sea rectificada. Si la omisión no es corregida, la sala constitucional está autorizada para tomar

30 El poder ciudadano es un poder del Estado que encarna la idea de un "poder moral" que actúa en defensa de interés público. Está integrado por el defensor del pueblo, el fiscal general de la república y el contralor general de la república.

las medidas necesarias (parág. 7 art. 336). El 4 de agosto de 2003, la sala declaró una omisión de parte de la asamblea nacional y, después de expirar el período de diez días estipulado, nombró a los miembros del consejo nacional electoral (Brewer Carías, 2004, 37). Los partidarios del gobierno manifestaron que la sala constitucional se había extralimitado, aunque sus protestas también fueron interpretadas bajo otra luz: la decisión habría cimentado efectivamente el camino para el referendo. Los nombramientos no correspondían exactamente al espíritu de la constitución. Cuatro de los miembros elegidos se identificaban claramente con el gobierno o la oposición (en una proporción de 2 a 2), mientras que el quinto era un desconocido. Cuando este quinto miembro –que fue nombrado presidente del consejo nacional electoral– empezó a actuar, mostró un claro compromiso con la línea del gobierno (Kornblith, 2003).

El consejo nacional electoral inició su mandato declarando inválidas las firmas que se habían recogido para un referendo para revocar el mandato del presidente. La oposición recogió las firmas en febrero de 2003, en un acto conocido como el "firmazo". El consejo estableció reglamentaciones muy estrictas: para la petición de un referendo para revocar el mandato presidencial, las firmas se debían recoger en días determinados, en hojas con marcas de seguridad especiales, en un acto del que pudieran ser testigos los partidos interesados. El gobierno y la oposición subsiguientemente recogieron las firmas, con una semana de diferencia, entre noviembre y diciembre de 2003[31]. Estos fueron acontecimientos públicos importantes, transmitidos por muchos canales de televisión, supervisados por el ejército y por observadores internacionales. La convocatoria patrocinada por el gobierno atrajo pocos participantes, mientras que la de la oposición produjo grandes filas. El 20 de diciembre de 2003, la oposición y el gobierno anunciaron el número de

---

31 Esta reglamentación se puede interpretar como un gran obstáculo o limitación a la participación política de los ciudadanos. En este sentido, las acciones del consejo nacional electoral no corresponden a la definición de democracia participativa establecida por la constitución, ni a su función de facilitar la participación electoral. La oposición no protestó; en cambio, convirtió la exigencia de repetir la recolección de firmas en un gran acto público de protesta y reafirmación de la fe en la democracia (el llamado reafirmazo). Es probable que haya habido dos razones prácticas para haberla aceptado: el carácter público del acto y los mecanismos de control que se pusieron en práctica dejaban sin piso la acusación de fraude que se esperaba del gobierno; y que Chávez hizo, en efecto, tan pronto terminó la recolección de firmas. Es particularmente llamativo que el gobierno, que controla al cuerpo electoral, hiciera las acusaciones de fraude. Los observadores internacionales declararon que no habían sido testigos de ningún comportamiento fraudulento.

firmas que habían recogido. La oposición reivindicó 3.450.000 firmas, un millón más de los que se requerían para convocar el referendo.

El 2 de marzo de 2004, los tres miembros del consejo electoral identificados con el gobierno publicaron los resultados provisionales del conteo oficial. Reconocieron 1.800.000 firmas válidas, declararon inválidas alrededor de 400.000 y consideraron que era necesario confirmar 900.000 (una cifra que luego aumentó a cerca de 1.200.000). Esto exigía que se pidiera a las personas que firmaron pero que no escribieron adicionalmente su nombre de su puño y letra que confirmaran si habían firmado efectivamente o no. Los dos miembros identificados con la oposición alegaron que no había ningún fundamento válido para exigir la confirmación de las firmas, y que había suficientes firmas para convocar a un referendo.

En los días siguientes, los partidarios del gobierno y de la oposición recurrieron a la sala electoral. Los partidarios de la oposición querían que se aceptara la causa de los demandantes y se convocara al referendo. Los partidarios del gobierno presionaron para que se descalificara a los magistrados que supuestamente simpatizaban con la oposición, sin ningún resultado. El 15 de marzo 2004, la sala electoral decidió que la exigencia de verificar las firmas sólo se aplicaba a aquellas personas cuyas firmas se habían obtenido con subterfugios. También ordenó la revisión de 39.000 firmas que habían quedado inválidas por errores atribuibles a la administración electoral. Esta decisión hacía más que probable que el referendo siguiera adelante, y garantizaba efectivamente la solución electoral y constitucional a la que se habían comprometido el gobierno y la oposición. Cada decisión de la sala electoral tropezaba con una decisión contraria de la sala constitucional, y así surgió lo que se llamó "la guerra de las salas", que reveló los profundos compromisos políticos de los magistrados del tribunal supremo. Cada sala tenía una "línea" mayoritaria junto con una minoría que emitía votos disidentes (Brewer Carías 2004).

En Venezuela, el consejo nacional electoral es el árbitro electoral por excelencia. La constitución lo define como una de las cinco ramas del Estado. La sala electoral fue concebida como mecanismo para supervisar la legalidad de las decisiones que adoptara ese consejo. Al nombrar a los miembros del consejo nacional electoral por una mayoría gubernamental y luego impedir que la sala electoral ejerciera la supervisión jurisdiccional de las acciones del consejo, la sala constitucional puso totalmente en manos de los partidarios del gobierno el control de todos los asuntos electorales y relacionados con el referendo. Como ya se señaló, con base en las decisiones de la sala electoral, el consejo moral republicano declaró que los magistrados de la sala electoral que habían dado fallos favorables

a la oposición habían cometido graves errores justificando la iniciación de los procedimientos de destitución[32].

Sea como fuere, la mayoría pro-gobierno-consejo nacional electoral resultó triunfante. Pudo mantener la exclusión de las firmas inválidas y someter a confirmación a más de un millón. A pesar de la atmósfera de coerción prevaleciente, los opositores lograron recoger suficientes firmas para convocar el referendo. La presencia de observadores internacionales, junto con la intervención del ex presidente de Estados Unidos Jimmy Carter y del secretario de la OEA César Gaviria, fueron decisivas para que se reconocieron los resultados (Carter, 2004). El referendo se realizó eventualmente el 15 de agosto de 2004 y la oposición fue derrotada.

## CONCLUSIONES: CULTURA JUDICIAL Y JUDICIALIZACIÓN

La revisión de la historia del período 1992-2004 muestra que los magistrados de la corte suprema permitieron que los cambios políticos siguieran un curso constitucional a finales de los años noventa; mientras que en la década siguiente, los magistrados del tribunal supremo tendieron a bloquear a la oposición política. Esto es particularmente cierto en el caso de la sala constitucional y de su comportamiento con respecto al referendo para revocar el mandato presidencial[33]. La parcialidad que evidenciaron los magistrados suscita una pregunta importante: si conocían la inclinación de los jueces, ¿por qué los abogados intentaron, no obstante, usar el recurso judicial? Parece que a pesar de las acciones del gobierno –o quizá a causa de ellas– los abogados y los ciudadanos están dispuestos a presentar casos controversiales ante los tribunales y, especialmente, ante el tribunal supremo. ¿Qué motivaba a los abogados para emprender acciones en los tribunales aunque hubiera pocas perspectivas de éxito? Cuando fueron entrevistados, varios abogados que representaban a figuras de la oposición, o que habían presentado acciones que favorecían a los intereses de la oposición, expresaron la esperanza de poder persuadir a los jueces individuales de la corte suprema. En otros casos, pueden haber estado en juego intereses menos desinteresados. Las peticiones para anular leyes, o los procedimientos penales contra el presidente de la república

---

32 *El Nacional*, 19 de junio de 2004, A1, A2 y A14.

33 Para un análisis más detallado, cfr. Brewer-Carías (2004).

o altos funcionarios del régimen dan mucha publicidad[34] y pueden llevar a que los abogados ganen cierto estatus dentro de la oposición. Cualesquiera que sean los motivos, el hecho es que los abogados, así como los ciudadanos en general, usaron el sistema judicial como instrumento de oposición política en Venezuela. La actitud de los ciudadanos y los abogados hacia el sistema judicial y su utilización denotan cambios en la cultura legal. La historia reciente de Venezuela junto con los acontecimientos externos han modificado los patrones de apelación a los abogados, al derecho y a los tribunales. Esta es quizá la auténtica revolución que ha ocurrido. Quizá una vez se superen las dificultades actuales, esta tendencia pueda llevar a la consolidación de Estado de derecho, una aspiración de larga data en una nación dividida.

## REFERENCIAS

Blanco, Carlos (2002). *Revolución y desilusión: La Venezuela de Hugo Chávez*, Madrid, Catarata.

Brewer-Carías, Allan R. (2004). *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho*, Caracas, Los Libros de El Nacional.

Brito González, José (1978). "Consideraciones acerca de la idea y concreción del Consejo de la Judicatura en el marco del Estado contemporáneo", *Politeia*, vol. 7, 215-233.

Carter, Jimmy (2004) "President Carter's Trip Report on Venezuela, May 29-June 1, 2004", [http://www.cartercenter.org/viewdoc.asp? docID = 1700&submenu = news].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela* (24 de octubre), [http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003sp/indice.htm].

34 Se han presentado varias demandas contra Chávez y otros oficiales de alto rango por corrupción y crímenes contra la humanidad. Algunas de esas demandas se presentaron en los tribunales españoles (audiencia nacional española) y en la Corte Criminal Internacional. Naturalmente, esos casos generaron una publicidad instantánea. En su mayor parte, el público y los periodistas no pueden formarse una impresión de cuán fundamentadas son las demandas, pero el abogado involucrado atrae gran atención de los medios de comunicación.

Kornblith, Miriam (2003). "Elecciones y representación en tiempos turbulentos", en Patricia Márquez y Ramón Piñango (eds.). *En esta Venezuela: Realidades y nuevos caminos*, Caracas, Ediciones iesa.

Márquez, Patricia y Ramón Piñango (eds.) (2003). *En esta Venezuela. Realidades y nuevos caminos*, Caracas, Ediciones iesa.

Molina, René (2002). *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial ¿Hacia un gobierno judicial?*, Caracas, Ediciones Paredes.

Pérez Perdomo, Rogelio (2003a). "La dimensión constitucional de la crisis política", Márquez y Piñango, *En esta Venezuela*, Caracas, Ediciones iesa.

Pérez Perdomo, Rogelio (2003b). "Venezuela 1958-1999: The Legal System in an Impaired Democracy", en Lawrence Friedman y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe* (Stanford: Stanford University Press), 414-478.

Pérez Perdomo, Rogelio (2004). "Reforma judicial, régimen de derecho y revolución en Venezuela", en Luis Pásara (ed.). *En búsqueda de una justicia distinta: Experiencias de reforma en América Latina*, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 335-734.

Quintero, Mariolga (1988). *Justicia y realidad*, Caracas, Universidad Central de Venezuela.

CATALINA SMULOVITZ

# *Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina*

Las cortes y el derecho están adquiriendo un papel político cada vez más importante. Las cortes están redefiniendo políticas públicas decididas por las autoridades representativas, y los ciudadanos están usando la ley y discursos de derechos como instrumentos políticos para abordar demandas privadas y sociales, y para regular las interacciones sociales cotidianas que antes se gobernaban por la cooperación, la confianza o el parentesco. Este uso creciente de los procedimientos legales y de los discursos de derechos está ocurriendo de diversas formas y en diferentes regiones y ha dado lugar a una creciente literatura sobre la judicialización de la política[1]. Los analistas coinciden en que el proceso involucra la expansión de los dominios y roles de las cortes, los jueces y los litigantes. Mientras que algunos estudios destacan el impacto político no democrático que las cortes como agencias políticas, y los jueces como actores políticos, tienen sobre las decisiones soberanas, otros se centran en las implicaciones democráticas del creciente uso de la ley como instrumento de petición por parte de los ciudadanos; y aún otros subrayan las consecuencias deletéreas que la judicialización de las relaciones interpersonales y cotidianas tiene sobre la vida social (Glendon, 1991). Estos resultados no son mutuamente excluyentes. En realidad, pueden ocurrir simultáneamente y llevar a evaluaciones confusas y ambiguas de las consecuencias del proceso de judicialización.

¿Qué tipos de judicialización están ocurriendo en Argentina? ¿Y cuáles son sus consecuencias políticas y sociales? En este capítulo analizo la manera como se están desarrollando en Argentina dos formas particulares de judicialización –la judicialización como instrumento de petición y la judicialización como discurso de los derechos– así como las consecuencias políticas de su aparición.

## La judicialización como movilización legal: demandas sociales y protesta legal

La judicialización puede tomar diferentes formas. Puede involucrar la creciente participación de cuerpos capaces de controlar la constitucionalidad de las decisiones políticas (cfr. también el cuadro A del apéndice)[2], puede implicar el uso

---

1 Cfr. McCann (1994), Tate y Vallinder (1995), Garapon (1997), Guarnieri y Pederzoli (1999), Shapiro y Stone (2002).

2 Aunque este artículo no analiza la judicialización entendida como control de la constitucionalidad, conviene hacer un comentario acerca de su extensión en el caso argentino. Esta

de un discurso de derechos para establecer nuevos derechos o involucrar el uso creciente de los procedimientos judiciales ordinarios para resolver los conflictos entre derechos establecidos y prácticas que violan esos derechos. En esta sección analizo esta última forma de judicialización.

El incremento de los litigios ordinarios puede indicar la institucionalización de las relaciones sociales. Si ese es el caso, el incremento de las tasas de litigios no sólo implica que los actores deciden utilizar los procedimientos institucionalizados para arreglar sus desacuerdos, sino que también esperan que el sistema judicial "resuelva" eficientemente (imparcial y prontamente) sus disputas. Durante los últimos años, en Argentina se ha registrado un incremento del número de procesos entablados en los diferentes niveles del sistema judicial (cfr. el cuadro 1 y la gráfica correspondiente). Sin embargo, también se debe señalar que ese incremento ha ocurrido en un contexto caracterizado por el descenso continuo del prestigio y la confianza en la eficiencia e imparcialidad de sistema judicial (cfr. el cuadro B del apéndice). En un contexto donde la utilidad de hacer demandas legales es incierta y donde la imparcialidad del sistema judicial está en duda, debemos preguntarnos cuáles son las razones para que los ciudadanos usen este instrumento. Si el litigio no lleva a resultados prácticos o compensatorios, se deben considerar otras razones para explicar el fenómeno.

¿Por qué se han incrementado las demandas judiciales y las quejas individuales a pesar del descrédito del sistema judicial? La literatura sobre la movilización legal ofrece una respuesta a esta paradoja aparente. Muestra que los litigios pueden incrementarse, aunque no haya garantías de los resultados de las demandas judiciales, porque la estrategia legal también puede frustrarse, la disputa legal también puede usarse para lograr legitimidad simbólica, reconocimiento institucional de las demandas y presión política y social para las peticiones (McCann, 1991). Si este es el caso, un

---

forma de judicialización es el resultado de la creciente actividad de los cuerpos judiciales que efectúan el control judicial de la constitucionalidad de la legislación. Los cuerpos judiciales que efectúan ese control constitucional pueden ser las cortes constitucionales o –como en el caso de Argentina, donde hay un control difuso de la constitucionalidad– las cortes supremas. Guillermo Mollinelli y Jorge Bercholc evaluaron la evolución del control judicial de la constitucionalidad en Argentina. Sus datos muestran que entre 1935 y 1995 el ejercicio del control constitucional fue significativo y que su frecuencia, aunque mayor que en países como Estados Unidos, disminuyó en los últimos años. La comparación de los dos periodos que analizan (1935-1983 contra 1984-1995) indica que el promedio anual de controles de constitucionalidad y el promedio anual de normas declaradas inconstitucionales se redujo en los últimos diez años del siglo. Así, aunque en Argentina esta forma de judicialización sigue siendo elevada, sus datos muestran que el país no sigue la tendencia ascendente que Tate y Vallinder describen para otra regiones. Cfr. Mollinelli (1999) y Bercholc (2000).

incremento de las tasas de litigios puede estar indicando un proceso de movilización legal antes que necesariamente confianza en la capacidad de sistema judicial para resolver las disputas. De acuerdo con Frances Zemans, "la ley [...] moviliza cuando un deseo o necesidad se traduce en una demanda como afirmación de derechos personales" (Zemans, 1983, 700). Cuando la judicialización aparece como movilización legal, la "majestuosidad de la ley" se usa para llamar la atención sobre las demandas privadas o sociales. Aunque los demandantes saben que las victorias parciales no están garantizadas, también saben que no están excluidas. La movilización legal es un instrumento valioso para los individuos y movimientos sociales porque cuando se inician las disputas legales, el sistema legal se ve obligado a dar algún tipo de respuesta[3]. En el proceso, los pleitos legales se convierten en un mecanismo que puede convertir la movilización legal de los ciudadanos en una actividad con potencial para hacer cumplir la ley. Por otra parte, aun cuando no se produzcan resultados prácticos, los efectos políticos y simbólicos de la movilización legal no se pueden evitar. Por estas razones, algunos consideran que la movilización legal es la forma paradigmática de participación política en la democracia: da voz a los actores, les permite ampliar la visibilidad y el alcance de sus conflictos y –a veces– modificar la orientación de ciertas políticas (McCann, 1991; Zemans, 1983).

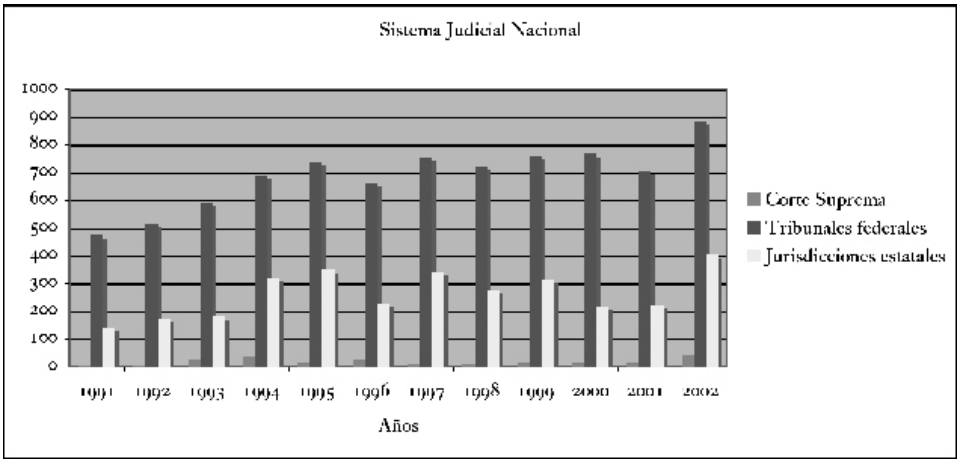
Cuadro 1
Expedientes ingresados en el poder judicial, corte suprema, tribunales federales de capital y provinciales (1991-2002). número de casos

| Año | Total sistema judicial nacional | Corte Suprema | Tribunales federales | Jurisdicciones provinciales |
|---|---|---|---|---|
| 1991 | 621.383 | 5.332 | 473.710 | 142.341 |
| 1992 | 694.911 | 6.546 | 516.101 | 172.264 |
| 1993 | 796.749 | 24.507 | 589.968 | 182.274 |
| 1994 | 1.046.813 | 36.657 | 690.884 | 319.272 |
| 1995 | 1.102.671 | 16.880 | 736.502 | 349.289 |
| 1996 | 912.913 | 23.519 | 660.690 | 228.704 |
| 1997 | 1.101.546 | 9.639 | 753.023 | 338.884 |
| 1998 | 1.002.134 | 7.888 | 719.451 | 274.795 |
| 1999 | 1.087.298 | 13.595 | 760.398 | 313.305 |
| 2000 | 1.000.296 | 17.290 | 766.084 | 216.922 |
| 2001 | 944.637 | 14.262 | 705.871 | 224.504 |
| 2002 | 1.330.287 | 41.860 | 884.922 | 403.505 |

Fuente: Poder Judicial de la Nación, Corte Suprema de Justicia, Estadísticas 2000, 2001 y 2002.

3 Bien sea positiva, negativa o que ignore explícitamente estos asuntos, las autoridades del Estado deben dar una respuesta oficial en el juicio.

GRÁFICO 1




El uso de los procedimientos legales como instrumento de resistencia y demanda social no es nuevo en Argentina. Durante la última dictadura, el *habeas data* se utilizó no sólo para exigir protección sino también para dar visibilidad al carácter clandestino e ilegal de la represión que se estaba ejerciendo[4]. Más recientemente, la judicialización de la disputa de los fondos previsionales y el conflicto sobre la congelación de los depósitos de ahorro (el llamado caso del corralito) ilustran que los procedimientos legales ordinarios se han usado para demandar reivindicaciones sociales, obstruir y reorientar políticas públicas desfavorables, ampliar las alianzas sociales y supervisar las acciones del gobierno.

La judicialización del conflicto de los fondos previsionales empezó a comienzos de los años sesenta, cuando los déficit de los sistemas de pensiones determinaron la reducción de la cantidad que se pagaba a los beneficiarios[5]. De acuerdo con una ley de 1958, los beneficios de jubilación fluctuarían entre el 70

4 Cfr. ACUÑA y SMULOVITZ (1997).

5 Para un análisis exhaustivo de los procesos de movilización legal en el conflicto de los fondos de pensiones, cfr. SMULOVITZ (2001). El sistema de pensiones y jubilaciones de Argentina fue creado en 1904. Inicialmente incluía un régimen colectivo de capitalización y un régimen proporcionado por el gobierno. Sus primeros miembros fueron los servidores civiles. Después se empezaron a incorporar trabajadores de otros sectores de la economía. En 1943, el gobierno promovió la expansión de su cobertura. En 1944, el sistema tenía 430.000 miembros (el 7% de la población económicamente activa), pero el número de miembros se elevó a 2.300.000 cinco años después. Desde el principio, cada sector de trabajadores manejaba su propio fondo bajo su propio régimen. Aunque los beneficios fluctuaban de acuerdo con los niveles de contribución,

y el 80% del salario de los trabajadores. Esta política fue limitada significativamente en 1960 por otra ley que redujo esa cantidad para los salarios de rango medio y alto. De ahí en adelante todos los beneficios se redujeron debido a la inflación. Todas las fuentes reconocen que fue en esa época cuando empezó el proceso de judicialización. Desde entonces, los juicios legales han sido motivados por demandas relacionadas con los criterios de ajuste utilizados para calcular los beneficios, con la inconstitucionalidad de los topes fijados para los mismos, con la inadecuada proporcionalidad entre salarios y beneficios, con la distorsión que el aumento de las tasas de inflación produce en los beneficios, así como con los retrasos en la actualización de los mismos. Además, ha habido juicios que demandan la ejecución de las sentencias de la corte y otros que cuestionan la decisión de pagar las deudas con bonos nacionales de deuda. A lo largo del período, el gobierno ha tomado una serie de medidas que indican la magnitud fiscal y social del fenómeno. Aprobó decretos (dos veces) que establecían un freno a los procesos legales o estipulaban plazos para pagar las deudas en un período de diez años, que declaraban la emergencia económica del sistema, suspendían la ejecución de las decisiones de la corte y ofrecían ajustes a los pagos a los beneficiarios dispuestos a renunciar a su derecho a entablar procesos penales. A comienzos de la década de 1990, el gobierno reconoció que tenía una deuda de 12.365,6 millones de dólares con 4.024.837 beneficiarios[6]. Los procesos entablados después del pasaje en 1994 a un régimen mixto, cuestionaban la violación del derecho a un juicio rápido (3.000 casos) y los criterios utilizados para actualizar los pagos de beneficios (70.000 casos). De acuerdo con un informe del Banco Interamericano de Desarrollo, en 2001, cuando el sistema contabilizaba 3.200.000 beneficiarios, se entablaban cerca de 20.000 procesos anuales, 100.000 procesos estaban en curso y se habían otorgado cerca de 120.000 pagos de beneficios[7].

---

todos tenían un alto número de servicios a cambio de una baja contribución de los salarios. A finales de los años cincuenta, la pérdida de las reservas de capital y los déficit crecientes llevaron al abandono del sistema de capitalización, que fue reemplazado por un sistema basado en la contribución obligatoria de los trabajadores activos. De acuerdo con la Fundación Argentina de Investigación de la Seguridad Social (FAISS), la relación adecuada entre contribuciones y beneficios se perdió en los años setenta, cuando la población de más de 60 años llegó al 6,9% de la población total. Cfr. Fundación Argentina de Investigación de la Seguridad Social (FAISS). "Acerca de los costos de la transición por la reforma del sistema de provisión social argentino", Documento n.º 3, 2000.

6 Cfr. Administración Nacional de la Seguridad Social. *Informe Final* (2/2), préstamo BID 925 PC-AR, marzo de 2001.

7 Ídem.

A diferencia de la judicialización del conflicto previsional que ha tenido lugar durante más de 40 años; la judicialización de la disputa sobre la congelación de los depósitos de ahorro (el caso del corralito) es nueva, y es probable que tenga una vida más corta. A pesar de esto, su explosivo desarrollo es un ejemplo condensado del proceso de movilización legal como instrumento político y de resistencia[8].

El 1.º de diciembre de 2001, DOMINGO CAVALLO, entonces ministro de economía, anunció que se habían establecido restricciones a los retiros de efectivo de las cuentas bancarias privadas y empresariales[9]. La decisión se tomó en un contexto caracterizado por el drenaje continuo de los depósitos del sector privado. En el último trimestre de 2001, la retirada de fondos llegó a 15.500 millones de dólares, y fue de 1.500 millones el 30 de noviembre de 2001[10]. Tres días después de este anuncio, un legislador del Partido Justicialista[11] anunció que su partido presentaría un amparo[12] contra las restricciones a los retiros de las cuentas de salarios[13], y la Unión Nacional de Empleados Judiciales (UEJN) entabló el primer amparo denunciando la inconstitucionalidad de las medidas económicas y exigiendo su derogación inmediata debido a su carácter "confiscatorio"[14]. Una semana después había 220 casos que denunciaban la inconstitucionalidad de la medida[15]. El 1.º de enero de 2002, después de que sectores populares y de clase media y popular se lanzaron enfurecidos a las calles, causando disturbios y daños, después de la represión policial y de la renuncia de dos presidentes (DE LA RÚA y RODRÍGUEZ SAÁ), la asamblea legislativa eligió al peronista EDUARDO DUHALDE como presidente. En los dos meses siguientes, DUHALDE abandonó la conversión del peso en dólares que había durado diez años, estableció la "pesificación" total (conversión en pesos) de

---

8 Para un análisis exhaustivo del "conflicto del corralito", cfr. SMULOVITZ (2003).

9 Cfr. el decreto 1570/01. Estas restricciones se conocieron popularmente como "el corralito".

10 Ministerio de Economía de la República Argentina. "La economía argentina durante el tercer trimestre de 2001 y la evolución reciente", Informe 39, 2001.

11 El representante fue JORGE REMES LENICOV, quien después fue el primer ministro del tesoro del gobierno de DUHALDE.

12 Un amparo es una demanda contra una violación de los derechos constitucionales cuando esos derechos no se pueden proteger adecuada y rápidamente por otros medios; cfr. GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS y ELEANOR C. HOAGUE. *Diccionario jurídico*, Heliasta, 1993.

13 *La Nación*, 4 de diciembre de 2001.

14 Ídem.

15 Ídem.

16 Cfr. la ley 25.561, los decretos 141/02 y 214/02.

la economía[16] y una tasa de cambio dual: 1,40 pesos por dólar para las transacciones oficiales y una tasa flotante para las demás transacciones. La deuda en dólares dentro del sistema financiero se convirtió en pesos a una tasa de cambio de 1 a 1, mientras que los depósitos en dólares se "pesificaron" a una tasa de cambio de 1 a 1,40. Además, se impusieron nuevas restricciones a los retiros de los depósitos personales y empresariales, y se reprogramó su disponibilidad. Las nuevas restricciones ampliaron las anteriores, fijando plazos de hasta tres años para el retiro de los depósitos de ahorro. Se debe señalar que en diciembre de 2001, el 70% de los depósitos del sistema bancario estaban nominados en dólares[17] y que en julio de 2002, la tasa de cambio flotante era de más de 3,5 pesos por dólar.

Cuadro 2
Demandas judiciales presentadas en los tribunales administrativos
(capital federal e interior), 2001-2003

| | 2001-2002 | 2003 |
|---|---|---|
| Capital Federal | 143.580 | 29.241 |
| Resto del país | 194.372 | 29.548 |
| Total | 337.952 | 58.789 |

Fuente: Poder judicial de la nación, *Estadísticas*, 2002 y 2003.

Antes de que terminara ese caótico diciembre, los periódicos ya informaban acerca de una oleada de procesos judiciales que cuestionaban la constitucionalidad de la medida, y un juez federal sancionó una orden preliminar contra las restricciones impuestas (en ese momento, el número de casos ascendía a 220)[18]. En abril de 2002, la Procuración del Tesoro Nacional informó que se habían presentado 210.188 "amparos contra el corralito" en el sistema federal de justicia[19]. La información precisaba que esas cifras no incluían las demandas presentadas en el sistema provincial de justicia, aunque algunas fuentes han mencionado que el número de demandas en el nivel provincial era similar a las del nivel federal[20]. A finales de 2002, el Boletín Estadístico del Poder Judicial de la Nación informó que los amparos contra el corralito llegaban a 337.952 (cfr. el cuadro 2).

---

17 Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (Buenos Aires). "Indicadores de Coyuntura", n.º 419, enero-febrero de 2002.

18 *La Nación*, 19 de diciembre de 2001.

19 Ibíd., 23 de marzo de 2002.

20 Cfr. Lynch (2002).

En abril de 2002, las dos asociaciones bancarias –Asociación de Bancos de la Argentina (ABA) y Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPPRA)–, en un informe a la Corte Suprema, advertían contra los riesgos de un tratamiento judicial favorable a las demandas del corralito, en vista de que las 200.000 demandas existentes sólo representaban un pequeño número de los nueve millones de ahorristas del sistema financiero[21]. En ese momento, los periódicos también publicaron historias acerca de la iniciación de más de 20.000 procesos adicionales y de la presentación de dos demandas colectivas entabladas por las oficinas del Defensor del Pueblo Nacional y Municipal exigiendo que se detuviera la aplicación del coeficiente estabilización de referencia (CER), que se aplicaría a los créditos nominados en dólares y que se habían convertido en pesos[22], como establecía el decreto 214/02. En junio de 2004, el informe semanal del BCRA sobre la situación de las demandas del corralito indicaba que desde el 25 de abril de 2002 hasta el 18 de julio 2004, 264.557 demandas de amparo habían recibido una respuesta favorable[23] (cuadro 3 y gráfica 1).

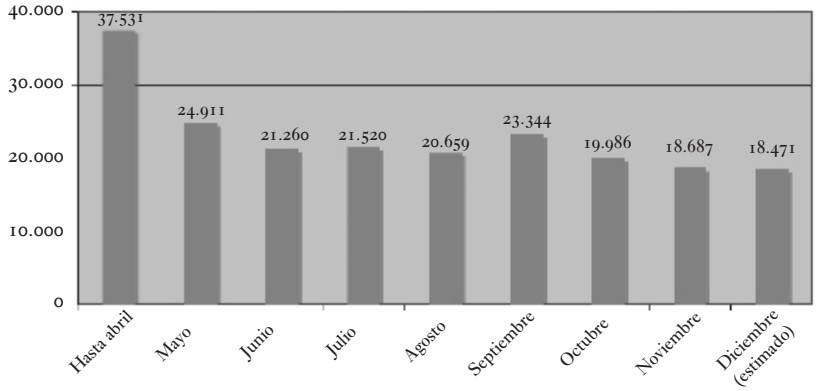
CUADRO 3
NÚMERO TOTAL DE AMPAROS PRESENTADOS Y PAGADOS, 2002-2004

| Año | Número de casos | Dinero pagado (Millones de pesos) |
|---|---|---|
| 2002 | 165.384 | 13.441 |
| 2003 | 81.975 | 5.244 |
| 2004 (18 de junio) | 17.198 | 1.022 |
| Total | 264.557 | 19.707 |

Fuente: Banco Central de la República Argentina, Informe semanal n.º 56, 25 de junio de 2004.

21 *La Nación*, 23 de abril de 2002.
22 Ibíd., 17 de abril de 2002.
23 Banco Central de la República Argentina. "Medidas cautelares", Informe n.º 56, 25 de junio de 2004.

Gráfica 7.1
Cantidad promedio devuelta por mandato judicial (en dólares) en 2002




Fuente: Banco Central de la República Argentina, Informe semanal n.º 8, 3 de enero de 2003.

La historia de estos dos casos se puede interpretar como una ilustración de una situación en donde los actores confrontan la imposición de una política e impugnan su contenido mediante el uso continuo de instrumentos legales respaldados por movilizaciones periódicas. En ambos conflictos, la disputa inicial rebasó sus fronteras originales y se transformó en una red de demandas judiciales diferentes y relacionadas. En el conflicto previsional, por ejemplo, había demandas relacionadas con el monto de los beneficios pagados, demandas que rechazaban los índices para actualizar los beneficios, demandas que exigían la ejecución de las sentencias judiciales, y otras que cuestionaba los cambios políticos y legislativos que el gobierno buscaba introducir. Algo similar ocurrió en el conflicto del corralito, donde la demandas por violaciones de los derechos de propiedad fueron seguidas por otras (más de 20.000) contra la aplicación retroactiva del CER[24], por otras contra las medidas que suspendían el derecho a presentar demandas, e incluso por otras que exigían la ejecución de sentencias favorables. De hecho, en ambos casos la fortaleza, efectividad y persistencia de las disputas legales estuvo asociada estrechamente con la redefinición y los efectos continuos de las demandas legales originales.

24 El CER era el índice de actualización que se aplicaba a las deudas nominadas en dólares antes del fin del plan de convertibilidad.

En ambos casos, a lo largo del conflicto el gobierno ensayó varias respuestas para enfrentar la acumulación de demandas y los riesgos de decisiones desfavorables de los tribunales. En la disputa de los fondos de pensiones, en dos ocasiones aprobó medidas que suspendían la ejecución de las sentencias legales. En otra etapa reconoció sus deudas y reprogramó sus pagos a cambio de que los demandantes renunciaran a demandas legales futuras, y luego estableció requerimientos adicionales al procedimiento legal para aumentar los costos de litigar. El gobierno utilizó las mismas herramientas en el caso del corralito. Promulgó decretos[25] que establecían una suspensión de seis meses para iniciar las demandas de ejecución de las decisiones judiciales, reprogramó sus pagos con bonos a cambio de que los demandantes renunciaran a acciones legales futuras, y aprobó una ley[26] que imponía exigencias de procedimiento adicionales para el cumplimiento de las decisiones judiciales favorables. En ambos conflictos, la reacción del gobierno llevó a una sucesión de conflictos legales encadenados en los que la disputa legal original fue seguida de sus conflictos legales "de segundo orden" que cuestionaban, por razones diferentes aunque relacionadas, las respuestas que se habían dado a la demanda original. El resultado neto fue que, después de algún tiempo, la disputa original se convirtió en una intrincada cadena de conflictos y el gobierno terminó enfrentando un creciente y complejo conjunto de contendientes políticos, sociales y legales.

El análisis de ambos casos también muestra que ni el carácter masivo de las demandas ni las oleadas sucesivas de procesos y de juicios legales lograron totalmente los objetivos que se proponían los litigantes. En el conflicto de los fondos de pensiones, los demandantes aún están insatisfechos con los resultados, y los demandantes del corralito no han podido lograr una decisión final de la corte suprema acerca de la inconstitucionalidad de la congelación ni de la conversión en pesos[27]. A pesar de ello,

---

25 Decretos 214/02 y 320/02.

26 Se suponía que la ley 25.587, popularmente conocida como "Ley Tapón", pondría freno al drenaje de fondos resultante de las sentencias favorables a los amparos del corralito.

27 El 13 de julio de 2004 la Corte Suprema anunció su decisión acerca de uno de los conflictos legales pendientes relacionados con la disputa del corralito. Estableció que los depositantes que habían permitido voluntariamente que sus fondos bancarios congelados se devolvieran en pesos no podrían obtener posteriormente la cantidad total en dólares (*La Nación*, 14 de julio de 2004). La decisión dio lugar a nuevas manifestaciones de los depositantes, que al día siguiente anunciaron que estaban estudiando la posibilidad de llevar su caso a los tribunales internacionales. Se debe señalar, sin embargo, que esta decisión no definió la posición de la corte acerca de la constitucionalidad de la "pesificación", una demanda que aún está a la espera de una decisión de la corte (*La Nación*, 14 de julio de 2004).

los datos también muestran que en ambos conflictos los logros no han sido irrelevantes. Un número significativo de demandantes ha recibido decisiones judiciales favorables, y los beneficiarios de los fondos de pensiones y los demandantes del corralito han logrado importantes resultados extralegales. En los dos casos, los demandantes tuvieron éxitos "graduales", como decisiones judiciales individuales que debilitaron, limitaron y en algunos casos anularon las decisiones de política del gobierno. Además, en ambos casos, la estructuración jurídica de las disputas forzó al gobierno a dar respuestas oficiales y públicas a las demandas, lo que a su vez restringió su capacidad para imponer decisiones políticas arbitrarias. Así, aunque desde el punto de vista de los demandantes la estrategia legal no logró todos sus objetivos, probó ser una estrategia defensiva efectiva en la medida en que minimizó las pérdidas iniciales.

Además de la satisfacción parcial de las demandas, la intervención de los jueces dio legitimidad y reconocimiento público a los demandantes. Con la transformación de sus peticiones en reclamos legales, los demandantes pudieron transformar sus demandas en promesas oficiales incumplidas (Scheingold, 1974) y a los jueces en "guardianes de promesas anteriores" (Garapon, 1997, 20). Esa transformación despertó simpatía pública, aportó aliados a su causa y convirtió a los jueces en custodios institucionales de sus demandas. Así, las consecuencias sociales y políticas del proceso de judicialización no se concentran únicamente en el potencial punitivo de las decisiones judiciales. Como señaló Galanter (1983), entre otros autores, la ley es al mismo tiempo un sistema de controles operativos y un sistema de significados culturales y simbólicos. Su utilización crea amenazas, promesas, bendiciones y estigmas (McCann, 1998). Estos aspectos simbólicos y multiplicadores de la ley alimentan el desarrollo de agendas y organizan el reconocimiento público de movimientos políticos y sociales alrededor de su experiencia como víctimas de violaciones de derechos.

Estos casos muestran que en Argentina la judicialización de la política entendida como movilización legal se ha utilizado para promover demandas y reclamar derechos cuando se presentan conflictos entre derechos ya establecidos y prácticas que violan esos derechos. La movilización legal ha dado voz a los actores, ha ampliado la visibilidad y el alcance de sus conflictos; también les ha permitido lograr objetivos parciales y replantear la orientación de ciertas políticas.

## LA JUDICIALIZACIÓN COMO TRIUNFO DE UN DISCURSO BASADO EN LOS DERECHOS

En esta sección me concentro en el uso de la movilización legal como instrumento para desarrollar nuevos derechos o para la judicialización de prácticas aún no reguladas. Argumento que en los últimos años la expansión del dominio de la ley y del discurso basado en los derechos está alcanzando en Argentina nuevas arenas de intercambios interpersonales. Los casos analizados se pueden interpretar como una manifestación de la perenne expansión del dominio del derecho en nuevas esferas de interacción social. Algunas de esas interacciones aún están reguladas principalmente por la confianza y la cooperación. Otras no se consideraban hasta hace poco como comportamientos ilegítimos, y aún otras aparecen como problemas en busca de su juridificación. Los casos también se pueden interpretar como una ilustración de la manera como los actores usan el discurso de los derechos para llamar la atención pública hacia demandas y conflictos de derechos que no se atienden aunque aún no sean reconocidos como tales por la legislación. En los últimos tiempos las demandas de derechos se han incrementado fuertemente en áreas como las de los derechos de los consumidores, las malas prácticas profesionales, los derechos a las sociedades y uniones *de facto*, el acoso sexual, la violencia marital y la discriminación basada en los estilos de vida. La transformación de estos problemas en demandas que invocan derechos muestra, por un lado, el intento de ampliar el alcance de los derechos a prácticas anteriormente no reguladas, y el intento de judicializar nuevas esferas de la vida social. Por otra parte, la transformación de estos problemas en demandas que invocan derechos pone de relieve que se ha empezado a cuestionar las fronteras de la ciudadanía y a poner en tela de juicio las reglas y el lenguaje que antes regían estas relaciones.

Diversas evidencias empíricas confirman el surgimiento de este tipo de judicialización en el caso argentino. Una se relaciona con el número creciente de reclamos ante las agencias de control recientemente creadas, como las agencias de defensa de los consumidores, las oficinas de defensores del pueblo y las agencias reguladoras de servicios públicos. Los reclamos que se presentan ante estas agencias no necesariamente se convierten en disputas judiciales. A pesar de ello, las quejas de los ciudadanos y los consumidores han aumentado. Este incremento y el hecho de que esas quejas tienen lugar en agencias públicas y organizaciones privadas (como las asociaciones de consumidores) revelan que los ciudadanos perciben los daños que padecen en términos de derechos, es decir, como agravios que merecen la protección del Estado y como reivindicaciones que tienen dere-

cho a algún tipo de reparación. Esta tendencia creciente se puede observar en las oficinas municipales de defensores del pueblo y en las agencias reguladoras que supervisan a las empresas de servicios públicos privatizadas (cfr. cuadros 4, 5 y 6 y la gráfica correspondiente). Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo de la Nación, una agencia creada en 1994, recibió diez quejas por día en su primer año, mientras que el número promedio de quejas diarias aumentó a 100 en los años siguientes. En 1998, las quejas anuales en la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial llegaron a 25.708, un promedio de 2.142 por mes, mientras que en noviembre de 2003 las peticiones mensuales ascendieron a 5.533[28].

Cuadro 4
Acciones presentadas ante la Defensoría General de la Nación y la Oficina Municipal del Defensor del Pueblo

| Año | Reclamos presentados a la Defensoría General de la Nación | Reclamos presentados en la Defensoría Municipal del Pueblo |
|---|---|---|
| 1988 | | 1.021 |
| 1989 | | 934 |
| 1990 | | 1.058 |
| 1991 | | 1.511 |
| 1992 (*) | | 848 |
| 1993 | | 1.478 |
| 1994 | 756 | 2.851 |
| 1995 | 7.256 | 2.713 |
| 1996 | 22.697 | 2.423 |
| 1997 | 25.496 | 2.280 |
| 1998 | 30.434 | 1.740 |
| 1999 | 18.000 | 4.595 |
| 2000 | 14.716 | 5.501 |
| 2001 | | 12.528 |
| 2002 | | 26.399 |

* En ese año la continuidad del Defensor de la Ciudad no era segura.
Fuente: Defensor del Pueblo de la Nación. Informe Anual 1994 y 1995. Contraloría General Municipal. Estadística Informativa del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

28 [http:www.mecon.gov.ar/secdef/basehome/0800_sobre_que.htm#], acceso del 21 de noviembre de 2004.

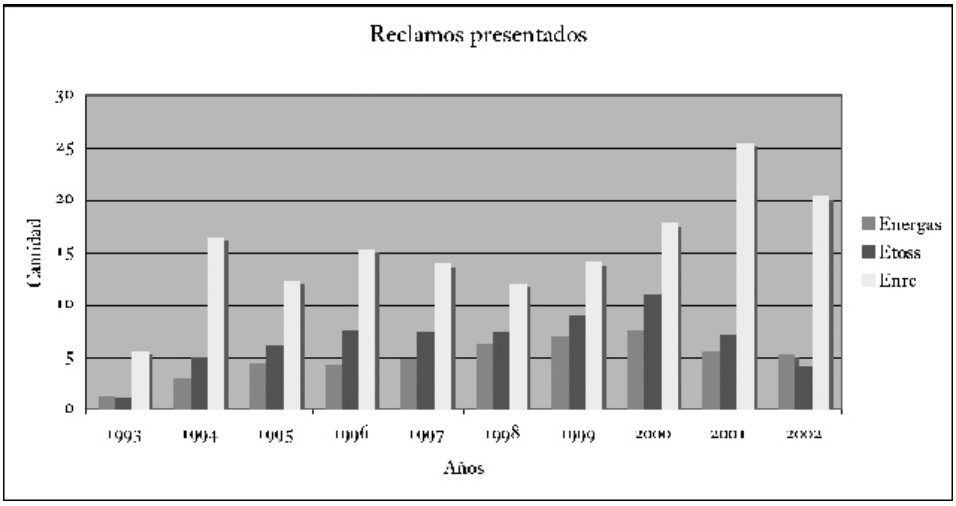
Cuadro 5
Número de cuestiones y reclamos recibidos en la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial (en cifras absolutas)

| Año | Reclamos | Investigaciones | Quejas e investigaciones |
|---|---|---|---|
| 1993 | | | 8.842 |
| 1994 | | | 4.248 |
| 1995 | 2.196 | 23.926 | 26.122 |
| 1996 | 3.232 | 26.325 | 29.857 |
| 1997 | 3.993 | 37.939 | 41.932 |
| 1998 | 3.237 | 25.708 | 28.945 |
| 1999 | 793* | 13.224* | 14.017 |
| Total | 13.451 | 127.122 | 153.963 |

* Datos hasta junio de 1999.
Fuente: Defensa al Consumidor: "5 años de aplicación de la ley", *Revista de la Dirección de Defensa al Consumidor*, 1999.

Cuadro 6
Reclamos presentados en las agencias reguladoras de servicios

| | Energas | Etoss | Enre | Total |
|---|---|---|---|---|
| 1993 | 1.252 | 1.101 | 5.567 | 7.920 |
| 1994 | 2.985 | 5.037 | 16.471 | 24.493 |
| 1995 | 4.441 | 6.198 | 12.336 | 22.975 |
| 1996 | 4.259 | 7.587 | 15.307 | 27.153 |
| 1997 | 4.880 | 7.485 | 13.939 | 26.304 |
| 1998 | 6.243 | 7.421 | 11.956 | 25.620 |
| 1999 | 6.989 | 9.012 | 14.081 | 30.082 |
| 2000 | 7.498 | 10.924 | 17.800 | 36.222 |
| 2001 | 5.578 | 7.089 | 25.472 | 38.139 |
| 2002 | 5.315 | 4.158 | 20.385 | 29.858 |




Notas: Energas, Agencia Reguladora del Suministro de Gas; Etoss, Agencia Reguladora de la Provisión de Agua; Enre, Agencia Reguladora de la Electricidad.
Fuente: Energas, Etoss y Enre, boletines anuales.

CUADRO 7
RECLAMOS PRESENTADOS EN LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LA CAPITAL FEDERAL BASADOS EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY 24.417
(ENERO DE 1995 – DICIEMBRE DE 2000)

| Víctima | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Menores | 199 | 240 | 322 | 400 | 304 | 383 |
| Ancianos | 9 | 23 | 24 | 39 | 38 | 32 |
| Inválidos | 4 | 4 | 2 | 5 | 6 | 7 |
| Mujeres | 749 | 1.240 | 1.447 | 1.651 | 1.696 | 1.859 |
| Varones | 32 | 94 | 89 | 120 | 117 | 125 |
| Otros | 3 | 7 | 6 | 8 | 7 | 4 |
| Total | 1.009 | 1.601 | 1.820 | 2.167 | 2.160 | 2.269 |

Fuente: Consejo Nacional de la Mujer. *La mujer y la violencia en la República Argentina*, Buenos Aires, 2002.

La regulación de los servicios profesionales es otra esfera donde las intervenciones de los ciudadanos modeladas y basadas en la retórica de los derechos están aumentando. Aunque no existen datos estadísticos exhaustivos, la información fragmentaria revela un incremento del número de procesos iniciados por incumplimiento de obligaciones civiles o profesionales. De acuerdo con GERARDO RUSSO, entre 1982 y 1993 las demandas por malas prácticas médicas crecieron en un 1.000%, y entre 1995 y 1996 las demandas penales por malas prácticas se incrementaron un 80%

y las demandas civiles un 26,4%[29]. Un estudio más reciente acerca del impacto económico de las demandas por malas prácticas (Tobar et al., 2001) señaló que aunque en Argentina estas demandas no son tan comunes como en Estados Unidos, se estima que entre 1980 y 2000, cerca de 10.000 médicos fueron objeto de este tipo de demandas. El informe también afirma que sólo el 20% de las demandas penales y el 25% de las demandas civiles terminan en sentencias. La diferencia entre demandas y sentencias puede indicar dos situaciones diferentes y opuestas. Mientras que, por una parte, esta distancia puede ser el producto de una escasa disposición de las autoridades judiciales para tratar este tipo de demandas, por la otra, puede revelar también que las percepciones de los demandantes acerca de lo que constituyen sus derechos pueden estar sobreestimadas. La información que proporcionan las compañías de seguros confirma que la percepción de los ciudadanos acerca de sus derechos se está consolidando. De acuerdo con la Superintendencia de Seguros de la Nación, entre 1996 y 2000, las demandas por malas prácticas médicas contra las corporaciones de seguros se incrementaron en 304%. De acuerdo con Sun Pacific Consulting Agency, entre 6 y 10 médicos de cada 100 son enjuiciados cada año por malas prácticas en Argentina, y los juicios legales contra los hospitales de Buenos Aires aumentaron en un 26,4% entre 1995 y 1996[30]. A pesar de la baja probabilidad de que sean declarados culpables, los médicos han empezado a contratar algún tipo de seguros, y en muchos casos las organizaciones de salud prepagas exigen que los profesionales de la salud contraten un seguro para incluirlos en sus listas de proveedores de atención médica. Estos datos indican el avance del discurso de los derechos en una relación que solía estar regulada por mecanismos informales tales como la confianza y la autoridad.

La violencia familiar y el acoso sexual en el lugar de trabajo son otras dos áreas donde está avanzando el discurso de los derechos. En diciembre de 1994, después de que la reforma constitucional incorporó la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), se aprobó una ley contra la violencia familiar (ley 24.417). El contenido de la ley y la forma en que se ha implementado en las 24 provincias han sido criticados severamente por las organizaciones de mujeres y de derechos humanos[31]. A pesar de ello,

---

29 Gerardo Russo. "Mala praxis médica: la nueva industria del juicio", [www.paideianet.com.ar/industria.htm], consultado el 21 de noviembre de 2004.

30 *La Nación*, 11 de septiembre de 2001.

31 Cfr. CELS (1998, 2002).

se debe señalar que en 1996 y 1997 el CELS reportó que las consultas anuales acerca de violencia doméstica promediaban 25.000 y que en marzo de 2001, los tribunales nacionales de la Capital Federal recibieron 11.026 demandas denunciando la violencia doméstica (cfr. cuadro 7). De nuevo, independientemente de las limitaciones de la ley aprobada, el incremento persistente de las demandas e investigaciones muestra que un comportamiento que previamente no estaba regulado legalmente se ha convertido en una demanda de derechos y en una disputa judicializada.

El acoso sexual en el lugar de trabajo es otra área donde la demanda de derechos y la judicialización se han incrementado. Aunque desde 1991 se han presentado diferentes proyectos legislativos[32], no hay ninguna legislación nacional que sancione el acoso sexual en lugares privados. Y actualmente sólo tres distritos –la provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y la provincia de Santa Fe– han aprobado legislaciones que sancionan el acoso sexual en el sector público[33]. A pesar de ello, los abogados involucrados en esos casos han confirmado que las demandas de acoso sexual en lugares de trabajo privados que se presentan como demandas por daños morales o como demandas de indemnización cubiertas por la legislación que rige los términos de despido de los trabajadores. La existencia de estas demandas y las respuestas que se han dado muestran, por una parte, que los acusados están respondiendo como si las demandas realmente tuvieran un *status* legal positivo[34]. Por otra parte, la evolución de los casos confirma, como ha señalado MARTHA MINOW, que el proceso de conversión de las aspiraciones en derechos "a menudo ocurre fuera las cortes" (1987, 1862).

---

32 De acuerdo con el Consejo Nacional de la Mujer (2002), hay tres proyectos legislativos en estudio: "Reglamentación del acoso sexual en las relaciones de empleo", "Incorporación al Código Penal del artículo 127 sobre acoso sexual" y "Creación de un cuerpo interdisciplinario especializado en discriminación laboral y acoso sexual en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos".

33 Cfr. CELS (2002).

34 Los abogados involucrados en estas demandas también mencionan que para evitar la prensa negativa, se están usando acuerdos extra judiciales para resolver esos tipos de demandas porque –de acuerdo con la experiencia de uno de los abogados entrevistados– los empleadores prefieren "un acuerdo desfavorable que un buen juicio".

## CONCLUSIONES

No hay duda de que las cortes, la ley y los discursos de los derechos están cumpliendo un papel político cada vez más importante en Argentina. El mayor número de litigios ordinarios y el uso creciente de discursos que invocan derechos ratifican su importancia como instrumentos que están modelando la evolución y el desarrollo de las luchas políticas. La forma específica en que se está llevando a cabo el proceso de judicialización de la política muestra, sin embargo, diferentes formas y resultados. Aunque la judicialización entendida como la intervención de las cortes para la redefinición de políticas públicas ya decididas por funcionarios electivos (control de constitucionalidad) es elevada, la frecuencia del control judicial de constitucionalidad no se ha incrementado. En los últimos años, otras dos formas de judicialización han experimentado un desarrollo significativo: la judicialización como instrumento para resolver conflictos entre derechos establecidos y prácticas que violan esos derechos, y la judicialización como discurso de los derechos. Mientras que el primer tipo de judicialización involucra el uso de los procedimientos judiciales para hacer demandas políticas y sociales y oponerse a la implementación de ciertas políticas, la última forma involucra el uso del discurso de los derechos para transformar aspiraciones en derechos positivos y extender el dominio del derecho a prácticas sociales que hasta hace poco estaban regidas por mecanismos informales o a prácticas aún no están reguladas.

Antes de examinar las consecuencias de estas diferentes formas de judicialización, son oportunos algunos comentarios. El análisis anterior pone de relieve el papel de los movimientos sociales y de una sociedad civil activa en el proceso de judicialización. Charles Epp (1998) señaló que las interpretaciones convencionales de la revolución de los derechos identificaban a las garantías constitucionales, al liderazgo judicial y a la conciencia popular de los derechos como variables que alimentan el proceso de judicialización. Éstas no son suficientes para entender su ocurrencia pero tampoco son irrelevantes. Aunque éste no es el lugar para considerar el impacto de cada una de ellas en el proceso de judicialización en Argentina, caben dos breves comentarios sobre el impacto de las instituciones y la conciencia de los derechos.

Desde finales de los años sesenta, cuando empezaron a desarrollarse los dos primeros casos que se analizan en este capítulo, las garantías constitucionales se han modificado en varias ocasiones. Los actores iniciaron demandas en períodos en que los derechos eran ampliamente protegidos, pero a veces también cuando no lo estaban. Las demandas de los fondos de pensiones, por ejemplo, se iniciaron a

comienzos de los años sesenta, cuando se protegían los derechos, pero se siguieron entablando durante la dictadura de 1966-1973. Entre 1976 y 1983, cuando estaban generalizadas las violaciones de los derechos constitucionales y la falta de protección judicial, algunos actores usaron las demandas legales –como el *habeas data*– como instrumento para desafiar a la autoridad y revelar el carácter arbitrario e inconstitucional del ejercicio del poder. Las demandas legales se ampliaron considerablemente después de que con la transición democrática de 1983 y la reforma constitucional de 1994 se reconocieron nuevos derechos y garantías. El reconocimiento constitucional del amparo, de los derechos ambientales y de los de los consumidores, y el reconocimiento del derecho de las asociaciones de interés público a entablar acciones legales (arts. 42 y 43 de la constitución de 1994) son algunos ejemplos de innovaciones institucionales cuyas consecuencias no se pueden ignorar. Sin embargo, aunque las garantías constitucionales y la protección judicial son sumamente relevantes, no son suficientes para explicar la aceleración del fenómeno de la judicialización. Los casos de *habeas corpus* que se presentaron durante la dictadura muestran que, en ciertas circunstancias, el uso de los instrumentos legales se puede incrementar justamente con el fin de denunciar la falta de garantías constitucionales. Por otra parte, el inicialmente tímido uso de los amparos muestra que la introducción de garantías constitucionales no necesariamente se traduce en el aumento inmediato del uso de un instrumento legal.

¿Cuál ha sido el papel de la conciencia de los derechos en el caso argentino? Anteriormente (Smulovitz, 2002) argumenté que a comienzos de los años ochenta, la sociedad argentina descubrió los beneficios de la ley. La visibilidad de los juicios contra los comandantes de la junta militar por las violaciones de los derechos humanos y los otros juicios que tuvieron lugar en ese período transformaron las percepciones acerca de la ley y del papel del sistema judicial. Esos juicios revelaron que la judicatura era un lugar donde se podían materializar los derechos de los ciudadanos y que la retórica del derecho era un instrumento potencialmente movilizador y subversivo. El principal efecto de esos hechos fue el haber revelado un instrumento institucional y un espacio para la resolución de disputas que hasta ese momento habían permanecido ocultos. Algunos de los casos analizados en este capítulo indican que antes de este descubrimiento algunos actores ya estaban usando ese instrumento. Sin embargo, después de esta revelación, las demandas de derecho no sólo se incrementaron y extendieron a otras arenas, sino que experimentaron nuevos usos. La aceleración del proceso de judicialización en Argentina se apoyó entonces no sólo en las condiciones institucionales que permitieron su ocurrencia, sino también en el desarrollo de habilidades, recursos cognitivos y capacidades

organizativas que permitieron que los ciudadanos y las asociaciones se aprovecharan de las oportunidades institucionales y políticas.

¿La expansión del proceso de judicialización está relacionada con las reformas económicas orientadas al mercado que tuvieron lugar en los años noventa? Aunque esta variable no explica totalmente la explosión del proceso de judicialización, sus consecuencias no fueron irrelevantes. Por una parte, se debe recordar que el proceso de judicialización empezó antes de que se iniciaran las reformas orientadas al mercado. Pero la introducción de estas políticas afectó el proceso de judicialización en la medida en que modificaron la forma en que los actores políticos y sociales se relacionaban con el Estado y los recursos que utilizaban para promover sus demandas políticas y económicas. En el pasado, cuando los intercambios entre actores sociales estaban enmarcados en una lógica neocorporativa, los conflictos entre las partes se resolvían principalmente con los recursos políticos y a través de la intervención de sus representantes. En los años noventa, las reformas económicas orientadas al mercado debilitaron la capacidad de las organizaciones colectivas para proteger los intereses de sus miembros, y la privatización de las empresas de servicios públicos reforzó su transformación en clientes individuales. En este contexto, los individuos, ciudadanos y clientes, utilizaron la ley y los reclamos cuasi-legales para exigir y tratar aquellos problemas y disputas que los nuevos arreglos sociales dejaban sin atender. Así, aunque no se puede afirmar que las reformas económicas orientadas al mercado fueron la causa del proceso de judicialización, las transformaciones crearon las condiciones que alimentaron el uso del derecho como mecanismo para la resolución de disputas, la protección de los derechos y la petición de reivindicaciones sociales.

¿Qué indican los casos analizados acerca de las consecuencias de la judicialización entendida como mecanismo de protesta y resistencia? ¿Qué han logrado estos tipos de judicialización? Los casos ilustran que las estrategias legales no sólo pueden conseguir beneficios materiales específicos sino que también pueden generar importantes beneficios simbólicos y políticos. La reconstrucción histórica de los casos nuestra que la estrategia legal consiguió resultados materiales significativos para los demandantes. Aunque no lograron todos los objetivos que pretendían, un porcentaje significativo[35] de quienes utilizaron la estrategia obtuvo respuestas parcialmente favorables. También se debe señalar que inicialmente esos beneficios sólo llegaban a los individuos que recurrían a la estrategia legal.

---

35 Aunque no hay información disponible sobre los demandantes en el conflicto de los fondos de pensiones, en diciembre de 2002, aproximadamente el 65% de los individuos que presentaron demandas legales en la disputa del corralito recibieron una respuesta favorable.

Sin embargo, estos resultados no captan las consecuencias extralegales de la judicialización como instrumento de resistencia y de reivindicación. La intervención de los jueces no sólo llevó a una satisfacción parcial de las demandas, también les dio legitimidad y reconocimiento público. Los conflictos sociales y políticos estructurados legalmente produjeron estos resultados debido a que, en el proceso, los procedimientos judiciales dotaron a los individuos no organizados de una identidad social y colectiva, les aportó aliados sociales e institucionales inesperados, y creó instituciones externas de sus reivindicaciones. Esos resultados también fueron posibles porque la movilización social y la atención de los medios de comunicación acompañaron la protesta legal. La visibilidad que brindaron los medios de comunicación mostró la existencia de un fenómeno social no coordinado (un enorme número de demandantes de fondos de pensiones y del corralito). Además, la visibilidad de los medios y la movilización social difundieron y publicitaron la disponibilidad de cursos específicos de acción y soluciones "a la medida" de los demandantes.

La estructuración legal de las disputas introdujo una característica adicional. Situó a los jueces y a los tribunales como partes legítimas y autorizadas y como observadores del comportamiento público y, a su vez, alteró los recursos involucrados en la "resolución" de los casos. Cuando la ley se convierte en el nuevo lenguaje de la política y los procedimientos en su gramática, la manera de resolver los conflictos enfrenta grandes restricciones (Garapon, 1997, 18). Los precedentes legales, los argumentos razonables y las normas establecidas se han de considerar en una decisión. Estas exigencias imponen restricciones a los resultados posibles de la disputa: amplían el número de partes involucradas en la "resolución" del conflicto y reducen las oportunidades de imponer "soluciones" basadas únicamente en razones políticas. La arquitectura procedimental de las demandas legales tuvo una consecuencia adicional: apoyó la permanencia y la vitalidad de los conflictos. Las demandas se deben responder de cierta manera, y los límites externos de tiempo fijan el ritmo de la protesta, presentando a los demandantes oportunidades procedimentales periódicas que recrean la mística de la protesta y otorgándoles acontecimientos que obligan a los protestantes a coordinar sus acciones.

La judicialización también afecta la organización colectiva de los actores. La estrategia legal permite que los demandantes individuales superen algunas de las dificultades que enfrentan cuando intentan organizar colectivamente sus acciones. En comparación con otras formas de protesta, los demandantes pueden iniciar acciones de protesta aun sin coordinarse con otros actores. Los casos analizados muestran que la protesta legal individual se convierte en un fenómeno social debido al carácter masivo y a la visibilidad que consiguen en los medios de comunicación. Los casos también muestran que cuando estas dos condiciones empiezan a marchitarse, la arquitectura

procedimental del proceso jurídico mantiene la vida de la disputa. Los rituales y los tiempos que distinguen a los procedimientos legales fijan el ritmo de las acciones de los demandantes, impidiendo la desaparición de la protesta y organización de los demandantes cuando sus apoyos externos dejan de prestarle atención a sus demandas.

¿Qué muestran los casos analizados acerca de las consecuencias de la judicialización entendida como expansión del discurso de los derechos? Cuando el discurso de los derechos no se superpone con los derechos positivos, la lucha en torno de los derechos se libra fuera en las cortes. El proceso involucra, primero, la expansión de la noción de derecho. Es decir, que las reivindicaciones basadas en los derechos no son el producto de caprichos sino que articulan aspiraciones legítimas que buscan remediar comportamientos y acciones que ahora se denominan "injustas" (Felstiner, 1980-1981). Por tanto, en la lucha por los derechos, la lucha en torno a su interpretación y su significado es crítica. Determina si las demandas de derechos pueden constituirse en un área de consenso para los demandantes y una fuente para el desarrollo de una identidad social común: si ese es el caso, los discursos basados en los derechos alimentarán la movilización social y llegarán a ser un punto de unión para la acción colectiva.

Estas consecuencias productivas del discurso basado en los derechos aparecen cuando los derechos aún no se han convertido en derechos positivos. En ese momento, antes de que la dimensión positiva de la ley restrinja y predefina el alcance de las demandas, los discursos basados en los derechos son un instrumento político que señala las aspiraciones de grupos e individuos, al mismo tiempo que intenta redefinir el trato que se debe dar a los demandantes (Minow, 1987, 1862). Los discursos de los derechos pueden desempeñar esta función justamente porque aún no se superpone con derechos formalmente reconocidos. Su potencial productivo y reformador reside precisamente en su carácter indeterminado. Es un lenguaje que articula reivindicaciones, al mismo tiempo que obliga a debatir cómo se deben distribuir las cargas sociales. De hecho, la dimensión transformativa del discurso de los derechos no está asociada con la revelación de nuevas demandas y aspiraciones. Esta es una tarea que también se puede realizar mediante otros instrumentos políticos. Su potencial subversivo reside en su capacidad para forzar debates y decisiones acerca de las condiciones que organizan o deben organizar la vida colectiva. Las reivindicaciones formuladas como discursos basados en derechos implican un desafío a los argumentos que respaldan la organización social vigente. Los discursos y las demandas que invocan derechos indican el carácter irresuelto de los debates sobre el orden social y crean, a su vez, condiciones para modificarlo o estabilizarlo. Cualesquiera que sean los resultados políticos de estos procesos, el

auge de los discursos basados en los derechos obliga a considerar la manera en que entran en conflicto las demandas sociales y cómo se deben resolver. En este sentido, independientemente de las demás dimensiones involucradas en estos conflictos, los casos del corralito y de los fondos de pensiones abrieron un debate sobre el estatus de los derechos de propiedad individuales frente a los derechos de la comunidad al bienestar, mientras que el castigo a la violencia marital abrió la discusión sobre el derecho del Estado a intervenir en la esfera privada. Así, la principal consecuencia inesperada de los discursos basados en los derechos es que pueden cuestionar y desafiar la distribución institucional de las cargas sociales.

Algunos autores argumentan que esta expansión del discurso de los derechos agrava el conflicto social y el carácter adversarial de las relaciones sociales. Mary Ann Glendon, por ejemplo, considera que el resultado social de la expansión del discurso de los derechos es el desorden social porque "el hablar en nombre de los derechos, en su absolutismo [...] inhibe el diálogo que puede llevar al consenso, a la adaptación o al menos al descubrimiento de un terreno común" (Glendon, 1991, 14). En su opinión, el discurso de los derechos refuerza el individualismo a expensas de la comunidad. Otros destacan, por el contrario, que los argumentos de los derechos fortalecen la integración social. Señalan, primero, que los discursos de los derechos dan expresión pública a los conflictos y los traducen, pero no los inician (Minow, 1987, 1871). Y argumentan que los discursos de los derechos reafirman la integración social y la vida social en la medida en que son una invitación a la comunidad más amplia y a sus autoridades a que decidan sobre el estatus de los demandantes. Quienes recurren a los discursos de los derechos piden la intervención y la atención de la comunidad más amplia. Por tanto, el uso de los discursos de los derechos implica que los demandantes reconocen su pertenencia social. Como señala Martha Minow, el uso del discurso de los derechos implica enunciar una reivindicación "en una forma ideada por quienes tienen poder en la comunidad (y) expresa una disposición a formar parte de la comunidad, así como una decisión táctica de jugar de acuerdo con las reglas del único juego reconocido por quienes están a cargo" (Minow, 1987, 1875).

¿Se pueden reconciliar estas dos posiciones opuestas? La experiencia argentina muestra que prácticas previamente toleradas ahora se identifican como perjudiciales y que están siendo replanteadas en forma de peticiones de derechos. También muestra que algunas prácticas que eran antiguamente aceptadas se han convertido en objeto de reivindicación y eje de unión de las demandas de derechos. En el proceso, el uso de discursos de derechos ha resultado en un cuestionamiento de la distribución de las cargas sociales vigentes y de la autoridad

de los representantes que las decidieron. En consecuencia, parece que la preocupación de GLENDON por el efecto deletéreo del discurso de los derechos es válida. Los discursos de los derechos parecieran estar debilitando las obligaciones de los ciudadanos con esas decisiones, restando capacidad a los representantes para ejercer su autoridad, lo cual resulta en un estado de malestar con respecto a su autoridad. Sin embargo, nuestra evaluación del probable impacto de los discursos de los derechos cambia si consideramos el uso de los discursos de los derechos como un proceso histórico y dinámico. Si, como sugiere MINOW, los derechos no se deben percibir como "triunfos" sino como el lenguaje que usamos para tratar de persuadir a otros (MINOW 1987, 1875), los discursos de los derechos se convierten entonces en un instrumento dentro de un proceso político contingente. El discurso de los derechos puede, como señala GLENDON, tener efectos deletéreos pero también puede ampliar la integración social. Como en todo proceso político, el desorden social, el mantenimiento del *statu quo* o la ampliación de la integración social son resultados posibles. Para los analistas sociales es difícil evaluar si los efectos adversos y desintegradores de los discursos de los derechos son una etapa transitoria o un punto de reposo relativamente estable. Por lo tanto, aunque no se pueden ignorar las consecuencias deletéreas de los discursos de derechos, su resultado final todavía no es evidente.

## REFERENCIAS

ACUÑA, CARLOS y CATALINA SMULOVITZ (1997). "Guarding the Guardians in Argentina: Some Lessons about the Risks and Benefits of Empowering the Courts", en JAMES MCADAMS (ed.). *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, pp. 93 a 122.

BERCHOLC, JORGE (2000). "Independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad 1935-1983", mimeo.

CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (1998). *Derechos Humanos en Argentina: Informe Anual.*

CELS (julio de 2002). *Argentina: Shadow Report from ONGs to CEDAW Committee*, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.

Consejo Nacional de la Mujer (2002). *La mujer y la violencia en la República Argentina*, Buenos Aires, CNM, [http://www.cnm.gov.ar/areainterv/violencia.htm].

EPP, CHARLES (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.

FELSTINER, WILLIAM, RICHARD ABEL, y AUSTIN SARAT (1980-1981). "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...", *Law and Society Review*, vol. 15, n.º 3-4, pp. 631 a 654.

GALANTER, MARC (1983). "The Radiating Effects of Courts", en KEITH BOYUM y LYNN MATHER (eds.). *Empirical Theories About Courts*, New York, Longman, pp. 117 a 142.

GARAPON, ANTOINE (1997). *Juez y democracia*, Madrid, Flor del Viento Ediciones.

GLENDON, MARY ANN (1991). *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press.

GUARNERI, CARLO y PATRIZIA PEDERZOLI (1999). *Los jueces y la política: Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus.

LYNCH, HORACIO (2002). "Emergencia, derecho, justicia y seguridad jurídica (reflexiones sobre la crisis y las libertades económicas)", *La Ley*, vol. 2002-C, pp. 1287 a 1312.

MCCANN, MICHAEL (1991). "Legal Mobilization and Social Reform Movements: Notes on Theory and its Application", *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 11, pp. 225 a 254.

MCCANN, MICHAEL (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press.

MCCANN, MICHAEL (1998). "How Does Law Matter for Social Movements?", en BRYANT GARTH y AUSTIN SARAT (eds.). *How Does Law Matter?*, Evanston, IL, Northwestern University Press, pp. 76 a 108.

MINOW, MARTHA (1987) "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", *Yale Law Journal*, vol. 96, n.º 8, July, pp. 1860 a 1915.

MOLINELLI, GUILLERMO (1999). "La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos a través del control de constitucionalidad, 1983-98", mimeo.

SCHEINGOLD, STUART (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, New Haven, Yale University Press.

SHAPIRO, MARTIN y ALEC STONE SWEET (2002). *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press.

SMULOVITZ, CATALINA (2001). "Judicialización y Accountability Social", Mimeo.

SMULOVITZ, CATALINA (2002). "The Discovery of Law: Political Consequences in the Argentine Experience", BRYANT GARTH y YVES DEZALAY (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, pp. 249 a 275.

SMULOVITZ, CATALINA (2003). "Protest by Other Means: Legal Mobilization in the Argentinian Crisis", mimeo.

TATE, NEAL y TORBJORN VALLINDER (eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press.

TOBAR, FEDERICO, C. FERNÁNDEZ PARDO et al. (2001). "Impacto económico de la mala praxis médica: Costo de las demandas, juicios y seguros en Argentina", Programa de Investigación Aplicada, Buenos Aires, Instituto Universitario Isalud.

ZEMANS, FRANCES (1983) "Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System", *American Political Science Review*, vol. 77. n.º 3, pp. 690 a 703.

## APÉNDICE

CUADRO B
ENCUESTA DE OPINIÓN PÚBLICA SOBRE PRESTIGIO INSTITUCIONAL
(PORCENTAJE)

| | 1984 | 1991 | 1995 | 1999 | 2000 | 2001 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Iglesia | 46 | 46 | 47 | 60 | 58 | 50 |
| Sistema de educación | 54 | 38 | 34 | 33 | 50 | |
| Prensa | 45 | 27 | 34 | 38 | 42 | 36 |
| Ejército | 19 | 28 | 23 | 27 | 34 | 28 |
| Policía | 24 | 26 | 23 | 24 | 24 | 17 |
| Congreso | 72 | 16 | 17 | 11 | 20 | 8 |
| Grandes compañías | 35 | 25 | 29 | 26 | 20 | 19 |
| Sistema de justicia | 57 | 26 | 26 | 21 | 18 | 12 |
| Funcionarios públicos | 49 | 8 | 8 | 7 | 14 | 5 |
| Sindicatos | 30 | 8 | 10 | 12 | 11 | 7 |
| Partidos políticos | – | 12 | 9 | 7 | 20 | 7 |

Fuente: [http://www.justiciaargentina.gov.ar/estadisticas/imag_jus.htm].

CUADRO A

FALLOS Y DECISIONES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE INCONSTITUCIONALIDAD ENTRE 1935 Y 1995

| Años | Total de solicitudes de control judicial de constitucionalidad[a] de las leyes revisadas | N.º y % de decisiones que declaran la constitucionalidad de las leyes revisadas | | N.º y % de decisiones que declaran la inconstitucionalidad | | Error formal[b] | Promedio anual de decisiones de inconstitucionalidad | Promedio anual de revisiones constitucionales |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1936-1983c | 1.823 | 887 | 48,3% | 541 | 29,4% | 409 | 11,5 | 38,7 |
| 1984-1995 | 233 | 148 | 3,5% | 85 3 | 6,5% | | 7,7 | 21,1 |

Notas

a Solamente aquellos casos publicados totalmente en la *Revista Jurídica La Ley* entre 1936 y 1995, donde se presentó una demanda de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma federal o provincial para la evaluación del tribunal.

b El error formal se refiere al rechazo de un caso debido a un problema formal o técnico.

c Para calcular el promedio anual no se hizo ninguna distinción entre las decisiones tomadas durante los gobiernos militares y constitucionales.

Fuente: los datos de los años 1936-1983 se tomaron de MOLINELLI (1999, 27); los datos de los años 1984-1995 se tomaron de BERCHOLC (2000, 11).

JULIO FAUNDEZ

# *Instituciones comunitarias de justicia y judicialización: lecciones de Perú rural**

Tal como se usa en este capítulo, el término "instituciones comunitarias de justicia" se refiere a instituciones que tienen tres características principales: primera, administran justicia, pero no son parte del sistema judicial oficial; segunda, resuelven disputas que, bajo el sistema legal prevaleciente, están dentro de la jurisdicción exclusiva de las cortes estatales; y tercera, no aplican el derecho estatal, aunque a menudo se basan en principios generales del derecho que son consistentes con los que se encuentran en el sistema legal oficial. En América Latina, este tipo de justicia comunitaria se encuentra en las zonas rurales y en las zonas urbanas. En estas últimas, se encuentra a menudo en los barrios pobres que rodean a muchas ciudades latinoamericanas y que se erigen como símbolos de las fallas del proceso de modernización económica. En las zonas rurales suelen estar asociadas, aunque no siempre, con las comunidades indígenas.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, las actividades de las instituciones comunitarias de justicia son ilegales puesto que implican que las comunidades locales dispensan justicia desafiando las normas de procedimiento civil y penal. En consecuencia, siguiendo un enfoque convencional sobre el papel adecuado de las cortes, la respuesta apropiada a las instituciones comunitarias de justicia sería "judicializarlas" porque usurpan poder y por ello merecen sanciones penales. Este duro resultado es quizá consistente con la visión de los científicos políticos que caracterizan a las zonas a las que no llega el Estado como zonas "marrones" (O'Donnell, 1993). Esta caracterización sugiere que no se debería tolerar a las instituciones comunitarias de justicia y que se las debería someter a la reglamentación del Estado.

Esta posición con respecto a las instituciones comunitarias de justicia también se puede justificar con base en los derechos humanos. Es innegable que muchas instituciones comunitarias de justicia están lejos de encarnar el modelo ideal de legalidad liberal, y que a menudo cometen graves violaciones de los derechos humanos. En términos de procedimiento, esas violaciones se relacionan con la falta de salvaguardias al debido proceso puesto que sus decisiones son sesgadas, suelen ser inconsistentes y no están sujetas a ninguna forma de revisión. Además, a menudo el acusado no tiene oportunidad de ser escuchado o de ser representado adecuadamente. En términos sustantivos, las instituciones comunitarias de justicia suelen adoptar medidas abiertamente incompatibles con los principios básicos de los derechos humanos.

---

* Este capítulo se basa en el texto de un informe que preparé para el DFID (R.U.) sobre sistemas no estatales de justicia en América Latina [www.grc-exchange.org/docs/DS39.pdf].

Una alternativa a la posición dura de la judicialización es reconocer a las instituciones comunitarias de justicia como instituciones judiciales e incorporarlas en el sistema oficial de tribunales. Enfoque al que denomino judicialización blanda. En Uganda, por ejemplo, los consejos locales de gobierno, establecidos inicialmente por la comunidad en zonas a las que no llegaba el sistema oficial de tribunales, hoy forman parte de dicho sistema (Odonga-Mwaka, 2000). En América Latina, el reconocimiento reciente del pluralismo legal en relación con los pueblos indígenas es un primer paso importante hacia la integración de las instituciones comunitarias de justicia dentro de los sistemas nacionales de justicia[1]. En Perú, la constitución de 1993 reconoce el pluralismo étnico y cultural de la nación. Desde el punto de vista de la administración de justicia, la disposición constitucional que ha servido como modelo para los países de la región es el artículo 246 de la constitución colombiana de 1991 que establece lo siguiente: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". Disposiciones similares se encuentran en las constituciones de Bolivia, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Paraguay (Van Cott, 1994, 2002). Está por verse si esas disposiciones constitucionales tendrán un impacto significativo sobre los sistemas políticos y legales[2].

Sin embargo, la judicialización, bien sea en su versión dura o blanda, no es el único enfoque disponible para tratar a las instituciones comunitarias de justicia. Para ilustrar este punto, este capítulo examina dos experiencias de justicia comunitaria en el Perú rural: las rondas campesinas (en adelante rondas) y los núcleos rurales de administración de justicia (en adelante NURAJ). Como muestra el examen siguiente, un enfoque estrictamente legal frente a las instituciones comunitarias de justicia a menudo puede ser contraproducente. Para entender en forma adecuada las instituciones comunitarias de justicia es necesario tener en mente que estas organizaciones no son principal ni exclusivamente judiciales. Además, los factores que llevan al surgimiento de estas instituciones, así como los que las sostienen, se

---

1 La Convención de la OIT n.º 169, *Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adoptada en 1989, ha cumplido un papel muy importante en este proceso.

2 La corte constitucional de Colombia ha decidido algunos casos interesantes que indican que en ese país, al menos, los jueces superiores están empezando a entender las implicaciones del pluralismo jurídico. Cfr. el capítulo de Cepeda en este volumen, y Sánchez (1998).

relacionan generalmente con temas de gobernanza más amplios: la ausencia, la debilidad o la corrupción de las instituciones del Estado en el nivel local. El lente más amplio de la gobernanza también hace posible evitar el error común de considerar a las instituciones comunitarias de justicia como artefactos culturales exóticos de una época anterior o como mecanismos políticos marginales. Aunque es innegable que algunas instituciones comunitarias de América Latina –como las comunidades campesinas de Perú– tienen un linaje histórico y no son reliquias del pasado. La perspectiva de la gobernanza debería hacer posible entender la función política contemporánea de las instituciones comunitarias de justicia que –para mejor o para peor– a menudo refleja y reproduce la debilidad y la fortaleza de la gobernanza en la comunidad más extensa. Así, pese a que algunas actividades de estas organizaciones comunitarias son moralmente reprochables, es necesario tener en mente que su existencia suele ser una consecuencia de la debilidad o de la corrupción de las instituciones del Estado en los niveles nacional o local. Por ello, la comprensión de por qué estas organizaciones comunitarias llegan a existir y de la naturaleza de sus actividades puede ofrecer ideas valiosas sobre diversos temas, como el alcance de las instituciones jurídicas en las zonas rurales, la eficacia de la reglamentación legal y otras formas de intervención del Estado, el papel de la capacitación en derechos humanos y la debatida cuestión de la descentralización.

Este capítulo consta de cuatro secciones. La primera presenta información general básica sobre la justicia rural en Perú, la segunda y la tercera revisan brevemente la experiencia de las rondas y los NURAJ. La sección final sintetiza algunas de las lecciones que los diseñadores de política involucrados en la reforma judicial pueden sacar de esta experiencia.

## LA JUSTICIA RURAL EN PERÚ

Más de la tercera parte de los de 20 millones de habitantes de Perú vive en las zonas rurales, y la mayoría de los habitantes rurales pertenece a uno de los 70 grupos étnicos indígenas. En la región andina hay siete grupos étnicos indígenas, y los dos más grandes son los quechuas y los aymaras. En el Amazonas, que cubre cerca de la tercera parte del territorio de Perú, hay cerca de 65 grupos étnicos indígenas (Conapa, s. f.). La mayoría de la población indígena rural vive en comunidades pequeñas: comunidades campesinas en la región andina y comunidades nativas en la región amazónica. Los miembros de las colonias indígenas están entre los más pobres del país. Una encuesta reciente del gobierno encontró que, de un total de más de 6.000 comunidades indígenas, sólo el 26% superaba la línea de pobreza y

más de la mitad de las restantes vivía en la pobreza extrema o en condiciones de miseria (Jiménez, 1999; Vega, 1998). Además, los pueblos indígenas fueron las principales víctimas de la confrontación militar contra Sendero Luminoso, que causó la muerte de cerca de 70.000 personas entre 1980 y 2000 (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003)[3].

Aunque empobrecidas económicamente, las comunidades campesinas y las comunidades nativas están sometidas a un marco reglamentario muy elaborado. Como ya se señaló, la constitución de 1993 reconoce que las comunidades campesinas y las comunidades nativas tienen el derecho a administrar su propio derecho consuetudinario, siempre que lo hagan dentro de los límites de la constitución. Algunas leyes regulan otros aspectos de los derechos y deberes de las comunidades, incluidos los requisitos para la pertenencia a la comunidad. La ley también reconoce que las comunidades tienen derecho a tierras comunales (Plant y Hvalkof, 2001). A pesar de esta abundante reglamentación hay falta de información acerca de la manera como las comunidades campesinas dirigen sus asuntos o resuelven las disputas (para excepciones parciales, cfr. Drzewieniecki, 1995; Mallon, 1983, 1992; Peña, 1998; Peña et al., 2002; Poole, 1994; Radcliffe, 1990; Vega, 1998). Y casi no existe información sobre los conflictos de jurisdicción entre las comunidades campesinas y las cortes del Estado.

La evidencia disponible indica que la mayoría de la población de las zonas rurales tiene profunda desconfianza en el sistema judicial oficial. Lo rechazan porque es costoso y lento, y porque los jueces y abogados están más interesados en prolongar las disputas que en resolverlas (Peña, 1998). Aunque los habitantes urbanos de muchos otros países comparten estas razones para desconfiar del sistema judicial, las comunidades rurales de Perú también desconfían de los tribunales del Estado porque los consideran poco amistosos e incluso hostiles. Esta opinión no es sorprendente puesto que los jueces y demás personal de los tribunales generalmente no forman parte de la comunidad local. Además, puesto que en los tribunales del Estado los procedimientos legales se llevan a cabo en idioma español y muchos campesinos sólo hablan quechua o aymara, no es sorprendente que las comunidades rurales los consideren como instrumentos de dominación colonial[4]. Una encuesta efectuada en Ayacucho confirma que su

---

3 Sobre la violencia y la política en Perú, cfr. Bourque y Warren (1989).

4 Sobre el tema de la lengua y la identidad étnica, cfr. Ardito (2004a), Bermúdez (2002) y Lozano (2000).

población desconfía del sistema oficial de tribunales y cree que los abogados y el personal de los tribunales locales la discriminan (Ipaz, 2000, 17-19). En comunidades indígenas como la de Calahuyo, la población local considera que el sistema oficial de justicia es una amenaza a su derecho a la autodeterminación y al autogobierno (Peña, 1998).

Las opiniones negativas de las comunidades rurales sobre el sistema estatal de justicia contrastan fuertemente con la popularidad de los jueces de paz (en adelante JP)[5]. Pero los JP no siempre gozan de este nivel de legitimidad. En la primera mitad del siglo xix, fueron utilizados principalmente por los terratenientes para mantener la ley y el orden (Lovatón, 2000). Cuando la reforma agraria de finales de los años sesenta desintegró las estructuras de poder prevalecientes en el campo, los JP llegaron a identificarse estrechamente con las comunidades locales. Hoy en día cumplen un papel importante en la administración de justicia y, en abierto contraste con los jueces profesionales, gozan de un amplio apoyo popular. Los JP actúan principalmente como conciliadores (Chunga, 1986; Comisión Andina de Juristas, 1999; La Rosa, 2003). También tienen una jurisdicción limitada para adjudicar en asuntos tales como deudas, mala conducta, pagos de alimentos y ciertos casos de violencia doméstica. En la práctica, sin embargo, y como resultado de la demanda de las comunidades locales, a menudo se exceden en su jurisdicción. Los JP abordan los asuntos informalmente y, bajo el código de procedimiento civil, se espera que respeten las prácticas y la cultura locales (Lovatón, 2000, 21). Es indudable que la popularidad de los JP dentro de la población rural compensa las deficiencias del sistema oficial de tribunales. Sin embargo, su popularidad no ha impedido el surgimiento de instituciones de base que las comunidades locales utilizan para oponerse a las instituciones del Estado o transformarlas.

---

5 Los jueces de paz son magistrados legos que, hasta hace poco, eran nombrados por la corte suprema. Hoy en día los elige la comunidad. En la actualidad hay cerca de 4.000 JP, principalmente en las zonas rurales y en las capitales de distrito. También hay JP en los barrios pobres de la mayoría de las ciudades, excepto en Lima. En vista de la demografía del país –30% rural y 20% en pueblos pequeños– la red de JP presta servicios de justicia a cerca de la mitad de la población. No son asalariados, pero, en algunas zonas, cobran a las partes por sus servicios, con base en la noción de reciprocidad.

## RONDAS CAMPESINAS – PATRULLAS DE VIGILANCIA NOCTURNA

Las rondas campesinas, o patrullas de vigilancia nocturna, son las organizaciones comunitarias de justicia más exitosas –y controversiales– que surgieron en el Perú rural en los últimos 30 años. Aparecieron a mediados de los años setenta en el departamento de Cajamarca, en el nordeste de Perú, para enfrentar el problema del abigeato y de los robos en general. Tal fue su éxito en el control de los delitos que las comunidades de otros departamentos muy pronto replicaron su estructura. Las rondas también atrajeron la atención del Estado cuando los gobiernos sucesivos intentaron utilizarlas en su lucha contra los movimientos rebeldes en el campo. Sin embargo, mientras que un brazo del Estado intentaba cooptarlas, los dirigentes de las rondas que eran acusados de usurpar las funciones de la policía y del sistema judicial enfrentaban acusaciones penales y, a menudo, el encarcelamiento (YRIGOYEN, 2002).

El departamento de Cajamarca está formado principalmente por agricultores comerciales independientes mestizos de habla española. El tamaño promedio de sus parcelas es de siete hectáreas (ASER, 2001). Sin embargo, algunas parcelas son demasiado pequeñas para proporcionar la subsistencia. Las parcelas grandes llegan a 24 hectáreas (GITLITZ y ROJAS, 1983, 165 a 167). Las rondas se crearon principalmente para proteger la propiedad privada (GITLITZ y ROJAS, 1983). Entraron en existencia debido a que la comunidad no tenía confianza en que la policía o el sistema judicial fueran capaces o estuvieran dispuestos a protegerla de las bandas organizadas involucradas en el robo de ganado y otros delitos violentos. De hecho, los campesinos de Cajamarca creían que la policía y el sistema judicial local respaldaban estas actividades delictivas. Sea como fuere, de acuerdo con un informe de una ONG, sólo el 10% de los casos penales que se presentaban en las cortes locales terminaban en fallos de culpabilidad (ASER, 2001). Aunque algunos observadores son cautelosos acerca de si la policía estaba implicada en el robo de ganado, creen sin embargo que era lenta e ineficiente para responder a la actividad criminal. También creen que se podía haber hecho mucho más para controlar las rutas que se utilizaban para trasladar el ganado fuera de las áreas y de los centros donde se negociaba el ganado robado (GITLITZ y ROJAS, 1983, 164). Los académicos que han estudiado el abigeato en otras áreas de Perú confirman que las élites locales, la fuerza de policía e incluso los maestros de escuela estaban a menudo involucrados en el abigeato (PAPONNET-CANTAT, 1994, 213).

La primera ronda se creó en la aldea de Cuyumalca, en el departamento de Cajamarca (GITLITZ y ROJAS, 1983, 179). Fue el producto de los esfuerzos de

un individuo, un campesino relativamente próspero. Él consiguió el respaldo de las autoridades políticas mediante un acuerdo en el que se entendía que las rondas apoyarían a la policía en el control de los delitos y que sus miembros no portarían armas. Sin embargo, en la práctica, los miembros de la rondas portan armas y están involucrados en la administración de justicia, un asunto que no fue ni siquiera contemplado cuando se creó la primera ronda.

La estructura de las rondas sigue una pauta común. La asamblea general, integrada por campesinos que poseen tierras en una aldea particular, eligen a los miembros del comité de la ronda. El comité luego divide la zona en sectores. Cada sector es organizado por un delegado nombrado por las rondas. Se exige que los hombres de 18 a 60 años sirvan en las patrullas de la rondas. Las mujeres por lo general no toman parte en las patrullas de vigilancia nocturna, aunque apoyan el trabajo de la rondas proporcionando alimentos y otros servicios subsidiarios.

Las rondas generalmente llevan los sospechosos a la asamblea general, no a la policía. La asamblea general es responsable de la tarea de decidir si el sospechoso ha cometido una ofensa criminal y, de ser así, de establecer el castigo. El alcance de las actividades de la rondas se ha ampliado. Algunas participan en actividades de bienestar y en el desarrollo de obras públicas de la comunidad, como la construcción de instalaciones médicas y el mejoramiento de los sistemas de irrigación. Desde la protección de la propiedad, las rondas también han ampliado sus funciones policivas y judiciales para incluir ofensas más generales, como la difamación, el daño a los cultivos o animales, la embriaguez, los asaltos y las disputas familiares.

En 1978, las rondas habían logrado mucho éxito en el control de los robos en Cajamarca. El éxito aumentó su legitimidad e impulsó el establecimiento de rondas campesinas en otros departamentos rurales. Muy pronto surgieron rondas en los departamentos de Piura, San Martín, Amazonas, Junín y Ancash. En 1991, las rondas campesinas se habían convertido en la organización de base más popular de Perú. Cubrían cerca de 3.500 aldeas del nordeste, en un área de 150.000 kilómetros cuadrados (ASER, 2001). En algunos departamentos, especialmente en Junín y Ancash, las comunidades campesinas las establecieron como parte de su estructura de gobernanza. Se desarrollaron entonces dos tipos de rondas: las rondas originales, establecidas por agricultores comerciales independientes en Cajamarca, y las rondas establecidas por campesinos indígenas como parte de sus estructuras de gobernanza.

## ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Hay una importante diferencia entre las rondas campesinas establecidas por los agricultores independientes –como en el caso de Cajamarca– y las establecidas por comunidades indígenas. En el primer caso, la constitución no permite que las rondas participen directamente en la administración de justicia. En el segundo caso, las comunidades campesinas desempeñan funciones judiciales y las rondas las apoyan.

A pesar de la intensa controversia política que las rondas han suscitado, hay poca información confiable acerca de la manera en que administran justicia. Los dos académicos que han estudiado las rondas en algún detalle, JOHN GITLITZ (2000) y ORIN STARN (1999), confirman que las rondas recurren a castigos corporales y que sus decisiones a menudo carecen de consistencia. ORIN STARN señala, sin embargo, que aunque las rondas usan el castigo corporal, lo hacen para restablecer la armonía en la comunidad (STARN, 1999, 135).

GITLITZ ofrece una interesante explicación de la forma en que las rondas de las diferentes localidades manejaron casos de alegatos de violación –un asunto que de acuerdo con el código penal peruano se ha de remitir, en todo caso, a los tribunales del Estado–. En el primer caso, el castigo fue suave, en el segundo fue brutal.

El primer caso se refería a una adolescente que fue asaltada por un hombre que, aunque alcohólico, era muy querido por la comunidad. Los padres de la víctima, sin embargo, no eran populares, especialmente la madre. La asamblea general encontró que el intento de violación era una ofensa grave, pero sus miembros estaban divididos acerca de cómo proceder. Algunos argumentaban que el caso se debía trasladar a las cortes del Estado, otros estaban en desacuerdo y sostenían que la comunidad debía castigar al acusado. Al final, predominó esta última opinión y se exigió al acusado que pagara una pequeña suma a la madre de la víctima como compensación por la pérdida de reputación de la hija. El ofensor también tuvo que realizar seis días de trabajo comunitario y seis patrullas nocturnas adicionales. En ningún momento la asamblea pidió la opinión de la víctima.

El segundo caso implicaba a un hombre que tenía un amorío con la esposa de un vecino. El día del incidente fue rechazado por la mujer, que sabía que su esposo estaba cerca y temía que los descubriera. Mientras la mujer disputaba con su amante, el esposo entró en escena y refirió el asunto a la ronda local. El caso atrajo enorme atención en la vecindad y, después de largas consultas, la asamblea de la ronda decidió que el hombre era culpable y debía ser sometido a la "disciplina

de masas", un castigo que consiste en dos latigazos de cada persona presente en la audiencia. A la audiencia asistían 250 vecinos y el hombre tenía que recibir 500 latigazos. Después de los diez primeros, quedó claro que no sobreviviría a los 490 restantes, de modo que el presidente suspendió el procedimiento para consultar a la asamblea. Propuso que se terminara el castigo porque el hombre ya había sido castigado adecuadamente. Sin embargo, la mayoría de la asamblea no estuvo de acuerdo, pero aceptó que 500 latigazos eran excesivos. De todos modos, se acordó que sólo se permitiría que las mujeres casadas presentes en la asamblea siguieran administrando los latigazos. El hombre recibió 70 latigazos en total.

El procedimiento y los resultados diferentes de estos casos suscitan preocupantes interrogantes acerca de las rondas como instituciones comunitarias de justicia. Los casos indican que la justicia de las rondas está más cerca de la justicia popular que de la justicia restaurativa de las comunidades indígenas[6]. Los informes recientes sugieren, sin embargo, que las rondas tienden a emplear más el trabajo comunitario como forma de castigo que el castigo corporal (Ardito, 2004b). Esos informes también indican que los miembros de las rondas a menudo se niegan a tratar los delitos graves y los trasladan a las cortes locales del Estado (Aranda, 2003). Pero la información disponible es insuficiente y no permite hacer generalizaciones. Para formarse una opinión acerca de este aspecto de las actividades de las rondas, se requiere más información acerca de la forma en que manejan las disputas. Aunque muchos observadores plantean que la población local prefiere abrumadoramente someter sus disputas a las rondas que al sistema de justicia oficial (Gitlitz y Rojas, 1983; Yrigoyen, 2001a, 2001b, 2002). Esta opinión es corroborada por una investigación de las rondas campesinas en el departamento de Piura (Starn, 1999, 291).

## MUJERES Y RONDAS

La opinión predominante entre los observadores es que las rondas campesinas están dominadas por los hombres y que sus actividades tienen una orientación masculina. Starn reporta, sin embargo, que en algunas localidades las mujeres han descubierto maneras de usar las rondas como medio para debilitar y romper la hegemonía patriarcal (1999, 174 a 183). Así, por ejemplo, las mujeres a menudo piden el apoyo de sus hermanos o padres para llevar los asuntos de violencia

---

6 Sobre la justicia popular, cfr. Yngvesson (1989) y Joh (2000–2001).

doméstica a la atención de la asamblea general. El resultado de los casos de violencia doméstica en una aldea de Cajamarca indica que las rondas están avanzando en afrontar el problema de la igualdad de géneros. De acuerdo con STARN (1999, 181), en 1986, de ocho casos de violencia doméstica que se presentaron a la atención de la asamblea general de Túnel Seis, una localidad de Cajamarca, sólo se descartaron dos. En cuatro casos se exigió que el hombre aceptara, por escrito, no abusar de su mujer. En los dos casos restantes, la asamblea decidió que se debía castigar a los hombres de acuerdo con la costumbre local: el azotamiento. No es sorprendente entonces que las mujeres descubran que los hombres de su comunidad son un poco menos enérgicos cuando tratan a las mujeres. Esto lleva a que STARN especule que si se pidiera a las mujeres que eligieran entre el sistema oficial de justicia y la justicia administrada por las rondas, escogerían las rondas (1999, 291). Sin embargo, STARN también reporta que en el caso de las disputas maritales el 50% de las mujeres opta por el sistema oficial de tribunales (cfr. también ARANDA, 2003; ARDITO, 2004b).

## VÍCTIMAS DEL ÉXITO

El éxito de las rondas en el control de los delitos y su popularidad en Cajamarca atrajo inevitablemente la atención de los políticos nacionales. La administración de ALAN GARCÍA (1985-1990) trató, sin mayor éxito, de cooptar y politizar las rondas. Esos esfuerzos elevaron su perfil y llevaron a una proliferación de rondas en todo el campo (GITLITZ y ROJAS, 1983, 180). En 1986, el congreso aprobó una legislación que definía estrictamente el papel de las rondas, describiéndolas como organizaciones comunitarias pacíficas, democráticas y autónomas, pero subordinándolas totalmente a las autoridades judiciales y de policía locales. No se les otorgó ninguna función judicial ni de coerción. Dos años después, a través de un decreto del ministerio del interior, el gobierno intentó convertirlas en una rama de la policía nacional. La evidencia disponible indica que no hubo esfuerzos para hacer cumplir seriamente ese decreto, que fue totalmente ignorado por las rondas (CEAS, s. f.).

Durante la administración de ALBERTO FUJIMORI (1990-2000), el gobierno intentó intervenir nuevamente. Esta vez el enfoque era más brutal porque intentaba reclutar a las rondas en su campaña contra Sendero Luminoso. Promovió la creación de comités de autodefensa en algunas localidades como parte de su guerra contra Sendero Luminoso. Eran organizaciones comunitarias organizadas y armadas por el ejército con el objetivo principal de respaldar la campaña mili-

tar contra el terrorismo (DEGREGORI et al., 1996). El gobierno de FUJIMORI y sus partidarios las denominaron rondas campesinas, generando mucha confusión y resentimiento entre los miembros de las rondas independientes auténticas, sobre todo en las de Cajamarca. Pero el gobierno estaba resuelto a utilizar a las rondas en el marco de su estrategia militar. Así, en 1993 aprobó un decreto que les exigía adoptar la estructura de los comités de autodefensa. La evidencia indica que muchas rondas se negaron a inplementar este decreto, pero quedaron debilitadas (CEAS, s. f.).

Desde una perspectiva jurídica, el golpe más grave contra las rondas llegó con la aprobación de la constitución de 1993. El artículo 149 de la carta establece que las comunidades campesinas y las comunidades indígenas pueden administrar justicia de acuerdo con el "derecho consuetudinario"[7]. No otorga este derecho a las rondas. Simplemente reconoce que las rondas campesinas creadas por las comunidades campesinas pueden apoyar a las autoridades de las comunidades en sus funciones judiciales. En consecuencia, las rondas que no son parte de una comunidad campesina –es decir, las rondas originales creadas en Cajamarca– no están autorizadas para administrar justicia.

En los últimos años, las rondas cabildearon enérgicamente para asegurar que el congreso aprobara una legislación que reconociera explícitamente que también tenían el poder para administrar justicia. Después de un prolongado debate, el 12 de diciembre de 2002 el congreso aprobó una nueva ley para las rondas. La ley reconoce que las rondas cumplen una función en la resolución de disputas, pero tan sólo como mecanismos para facilitar la conciliación de las disputas locales. Aunque esta disposición es superflua, puesto que las rondas no necesitan una ley para desempeñar esta función, la nueva ley es no obstante un gesto positivo de la legislatura. En efecto, la nueva ley se puede ver como un paso en el proceso de negociación de una enmienda constitucional que algún día dé a las rondas el derecho a desempeñar funciones judiciales[8].

---

7 El artículo 149 de la constitución dispone lo siguiente: "Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de los Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su área territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que esto no viole los derechos fundamentales de la persona. La ley establecerá la forma de coordinación entre esta jurisdicción especial y los jueces de paz, y otras instituciones del sistema judicial".

8 Sobre la nueva ley, cfr. RUIZ (2003) e YRIGOYEN (2003).

La autorregulación ha surgido como alternativa a las deficiencias de la reglamentación del Estado. Mientras que el debate legislativo se llevaba a cabo en Lima, en junio de 2001 una federación de rondas de una de las provincias de Cajamarca (Central Unificada Provincial de Rondas Campesinas de la Provincia de Hualgayoc) adoptó sus propias reglamentaciones (CUPROC, 2001), que definen en detalle los objetivos, la función y la estructura de las rondas. Es un documento extenso, integrado por 77 artículos, muchos de los cuales se dividen en varias secciones y subsecciones.

La sección sobre la administración de justicia establece que las rondas tienen jurisdicción sobre las disputas públicas y privadas. Describe a la primera categoría como "asuntos agrícolas relacionados con la propiedad comunal e individual", y a la segunda como "asuntos familiares que pueden tener influencia en la ley y el orden dentro de la comunidad". Bajo las reglamentaciones, hay tres órganos investidos de poder judicial: el comité ejecutivo y el comité judicial, los cuales tratan casos en primera instancia, y la asamblea general, el órgano judicial y político superior, que atiende las apelaciones de los otros dos órganos.

Es interesante que las reglamentaciones no digan nada de la ley que aplican las rondas. Son, por tanto, ambiguas sobre la cuestión esencial de la relación entre la justicia de la ronda y el sistema formal. Aunque reconocen que las ofensas graves se deben trasladar al sistema formal de justicia, también disponen que, antes de esa transferencia, la asamblea general tiene la obligación de investigar el asunto (art. 60). Además, aunque las regulaciones reafirman que las rondas normalmente no se opondrán ni interferirán el trabajo de los órganos judiciales del Estado, también disponen que las rondas se deben mantener vigilantes y denunciar la corrupción y las malas prácticas de los jueces, los fiscales y la policía.

Las regulaciones también incluyen un artículo que explica por qué la justicia de la rondas es mejor que la justicia del Estado. Éste sostiene que ello obedece a que los miembros de la ronda están familiarizados con el tipo de disputas que surgen en su comunidad y que, por tanto, están en mejor posición para resolverlas. Por otra parte, sostiene que el sistema de justicia del Estado no puede resolver las disputas de la comunidad porque no sólo no está familiarizado con la localidad sino que también depende de testimonios de testigos que desconocen o ignoran la realidad de la comunidad.

Es claro que el congreso peruano no tomó en cuenta estas reglamentaciones cuando adoptó la nueva ley. Sin embargo, las reglamentaciones son probablemente una guía más confiable de la práctica de las rondas que la nueva legislación. Queda por ver si el sistema oficial adoptará en el futuro una política más realista hacia las rondas.

## NÚCLEOS RURALES PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (NURAJ)

Los NURAJ o núcleos rurales para la administración de justicia fueron creados en el departamento de Ayacucho en 1997, después de la guerra contra Sendero Luminoso. Su objetivo es ayudar a las comunidades campesinas a reconstituir la sociedad civil proporcionándoles un pronto y eficiente acceso a la justicia. La experiencia de los NURAJ es de especial interés en dos aspectos. Primero, porque ofrecen un marco que reúne a los líderes de la comunidad y a los funcionarios estatales y, como tal, es un intento de remodelar y democratizar las estructuras de gobernanza. Y segundo, porque llegaron a existir debido a los esfuerzos del Instituto de Investigación y Promoción del Desarrollo y la Paz (IPAZ), una ONG local, lo que ofrece una interesante perspectiva de la manera en que las agencias externas se pueden comprometer con las organizaciones populares (IPAZ, 2000).

El departamento de Ayacucho, en el sur de Perú, tiene una población de cerca de 500.000 habitantes, el 2% de la población del país. El 80% de sus habitantes son pobres o extremadamente pobres. La población de Ayacucho sufrió el embate de las atrocidades cometidas por Sendero Luminoso. También estuvo sometida a las medidas arbitrarias y represivas del ejército durante la campaña contra el terrorismo. Como consecuencia de la violencia, se estima que más de 150.000 personas fueron desplazadas, de las cuales la mitad tuvo que salir de Ayacucho. La violencia redujo la productividad y dislocó gravemente la vida comunitaria y familiar. Las mujeres sufrieron los peores efectos. De acuerdo con una encuesta a seis comunidades, más del 40% de las mujeres perdieron a un miembro de la familia durante la guerra, de modo que en su mayoría se convirtieron en la única fuente de ingresos (LAYNES, 2004, 12 a 14). Así, no es sorprendente que las comunidades rurales se aislaran y desconfiaran cada vez más de cualquier forma de autoridad pública. Los NURAJ pueden verse entonces como un intento de reconstruir la confianza en las autoridades del Estado a través de la participación popular en la administración de justicia y la gobernanza en general.

Los NURAJ se establecen dentro de la jurisdicción territorial de una municipalidad rural o consejo menor. Sus miembros incluyen a un delegado de cada una de las comunidades campesinas del municipio, a una representante de la asociación local de mujeres, al alcalde, al juez de paz (si lo hay) y a la policía local (el teniente gobernador). El primer NURAJ se creó en la provincia de Huanta en 1997. A comienzos de 2000, se fundaron ocho más, todos ellos en el departamento de Ayacucho.

Entre 1997 y 2000, se entablaron 84 disputas ante los NURAJ. Las disputas se pueden clasificar en las siguientes categorías: violencia doméstica (17 casos), asalto (15), robo (12), familia (10), propiedad (5), y otros (25). El IPAZ reporta que los NURAJ resolvieron el 70% de esos casos. El resto se trasladó al sistema oficial de tribunales.

### LAURA VS. NEMESIA: UNA DISPUTA POR LA TIERRA

No se dispone de información detallada de los casos que han decidido los NURAJ. Sin embargo, en marzo de 1999, tuve la oportunidad de viajar a Chaca, en la Provincia de Huanta, donde observé a los NURAJ en acción. Los procedimientos se realizaban en quechua, pero un antropólogo local hacía la traducción simultánea. Lo que sigue se basa en las notas que tomé en esa época.

Hasta 1982, Chaca fue una hacienda de propiedad privada. Con la reforma agraria se transfirieron 2.600 hectáreas a las comunidades campesinas. Sólo el 18% de estas tierras es apto para cultivo (principalmente papa y cereales como el trigo y el maíz), el 43% se dedica a pastos y el 38% es inaccesible y económicamente inviable. La comunidad asigna la tierra cultivable a las familias y ésta se transmite a los miembros de la misma familia después de la muerte del cabeza de familia. Los pastizales son de propiedad comunal. Ni la tierra de propiedad comunal ni las parcelas familiares están registradas.

Las parcelas familiares fueron asignadas antes de que Sendero Luminoso empezara sus actividades en la región. Cuando la violencia estalló, las familias se vieron forzadas a salir de sus parcelas y a formar aldeas para protegerse. En consecuencia, algunas familias no podían trabajar regularmente en sus parcelas y surgió la confusión acerca de la demarcación precisa de sus propiedades. Además, puesto que muchos cabezas de familia varones fueron asesinados u obligados a salir de la región, algunas parcelas fueron abandonadas temporalmente.

La disputa entre LAURA y NEMESIA se refería a la demarcación precisa de las parcelas familiares. Ésta surgió como consecuencia de la confusión ocasionada por la presencia de Sendero Luminoso en la zona. El área en disputa era pequeña, de apenas media hectárea en total, pero de gran valor económico para las partes. LAURA pretendía que NEMESIA estaba ocupando ilegalmente su terreno. De acuerdo con LAURA, quien había perdido a su esposo, la tierra pertenecía a su padre, que se había visto obligado a salir de la zona debido a las actividades de Sendero Luminoso. La parcela de su padre no había sido cultivada durante algún tiempo, pero ella la había empezado a cultivar hacía poco. NEMESIA argu-

mentó que el terreno en disputa pertenecía a su esposo, que también había sido forzado a escapar de la zona. Ella decidió volver a ocupar la parcela debido a que necesitaba dinero para apoyar a su familia. En su alegato, dijo a los miembros del panel del NURAJ que durante la ausencia de su esposo ella se había mantenido fiel y había trabajado duro para levantar a sus hijos. También señaló que cumplía regularmente con sus obligaciones hacia la comunidad.

Los miembros del panel hicieron preguntas a ambas partes, tratando de establecer ante todo si también habían cultivado tierras en otra parte. Así mismo recordaron a las partes que no podían hacer reclamaciones sobre las áreas de pastos o de árboles maderables que pertenecían a la comunidad. Luego hubo una breve fase de discusión y deliberación abierta entre los miembros del panel. Algunos pensaban que el factor decisivo era el intervalo de tiempo que cada mujer había ocupado el terreno en disputa. Otros señalaron que la lealtad hacia la comunidad durante la guerra contra el terrorismo era un factor más relevante. La mayoría acordó que la buena ciudadanía era un factor importante. Al final, el panel decidió que se debía permitir a NEMESIA que siguiera cultivado la parcela, pero le recordó que no se le permitía sacar leña ni ningún otro producto de la parcela adyacente que LAURA cultivaba. El panel también anunció que los representantes del NURAJ inspeccionarían el sitio y demarcarían el terreno al día siguiente, y cuando ese procedimiento se completara, las partes firmarían un acuerdo de conciliación.

El proceso fue clausurado por el presidente del panel, quien congratuló a las partes por haber llevado la disputa a la atención de las autoridades de la comunidad. En un breve pero emotivo discurso subrayó la importancia de resolver pacíficamente las disputas puesto que –como señaló– "en esta comunidad todos somos pobres y debemos aprender a convivir con los demás". También recordó a ambas partes la importancia de cumplir los términos del acuerdo de conciliación. Finalmente, pidió a las mujeres que se dieran un abrazo.

## CONFLICTO RESUELTO

Este caso es interesante por varias razones. Primera, aunque NEMESIA ganó, el presidente del NURAJ describió el resultado como un compromiso en el que ambas partes habían decidido zanjar sus diferencias[9]. Segunda, si bien es difícil tener seguridad de la justicia del resultado, la habilidad argumental de las partes jugó

---

9 Sobre la ambigüedad de la noción de "armonía", cfr. NADER (1997, 1990).

un papel importante. NEMESIA, que hacía poco había asistido a una sesión de entrenamiento dirigida por una ONG local, fue mucho más articulada que LAURA. El tema principal de su alegato fue la lealtad hacia su esposo y hacia la comunidad. Quizá era una forma codificada de decir que la otra mujer no había sido leal con su esposo alejado y había traicionado a la comunidad durante la guerra contra el terrorismo. Tercera, ni las partes ni los miembros del panel hicieron ninguna referencia al derecho consuetudinario, aunque todos eran miembros de una comunidad de lengua quechua. Los hechos en que las partes basaban sus pretensiones eran relativamente recientes, y algunas de sus interpretaciones de estos eventos se basaban en principios de equidad que podían haber sido igualmente efectivos si los hubieran expresado ante una corte del Estado. Cuarta, la sala en la que se efectuó la audiencia tenía la apariencia de un tribunal formal. El panel se sentó en la mesa directamente en frente de las partes. La mesa, cubierta con un elegante mantel verde, tenía como decoración una pequeña bandera de Perú. En la sala también había una estantería en la que había dos o tres códigos legales. Los miembros del público se sentaron unos metros detrás de las partes y no se les permitió intervenir en la audiencia. Quinta, aunque la audiencia se realizó en quechua, uno de los miembros del NURAJ registró cuidadosamente, en español, la decisión del panel. El mantenimiento de registros es importante, y sirve como garantía de que el centro y la comunidad, y eventualmente las autoridades del Estado, reconozcan y hagan cumplir la decisión. A este respecto es importante tener en mente que los dos miembros del panel del NURAJ eran funcionarios nombrados del Estado. Sexta, la participación de los funcionarios nombrados del Estado –especialmente un JP que, en teoría, podía haber resuelto el asunto– indica que el NURAJ ha tenido éxito en su labor de revivir a la sociedad civil y mejorar la gobernanza democrática (LAYNES, 2004, 20).

## LECCIONES

### SUPERACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA

La respuesta de los abogados y jueces latinoamericanos a las instituciones comunitarias de justicia está modelada profundamente por sus concepciones acerca del régimen de derecho y del sistema jurídico. El régimen de derecho, tal como lo conciben diversas vertientes del positivismo legal, es concebido como un conjunto de reglas jerárquicamente relacionadas que derivan su validez de las demás y son interpretadas terminantemente por autoridades nombradas oficialmente. En la

cima de esta red de normas se sitúa la "norma básica", que es la fuente última de validez dentro del sistema jurídico. En esta concepción no hay espacio para las instituciones comunitarias de justicia del tipo que examinamos en este capítulo. De hecho, justamente por estas razones la profesión jurídica y el sistema judicial de Perú, así como los de muchos otros países latinoamericanos, tienen dificultades para aceptar que las organizaciones comunitarias de justicia tienen una función que cumplir en el sistema jurídico. Aunque el reciente reconocimiento del pluralismo legal está contribuyendo a modificar las actitudes, aún hay un largo camino por recorrer antes de que los expertos jurídicos de la región acepten la legitimidad de estas organizaciones comunitarias. En el Perú rural, por ejemplo, si bien los abogados y jueces están dispuestos a aceptar que las rondas campesinas son *cuida vacas* útiles, consideran que sus miembros son usurpadores del poder y los someten a procesos penales.

La popularidad de que gozan instituciones comunitarias de justicia como las rondas y los NURAJ indica que la población rural de Perú no entiende ni acepta las principales pretensiones de la cultura jurídica predominante. Después de todo, esas instituciones no forman parte del sistema legal, no aplican reglas escritas y sus decisiones son a menudo arbitrarias e inconsistentes con las disposiciones de la constitución. La disonancia entre la cultura jurídica oficial y las actitudes populares hacia la ley indican que el enfoque de política blanda de la judicialización –el enfoque que busca incorporar a las instituciones comunitarias de justicia dentro del sistema oficial de tribunales– merece consideración. Este enfoque beneficiaría al sistema oficial de tribunales, puesto que aumentaría su legitimidad popular. De hecho, algunas encuestas recientes indican que, a pesar de más de una década de reformas judiciales en la región, la opinión pública de muchos países no se siente impresionada por el desempeño de las cortes. Las encuestas también muestran que los ciudadanos desconfían de las cortes tanto como desconfían de los políticos, y que siguen considerando que los jueces son instrumentos de las élites políticas y económicas (GALINDO, 2003; PNUD, 2004). El principal obstáculo para un enfoque blando de la judicialización es que se presupone que estas instituciones comunitarias son exclusivamente instituciones judiciales y que todas están dispuestas a formar parte del sistema oficial de tribunales. En vista de las diversas funciones de gobernanza que desempeñan las rondas, es improbable que puedan ser fácilmente integradas al sistema oficial de tribunales. Por otra parte, los NURAJ, debido a su composición y a sus mejores relaciones con las autoridades públicas de la región, pueden estar más dispuestos a aceptar esa política.

En todo caso, es mucho lo que el sistema oficial de tribunales puede aprender del éxito y la popularidad de las rondas y de los NURAJ. Los actuales esfuerzos de reforma judicial han abordado ante todo los problemas del manejo macro del sistema judicial. La experiencia de las instituciones comunitarias de justicia indica que, en las zonas rurales, se deberían asignar más recursos a probar y desarrollar políticas que alimenten las buenas relaciones entre las comunidades locales y el sistema oficial de tribunales. Este es obviamente un proceso complejo, pero hay muchas iniciativas que vale la pena considerar. Por ejemplo, una de las razones para que hayan surgido los NURAJ fue simplemente que las cortes de Ayacucho no eran accesibles a la población que vive en comunidades remotas debido a los malos caminos y a que no existe transporte público. Por tanto, las iniciativas que tratan de acercar los tribunales a las comunidades locales pueden hacer mucho para alimentar las buenas relaciones entre el sistema oficial y las comunidades locales. A este respecto, iniciativas tales como las "casas de justicia" en Colombia y Guatemala (HENDRIX, 2000; USAID, 2000), así como los "módulos básicos de justicia" en Perú (HERNÁNDEZ-BREÑA, 2003) ofrecen lecciones interesantes.

La distancia física entre los tribunales y las comunidades locales puede ser más fácil de resolver que la brecha cultural. En el Perú rural, el lenguaje es una importante barrera que aún no se ha resuelto (BERMÚDEZ, 2002). En el caso de Laura vs. Menesia ante el NURAJ, las partes no habrían podido exponer su caso ante un tribunal oficial por no hablar español, cuando en las cortes de Ayacucho no se permite el uso del quechua. Aparte de las medidas para superar las barreras lingüísticas, la selección y el nombramiento del personal judicial en las zonas rurales deberían asegurar que la población local esté representada adecuadamente y que se capacite a los abogados y a otros profesionales que deseen seguir una carrera en el sistema judicial.

## DESAFIANDO EL CENTRALISMO

En muchos países de América Latina, la concepción monolítica del sistema jurídico está emparejada con un fuerte centralismo político expresado en una incapacidad crónica de las autoridades del centro para delegar poder a las autoridades elegidas localmente. Los representantes del ejecutivo en las provincias a menudo tienen más poder que los representantes de las comunidades locales, y pueden debilitar las prácticas democráticas en el nivel local mediante el control que ejercen sobre la policía, el ejército y el presupuesto. Aunque los gobiernos centrales son capaces de quebrantar las iniciativas locales, a menudo son realmente incapaces de llegar

a las áreas remotas de su territorio. Estas circunstancias ofrecen la oportunidad para el surgimiento de organizaciones comunitarias de justicia que atiendan las necesidades básicas de gobernanza y de justicia de sus comunidades.

De diferentes maneras, las rondas y los NURAJ plantean un desafío interesante a la tradición del centralismo: las rondas llegaron a existir precisamente porque las autoridades locales del Estado –el alcalde, la policía y los jueces– no ayudaban a la comunidad local a combatir las actividades delictivas que afectaban su supervivencia. Las rondas respondieron emprendiendo acciones directas para proteger a los miembros de la comunidad del hurto de ganado. Cuando las rondas probaron ser exitosas en el desempeño de esta tarea, sus competencias se ampliaron y se involucraron en otras actividades, incluida la adjudicación de las disputas familiares, y asumieron la responsabilidad del bienestar general de la comunidad. Desde esta perspectiva, las rondas se pueden considerar como una respuesta efectiva y creativa de la comunidad a las deficiencias del modelo centralizado del Estado. Dado que hoy en día muchas agencias de desarrollo consideran que la descentralización es una panacea, las rondas ofrecen lecciones valiosas sobre lo que funciona y lo que no funciona en esta área de reforma del Estado. La experiencia de los NURAJ es también interesante porque es una respuesta imaginativa de la comunidad al problema de establecer formas viables y democráticas de autoridad pública en el nivel local. Esta es una tarea crucialmente importante en zonas, como la de Ayacucho, donde el conflicto armado devastó a la sociedad civil.

## REGULACIÓN

Los ejemplos que se examinan en este capítulo muestran que aunque las instituciones comunitarias de justicia se pueden localizar en áreas remotas del país están en permanente interacción con las instituciones oficiales del sistema legal. A veces, como el caso de las rondas campesinas, su objetivo es oponerse a las prácticas institucionales del sistema legal oficial. En otras ocasiones, como en el caso de los NURAJ, su objetivo es menos desafiante pero no menos efectivo, puesto que buscan transformar las prácticas de los funcionarios del Estado mediante la acción conjunta en el nivel de base.

El Estado, por su parte, rara vez ignora la existencia de las instituciones comunitarias de justicia. La experiencia del Estado peruano en su intento de regular a las rondas ofrece lecciones interesantes. A pesar de los resueltos esfuerzos de varios gobiernos para manipularlas, reprimirlas, cooptarlas y regularlas, las rondas no sólo se las arreglaron para sobrevivir, sino que lograron bastante legitimidad.

En efecto, aunque las rondas y sus partidarios no lograron persuadir al congreso para que reconociera que administran justicia, el texto de la nueva legislación es tan ambiguo que, en la práctica, muchas rondas siguen resolviendo disputas en su localidad, desafiando la letra de la ley.

Se debe señalar, sin embargo, que el interés en la regulación no proviene exclusivamente de los órganos del Estado. Tanto las rondas como los NURAJ están interesados en comprometerse con las instituciones estatales y lograr reconocimiento legal, aunque en sus propios términos. Las rondas y sus partidarios cabildearon enérgicamente ante el congreso para dar a conocer sus opiniones y lograr reconocimiento legal. Así mismo, los promotores de los NURAJ de Ayacucho contrataron los servicios de un abogado y prepararon un proyecto de ley para que se diera personería jurídica a los NURAJ y se reconociera su función en la resolución de las disputas locales. El problema de la regulación no es entonces de un solo lado. Aunque las instituciones comunitarias de justicia constituyen un rechazo a las prácticas de las autoridades del Estado en la localidad, no son organizaciones subversivas ni por fuera de la ley. Están interesadas en la buena gobernanza, pero una vez establecidas no pueden ser cooptadas fácilmente por el Estado.

## DERECHOS HUMANOS

Algunas prácticas de las instituciones comunitarias de justicia que se discuten en este capítulo dan lugar a graves preocupaciones. Esas prácticas involucran el castigo cruel e inhumano, como el azotamiento y a veces la expulsión, o decisiones que perpetúan la subordinación de las mujeres o la explotación de los niños. En la calibración de la respuesta política más apropiada a estas prácticas, es necesario tener en mente dos factores: primero, que las instituciones comunitarias generalmente llegan a existir en respuesta a los abusos cometidos por el sistema legal oficial y, por consiguiente, es probable que la invocación de principios del sistema legal oficial para juzgar sus prácticas sea percibida como un ejercicio cínico de doble moral; y segundo, que es a menudo imprudente, imposible y aun contraproducente intentar remediar de una sola vez todas las fallas de derechos humanos.

Se debe tener en mente, sin embargo, que la evidencia indica que aunque el comportamiento de las rondas y los NURAJ es ilegal, no es generalmente incompatible con los principios básicos de los derechos humanos. Aunque algunas rondas aplican ocasionalmente formas de castigo inhumanas y crueles –como evidencian los dos casos mencionados en este capítulo–, hoy en día el servicio comunitario

parece ser la forma preferible de castigo (ARANDA, 2003; ARDITO, 2004b). Más alentador, sin embargo, es el hecho de que los observadores reportan que en algunas localidades los miembros de la ronda buscan activamente capacitarse en derechos humanos (ARANDA, 2003; LAYNES, 2004). Su demanda de capacitación en derechos humanos no se debe interpretar como un intento de complacer a los operadores oficiales del sistema legal. Proviene, más probablemente, de la conciencia de que la capacitación les proporciona un instrumento poderoso para defender sus intereses y vindicar sus derechos.

Es indudable que la capacitación en derechos humanos puede inducir algunos mejoramientos significativos en las prácticas de las instituciones comunitarias de justicia. No obstante, se debe llevar a cabo con tacto y cautela. El recurso a la enseñanza de los derechos humanos en forma esquemática puede ser ofensivo y aun contraproducente. Para tratar adecuadamente los problemas de derechos humanos que la comunidad plantea a las instituciones de justicia es necesario entender que las percepciones culturales a veces pueden diferir y, por tanto, que todas las partes del espectro cultural requieren un diálogo paciente (BENHABIB, 2002). También es importante tener en mente que las violaciones de los derechos humanos a veces ocurren porque las comunidades son empujadas por la desesperación a formas violentas de comportamiento, no porque sean primitivas, violentas o malvadas. La solución a estos problemas a menudo se encuentra enfrentando las injusticias estructurales en la comunidad más amplia en vez de predicar estándares de derechos humanos a quienes los sistemas económicos y políticos les niegan consistentemente sus derechos básicos.

## CONCLUSIONES

Como ya se señaló, las instituciones comunitarias de justicia están lejos de ser perfectas. Sería necio, sin embargo, rechazarlas simplemente porque no se conforman a la visión ideal del régimen de derecho o porque sus actividades son ocasionalmente inconsistentes con los principios de los derechos humanos. Las instituciones comunitarias de justicia desempeñan funciones políticas y legales importantes en sus localidades y, a menudo, en la sociedad en su conjunto. En cuanto instituciones, son sensibles y sus miembros son capaces de responder y adaptarse a las exigencias externas. En contra de lo que creen algunos abogados y jueces, no son organizaciones subversivas. Son por lo general instituciones conservadoras creadas por la comunidad para sobrevivir en ambientes hostiles. Su experiencia muestra que la población de las áreas rurales no tiene aversión a la

autoridad ni a las normas, siempre que confíe en que la obediencia a la autoridad y al cumplimiento de las normas le permitirá vivir y trabajar en paz.

## REFERENCIAS


ARANDA, MIRVA VICTORIA (2003). *Las rondas campesinas en las provincias altas del Cusco*, Lima: Consorcio Justicia Viva, Informe Externo, [www.justiciaviva.org.pe].

ARDITO, WILFREDO (2004a). "¿Cómo vencer las barreras lingüísticas en la administración de justicia?", *Justicia Viva*, Instituto de Defensa Legal, n.º 12 (2004), 8-9.

ARDITO, WILFREDO (2004b). *Los peligros de buscar la justicia*, [www.derechos.org/lecturas/archivos/000228.html].

ASER (Asociación de Servicios Educativos Rurales) (2001). *Proceso de desarrollo social de las Rondas Campesinas y organizaciones de autodefensa rural*, Lima, ASER, mimeo.

BENHABIB, SEYLA (2002) *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press.

BERMÚDEZ, MANUEL (2002). *Los derechos lingüísticos*, Lima, Ediciones Legales.

BOURQUE, SUSAN C. y KAY B. WARREN. "Democracy without Peace: The Cultural Politics of Terror in Peru", *Latin American Research Review*, vol. 24, n.º 1 (1989), 7-34.

CEAS (Comisión Episcopal de Acción Social) (s. f). *Proyecto: Rondas Campesinas en Cajamarca*, Lima, mimeo.

CHUNGA, FERMÍN G. (1986). *La Justicia de Paz en el Perú*, Lima, Fundación Friedrich Naumann.

Comisión Andina de Juristas (1999). *Gente que hace justicia: La Justicia de Paz*, Lima, Comisión Andina de Juristas.

Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Final Report*, [http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php].

CONAPA (Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos) (n.d). [www.conapa.gob.pe].

CUPROC (2001). *Reglamento interno de la Central Unificada Provincial de Rondas Campesinas de la Provincia de Hualgayoc*, Bambamarca, Perú, mimeo.

DEGREGORI, IVÁN, JOSÉ CORONEL, PONCIANO DEL PINO y ORIN STARN (1996). *Las Rondas Campesinas y la derrota de Sendero Luminoso*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos.

DRZEWIENIECKI, JOANNA (1995). "Indigenous People, Law and Politics in Peru", escrito presentado en la reunión de la Latin American Studies Association, Washington, D. C., mimeo.

GÁLVEZ, NORMA (ed.) (2000). *Justicia de Paz en la Región Andina*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia.

GALINDO, PEDRO (2003). "Los jueces y la información: indicadores subjetivos", *Sistemas Judiciales*, vol. 3, n.º 6, 4-35.

GITLITZ, JOHN S. (2000). *Justicia Rondera y Derechos Humanos, Cajamarca: Understanding Conflict Resolution in the Rondas of Northern Peru* (Ponencia 13, Conferencia RELAJU (*Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*), [www.geocites.com/relaju/].

GITLITZ, JOHN S. y TELMO ROJAS (1983). "Peasant Vigilante Committees in Northern Peru", *Journal of Latin American Studies*, vol. 15, n.º 1, 163-197.

HERNÁNDEZ- BREÑA, WILSON (2003). "Indicadores judiciales: ¿Sirvió invertir en Módulos Básicos de Justicia para reducir la carga procesal?", Instituto de Defensa Legal, IDL (Consorcio Justicia Viva), n.º 33, 16 de junio.

HENDRIX, STEVEN E. (2000). "Guatemalan 'Justice Centres': The Centrepiece for Advancing Transparency, Due Process and Access to Justice", *American University International Law Review*, vol. 15, 814-867.

IPAZ (2000) *Administración de justicia en zonas rurales de Ayacucho: El caso de las provincias de Huanta y Vilcashuamán*, Ayacucho, Perú, IPAZ.

JIMÉNEZ, YADIRA (1999) *La situación de las poblaciones indígenas*, Lima, Ministerio de Salud, mimeo.

JOH, ELIZABETH E. (2000-2001). "Custom, Tribal Court Practice, and Popular Justice", *American Indian Review*, vol. 2000-2001, 117-132.

LA ROSA, JAVIER (2003). "La Justicia de Paz y la Administración de Justicia", *Justicia Viva*, Instituto de Defensa Legal, n.º 10, 8-9.

Laynes, Emilio (2004) *Estabilización post conflicto y rehabilitación psicosocial en las comunidades Alto Andinas del Perú*, Ayacucho, ipaz.

Lovatón, David (2000) "La Justicia de Paz en el Perú: Aspectos positivos y límites", en Gálvez (ed.), *Justicia de Paz en la Región Andina*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 19-46.

Lozano, Ruth (2000). *Análisis de la problemática de la educación bilingüe en la Amazonia peruana*, Cusco, Defensoría del Pueblo, Documento de Trabajo n.º 4.

Mallon, Florencia E. (1983). *The Defence of Community in Peru's Central Highlands: Peasant Struggles and Capitalist Transitions, 1860-1940*, Princeton, Princeton University Press.

Mallon, Florencia E. (1992). "Indian Communities, Political Cultures, and the State in Latin America 1780-1990", *Journal of Latin American Studies*, vol. 24, Special Issue, 35-53.

Nader, Laura (1990). *Harmony Ideology: Justice and Control in a Mountain Zapotec Village*, Stanford, Stanford University Press.

Nader, Laura (1997). "Controlling Processes: Tracing the Dynamic Component of Power", *Current Anthropology*, vol. 38, n.º 5, 711-737.

O'Donnell, Guillermo (1993). "On the State, Democratization and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Post-communist Countries", *World Development*, vol. 21, n.º 8, 1355-1369.

Odonga-Mwaka, Beatrice (2000). "Linking the State to the Community: Uganda's Local Government Councils", Julio Faundez, Mary Footer y Joseph Norton (eds.). *Governance, Development and Globalization*, London, Blackstone Press Ltd., 245-254.

Paponnet-Cantat, Christiane (1994). "Gamonalismo After the Challenge of Agrarian Reform: The Case of Cajamarca, Chumbivilcas (Cusco)", en Deborah Poole (ed.).*Unruly Order: Violence, Power and Cultural Identity in the High Provinces of Southern Peru*, Boulder, CO, Westview Press, 199-222.

Peña, Antonio (1998). *Justicia comunal en los Andes del Perú*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Peña, Antonio, Vicente Cabedo y Francisco López (2002). *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Plant, Roger y Soren Hvalkof (2001). *Land Titling and Indigenous Peoples*, Washington, DC, Inter-American Development Bank.

pnud (2004). *El desarrollo de la democracia en América Latina*, New York, United Nations.

Poole, Deborah (ed.) (1994). *Unruly Order: Violence, Power and Cultural Identity in the High Provinces of Southern Peru*, Boulder, CO, Westview Press.

Radcliffe, Sarah A. (1990). "Marking the Boundaries between the Community, the State and History in the Andes", *Journal of Latin American Studies*, vol. 22, n.º 3, 575-594.

Ruiz, Juan Carlos (2003). "Hacia una nueva agenda sobre la justicia comunal", *Justicia Viva* (Instituto de Defensa Legal), n.º 9, 4-5.

Sánchez, Esther (1998). *Justicia y pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional).

Sieder, Rachel (ed.) (2002). *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, London, Palgrave Macmillan.

Starn, Orin (1999). *The Politics of Protest in the Andes*, Durham, Duke University Press.

usaid (2000). "Casas de Justicia", *Boletín Trimestral* (Bogotá), n.º 1.

Van Cott, Donna Lee (ed.) (1994). *Indigenous People and Democracy in Latin America*, New York, St. Martin's Press.

Van Cott, Donna Lee (2002). "Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous State Relations", en Rachel Sieder (ed.). *Multiculturalism in Latin America*, London, Palgrave Macmillan, 45-73.

Vega, Ricardo (1998). *Pobreza, comunidades campesinas y desarrollo rural: Puno*, [www.condesan.org/infoandina/Foros/Gobiernos_locales/goblocl-7.htm].

YNGVESSON, BARBARA (1989). "Inventing Law in Local Settings: Rethinking Popular Legal Culture", *Yale Law Journal*, vol. 98, 1689-1709.

YRIGOYEN, RAQUEL (2001a). Rondas Campesinas y desafíos del pluralismo legal en el Perú, [http://geocites.com/alertanet2/yrigoyen-rc.htm].

YRIGOYEN, RAQUEL (2001b). *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Rondas Campesinas presentado por el congresista Henry Pease*, [http://www.geocities.com/alertanet2/f2b-ryf- comentarios.htm].

YRIGOYEN, RAQUEL (2002). "Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary - A Post Reform Assessment", en RACHEL SIEDER (ed.). *Multiculturalism in Latin America*, London, Palgrave Macmillan, 157-183.

YRIGOYEN, RAQUEL (2003). *Comentarios a la Ley de Rondas Campesinas 27.908*, Toronto, mimeo.

FIONA MACAULAY

# *Conflictos privados, poderes públicos: violencia doméstica en los tribunales de América Latina*

## INTRODUCCIÓN

*Em briga entre marido e mulher, não se mete a colher.*
(En una pelea entre marido y mujer, no hay que meter la cucharada).

El dicho brasileño señala el carácter supuestamente privado de la relación marital, aun cuando sea abusiva. Este capítulo examina cómo los tribunales de América Latina, específicamente los de Brasil, "meten cada vez más la cucharada" en el tema del abuso marital. En otros capítulos de este volumen se menciona la judicialización de las relaciones de género en América Latina durante los últimos años mediante la producción de jurisprudencia que defiende los derechos colectivos de género por parte de las nuevas cortes supremas y cortes constitucionales. A menudo, esto fue el resultado de la movilización exitosa de los movimientos de mujeres en los primeros momentos constitucionales alrededor de temas de principios, como la libertad sexual, la elección reproductiva y la acción afirmativa. Sin embargo, aquí me concentro en un aspecto diferente de la judicialización de las relaciones sociales; la manera en que miles de mujeres comunes y corrientes recurren cada vez más a los tribunales inferiores para proteger su derecho individual a la vida y a la integridad física en situaciones de violencia doméstica.

Este capítulo explora la confluencia de dos corrientes concurrentes en América Latina. La primera es la notable desviación de los casos de violencia doméstica dentro del sistema de justicia. Las leyes que se aprobaron en la región a mediados de los años noventa tendieron a reorientar los casos de violencia doméstica de diversas maneras; su resolución pasó de las estaciones de policía y de la comunidad a los tribunales, de los tribunales penales a los tribunales de familia o civiles, de la acusación penal a la conciliación o mediación y de los procedimientos penales a los procedimientos de los tribunales civiles. La publicidad, el arduo trabajo de los grupos de mujeres y la creación de innumerables formas de servicios de apoyo y de ayuda legal han llevado a un aumento exponencial de la demanda de mediación específicamente judicial en las relaciones íntimas. Después de que se aprobó la ley chilena sobre violencia intrafamiliar en 1994, el número de casos que se presentaron a los tribunales pasó de 1.419 en 1994 a 73.559 en 1999 (ECOSOC, 2003, parág. 1323)[1].

1 La falta de estudios sobre victimización dificulta un cálculo exacto del porcentaje de la demanda potencial total que estas cifras representan.

La segunda tendencia ha sido hacia la justicia informal y transaccional, mediante la creación de nuevas arenas judiciales, que van desde la mediación o los proyectos de arbitraje basados en la comunidad hasta los nuevos tribunales especializados o de vía rápida, todos ellos encaminados a incrementar el acceso a la justicia, especialmente para la población de bajos ingresos. Aunque se pretendía que estos foros de resolución alternativa de disputas trataran otros tipos de violencia o conflicto social, como los hurtos menores, los daños menores o las peleas en los bares, también terminaron recargados por los casos de violencia doméstica. Después de que se estableció el sistema venezolano de jueces de paz en 1994, para resolver las disputas entre vecinos, cerca del 95% de los casos remitidos eran de violencia doméstica[2], mientras que el capítulo de SMULOVITZ que aparece en este volumen ilustra una tendencia similar en Argentina. Podemos identificar entonces dos dinámicas diferentes en relación con la judicialización de la violencia doméstica, una deliberada, la otra inadvertida. El caso de los juzgados penales especiales brasileños (conocidos como JECrims), que se examina en detalle más adelante, es un buen ejemplo de esto último. En contraste con los debates constitucionales mencionados anteriormente, estos procesos por lo general no han sido liderados por el movimiento feminista, sino por otros actores políticos y judiciales, y han producido resultados indeseados e incluso perversos, de los que se han tenido que ocupar los grupos de mujeres.

Este capítulo se centra específicamente en las víctimas femeninas de la violencia doméstica, por diversas razones. La primera es que innumerables estudios muestran que el carácter estructuralmente desigual de las relaciones de poder entre géneros es lo que lleva a que las mujeres sean la inmensa mayoría de las víctimas del control coercitivo sistemático, y las que sufren restricciones sobre su autonomía sexual, física y mental a manos de los compañeros varones (STARK, 2004). Así mismo, son casi exclusivamente las mujeres las que buscan asistencia y reparación a través de los servicios sociales y del sistema de justicia. Me concentro en las víctimas femeninas adultas para explorar los problemas de agencia y de autonomía en relación con el sistema de justicia. (La situación sería diferente para las menores desde el punto de vista jurídico). Como forma de violencia social, la violencia doméstica tiene características peculiares. La naturaleza del abuso es cíclica y repetida, a menudo consiste en cientos de actos pequeños

---

2 *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, [http://cem.tripod.com.ve/jornadasdelcem/id14.html].

de violencia y control físico o psicológico, y produce un efecto acumulativo. La relación entre la víctima y el victimario puede abarcar una gama de emociones, desde el afecto, la dependencia y la desigualdad hasta el terror. Por último, el abuso tiene potencial para pasar súbitamente de la agresión de "bajo nivel" hasta el homicidio o ataques muy graves, especialmente cuando la víctima empieza a buscar estrategias de salida[3]. También difiere dependiendo de las necesidades y preferencias de la víctima, que varían en las diferentes etapas. Inmediatamente después de una agresión la mujer requiere protección para ella y para sus hijos, en el corto y en el largo plazo. Inicialmente, la mayoría desea que se modifique el comportamiento del abusador para que la relación pueda continuar, por razones de dependencia económica o emocional. Esto lleva a que muchas quejas se retiren en la estación de policía. Por último, un gran número de víctimas buscan el reconocimiento público del abuso, y alguna forma de castigo o sanción que les dé poder frente al abusador, que las proteja de futuros ataques e impida que el abusador vuelva a agredirlas.

Este capítulo se interesa en la *cualidad* de género de la justicia que resulta de la judicialización de las relaciones sociales íntimas y, por consiguiente, aborda varias preguntas interrelacionadas. ¿El actual tratamiento judicial de la violencia doméstica puede entender y responder a las características de género específicas descritas anteriormente? ¿La forma en que las víctimas de violencia doméstica son dirigidas dentro del sistema de justicia afecta el grado de elección y control de los resultados de su caso? ¿En qué difiere la resolución judicializada de los conflictos intrafamiliares de la que proporcionan otros actores? ¿Cuál es el bien jurídico que el sistema judicial debe proteger? Primero examino las influencias transnacionales en el desarrollo de las respuestas del Estado a la violencia doméstica en América Latina, antes de examinar críticamente el caso de los juzgados penales especiales brasileños.

## MARCOS E INFLUENCIAS TRANSNACIONALES

El impulso para la judicialización de la violencia doméstica en América Latina ha sido articulado a través de una doble influencia transnacional. Una es el discurso

---

3 Los estudios comparativos entre países muestran que es muy probable que las mujeres víctimas de violencia doméstica sean asesinadas por sus parejas durante el año siguiente a la terminación de la relación.

feminista, desarrollado por las agencias internacionales de desarrollo y de derechos. La otra es la promoción de reformas en el sector de la justicia y los sistemas de justicia consensual o mediada por las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones internacionales no gubernamentales de financiación y desarrollo (Domingo y Sieder, 2001). Mientras que el primer factor influyó en las estrategias de los movimientos locales de mujeres y las respuestas del gobierno nacional, el segundo influyó principalmente en las iniciativas encabezadas por profesionales del sistema legal. Curiosamente, estas tendencias se desarrollaron de manera paralela, con poco diálogo, con el resultado de que en las reformas del sector de la justicia a menudo fueron poco adecuadas para tratar la violencia de género.

Los derechos de las mujeres han sido definidos y redefinidos en el sistema de las Naciones Unidas mediante conferencias mundiales y declaraciones y convenios internacionales. Sin embargo, la violencia doméstica recibió poca atención hasta la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en 1993, cuando la declaración final trasladó los derechos de las mujeres del dominio del desarrollo, donde las recomendaciones de política no son obligatorias, al campo de las normas internacionales sobre derechos humanos, donde los mecanismos de supervisión tienen más efectos sobre los gobiernos. El texto extendió explícitamente la responsabilidad del Estado a la esfera privada de la familia y la comunidad[4]. Las Naciones Unidas luego nombraron una relatora especial sobre la violencia contra la mujer, después de adoptar su declaración más exhaustiva sobre el tema: la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer[5]. Esta última destacó el problema de la *negligencia* del Estado, diferente de la responsabilidad directa, y exhortó a los Estados a ejercer la "diligencia debida" en la prevención y el castigo de todos los actos de violencia contra la mujer. La noción de culpa por omisión, y no por comisión, hizo posible la crítica de la inacción o sesgo masculino del sistema de justicia. Sin embargo, no se definió la "diligencia debida" y no se estableció ningún criterio para medir la suficiencia o calidad de las políticas del Estado. Tampoco se elaboraron estipulaciones sobre

---

4 Para una descripción completa de la evolución de las iniciativas sobre violencia de género en el sistema de las Naciones Unidas, cfr. ecosoc (1994).

5 Entre 1994 y 2004, la Relatora especial visitó seis países latinoamericanos a los que fue invitado: Brasil, Cuba, Colombia, El Salvador, Guatemala y México, para examinar la violencia doméstica, los homicidios de mujeres y la violencia de género en el contexto y en el período posterior al conflicto armado.

el diseño óptimo de los procedimientos legales o los foros judiciales. Los países individuales han tenido entonces que idear sus propias respuestas.

A mediados de los años noventa, América Latina se convirtió en la primera región del mundo en tener su propia relatora sobre problemas de género, en aprobar leyes sobre violencia doméstica en toda la región y en producir su propia versión de la Declaración de las Naciones Unidas (ECOSOC, 2003). La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, conocida como la Convención de Belém do Pará[6], definió más ampliamente el contexto de la violencia doméstica para incluir a cualquier unidad familiar o relación interpersonal en las que el agresor puede haber cohabitado con la víctima. También amplió la noción de diligencia debida, subrayando la reforma legal y la importancia del acceso de las mujeres a un recurso simple y rápido a través de los tribunales. Además, apremió a los Estados para que establecieran procedimientos legales justos y eficientes que ofrecieran protección efectiva y atención inmediata a la mujer. Estableció un derecho de petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que se pudiera demostrar que el Estado había incumplido sus obligaciones. Esta disposición se aplicó por primera vez en 2001, cuando la comisión decidió que las autoridades brasileñas habían sido culpables de tolerancia judicial de la violencia doméstica en el caso de MARÍA DA PENHA7.

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción instaron a un "enfoque holístico y multidisciplinario" y señalaron que la violencia contra la mujer era un "obstáculo para la igualdad, el desarrollo y la paz", que impone "altos costos sociales, de salud y económicos a los individuos y a la sociedad". Esto hacía eco a un creciente cuerpo de investigación de la comunidad internacional del desarrollo (BIEHL y MORRISON, 1999) que subrayaba que el mejor acceso a la justicia era un componente crucial de la cohesión social, el crecimiento económico y la gobernabilidad. Agencias internacionales como el BID y el Banco Mundial han promovido una resolución alternativa de las disputas, un cambio de los procedimientos escritos a los orales,

---

6 Este es el más ampliamente ratificado de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, al que se han adherido 27 Estados entre 1994 y 1998.

7 Las agresiones de su marido la habían dejado gravemente incapacitada, pero 19 años después del ataque casi fatal, después de dos juicios en los juzgados penales ordinarios en los que se dictaron sentencias de prisión contra el agresor, la demora de un veredicto final del tribunal lo dejó en libertad.

la instalación de jueces de paz, un reforzamiento de las ramas inferiores del sistema judicial y una mejor protección de los derechos de las mujeres y los niños (Biebesheimer, 2001). Se considera que la justicia es un instrumento clave para captar dos formas interrelacionadas de violencia: la "social", donde las víctimas y los victimarios son ante todo hombres jóvenes, y la "doméstica", donde las víctimas son abrumadoramente mujeres de todas las edades y los victimarios son hombres. Se busca descriminalizar los conflictos sociales menores usando la conciliación y la justicia consensual para descargar a los tribunales tradicionales (que están sobrecargados, y son lentos e ineficientes), y evitar el encarcelamiento, es decir, reducir el uso de las sentencias de prisión para evitar el hacinamiento y la deshumanización de los sistemas de prisiones. Esta escuela abolicionista del pensamiento (Bianchi y Van Swaaningwen, 1986), que defiende una aplicación mínima del derecho penal, surgió en paralelo con el movimiento por la justicia informal. Ambos son, en parte, una respuesta a las violaciones de los derechos humanos producidas por un sistema de justicia penal sobrecargado y, en parte, iniciativa de los operadores del sistema legal, como los jueces, que quieren ser más eficientes y sensibles a la sociedad. En términos cuantitativos, esas iniciativas han sido víctimas de su propio éxito; su introducción fue seguida de un incremento significativo del número de demandas que buscan formas de reparación judicial (o cuasijudicial). La evaluación cualitativa es otro asunto, y aquí argumento que hay una fuerte dimensión de género, aún relativamente inexplorada, en la satisfacción que estos foros dan a los y las usuarios/as, dependiendo del carácter del conflicto y del sexo del victimario y del demandante.

## LEYES SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN AMÉRICA LATINA

Los tribunales latinoamericanos han judicializado históricamente las relaciones dentro del hogar. Después de la independencia, los Estados seculares se encargaron de regular las relaciones entre hombres y mujeres, mediante leyes de parentesco, sexualidad, reproducción y propiedad. El poder de los hombres sobre el cuerpo de las mujeres aumentó, y la violencia doméstica fue tolerada legal y culturalmente durante mucho tiempo. Así lo ilustra vívidamente la defensa del "honor" que hasta hace poco invocaban, en los tribunales brasileños, los hombres que asesinaban a compañeras de las que sospechaban que habían cometido adulterio (Americas Watch, 1991).

En la última década, la evolución de las normas internacionales y regionales ha llevado a la alteración de los textos legales nacionales, tales como las

constituciones, los códigos y procedimientos penales y otros, reconfigurando los deberes del Estado en relación con la familia[8]. Las leyes de la región sobre violencia doméstica han sido bastante progresivas y amplias en la especificación del carácter del abuso (físico y psicológico, y algunas incluyen la violación en el matrimonio), así como en la definición del parentesco, la composición del hogar y la unión marital (formal y *de facto*). Sin embargo, difieren en la manera en que encauzan los casos a través del sistema criminal de justicia, enmarcan la violencia doméstica como problema social (que afecta los derechos humanos, la salud, el desarrollo económico o la cohesión familiar), y definen el bien legal que se debe proteger (Larraín, 1999).

Los sistemas latinoamericanos de justicia manejan la violencia doméstica de tres maneras diferentes: exclusivamente dentro de los juzgados penales, exclusivamente dentro de los juzgados de familia o civiles, o mediante una combinación híbrida de ambos. Sólo unos pocos países (República Dominicana, Puerto Rico, Nicaragua y Uruguay) incluyen en sus códigos penales una definición de violencia doméstica como un acto criminal discreto con características particulares. Esto refleja la opinión feminista que define la violencia doméstica, dentro de un marco de derechos humanos, como un ataque contra la integridad individual de la mujer, y prescribe que se debe dar a las mujeres el poder –con apoyo del Estado– para buscar restitución y justicia a través del procesamiento penal del victimario.

En otros países, el abuso de la esposa aún se enjuicia en los términos de las ofensas genéricas existentes, como agresión, comportamiento amenazador u homicidio. Sin embargo, en la mayoría de los países la legislación se ha ocupado más de designar las arenas y los procedimientos judiciales[9], y prácticamente todos disponen que la violencia doméstica sea procesada en primera instancia a través de la conciliación. Esto se aplica incluso en los sistemas que usan juzgados penales en vez de civiles o de familia. La conciliación se convirtió en algo obligatoria en algunos casos, y está estrechamente relacionada con el grado de influencia política de la Iglesia Católica en países como Chile, Argentina y Perú. Aquí el bien legal que se debe proteger es la unidad familiar, por encima del derecho de la mujer a su integridad. En otros países, los operadores legales instan vehementemente a

---

8 La aprobación de las leyes ocurrió en un lapso de tiempo relativamente breve: Puerto Rico, 1989; Perú, 1993; Argentina y Chile, 1994; Bolivia, Ecuador, El Salvador y Uruguay, 1995; Colombia, Costa Rica, México y Nicaragua, 1996.

9 Para una revisión comparativa de las leyes de la región, cfr. Larraín (1999).

la conciliación, y no desean que los casos de violencia doméstica vayan más allá de la etapa de conciliación, hasta los juzgados penales.

En muchos países ha surgido un sistema de dos niveles. Los incidentes "menores" se tratan en los juzgados de familia, en los tribunales de reclamos menores o ante los jueces de paz utilizando un procedimiento de conciliación, mientras que las ofensas más "graves" se manejan en los juzgados penales ordinarios. En algunos casos no es claro qué tribunal tiene jurisdicción, y la demandante puede escoger entre arenas judiciales que operan con procedimientos, lógicas y resultados bastante diferentes. Más a menudo, sin embargo, la policía, los fiscales o los jueces actúan como "filtros" y deciden en qué foro se debe considerar la demanda de la mujer, dependiendo de su percepción de la gravedad del abuso.

Este sistema dual, que combina el interés del movimiento feminista en subrayar el carácter delictivo de la agresión doméstica con los esfuerzos de los reformadores de la justicia por descriminalizar cierto tipo de ofensas, genera una tensión fundamental. El fortalecimiento de los discursos de derechos humanos y la afirmación de nuevas categorías de derechos (género, orientación sexual, étnicos) han llevado a que los grupos subalternos vinculen sus demandas de derechos y sus ataques a la impunidad con la hiperpenalización del comportamiento discriminatorio. Por ejemplo, en 1999 se presentó en Costa Rica un proyecto de ley que buscaba elevar el castigo por el "femicidio" (asesinato de mujeres en un contexto de violencia doméstica) de 20 a 35 años, aunque la sentencia para los demás homicidios se mantenía en el rango de 12 a 18 años. Sin embargo, la capacidad institucional de los Estados latinoamericanos es incompleta, y la cultura judicial notoriamente resistente al cambio. Por ejemplo, desde los años ochenta el racismo y la tortura han sido duramente castigadas en Brasil, donde la constitución los define como en donde la libertad del presunto responsable no es susceptible de ser garantizada con una fianza o caución y el condenado no es susceptible de perdón, aunque se han llevado a cabo muy pocos juicios exitosos. Eso mismo es cierto para la violación, que fue incluida en la ley más draconiana de Brasil, la Ley de Delitos Atroces de 1990. El resultado es un régimen de derecho débil y una falta de reparación a las víctimas.

Además, en el modelo retributivo de justicia penal, el Estado es el protagonista privilegiado, como juez y parte, mientras que la víctima no tiene voz ni voto en el proceso penal (Zehr, 1990). Se argumenta que los enfoques consensuales para resolver los conflictos interpersonales son más centrados en la víctima, y dan más autonomía y capacidad a los demandantes para que se representen a sí mismos, sin intermediarios legales. Eso corresponde mejor a los procedimientos

de los juzgados civiles, que son más transaccionales, relacionales y encaminados a lograr la conciliación y la reparación, y donde el Estado es un mero mediador entre partes privadas. ¿Entonces, cómo se debe abordar la violencia dentro de las diversas estructuras lógicas del sistema de justicia?

## VIOLENCIA DE GÉNERO Y JUSTICIA EN BRASIL

En 1985, Brasil dio inicio a las estaciones de policía especializadas en delitos contra la mujer, de las que hoy existen más de 300 (SANTOS, 2004; SILVA, 2001). El modelo fue replicado posteriormente en todo el continente. El país fue también la sede de la Conferencia de Belém do Pará en 1994, y en 2001, las feministas brasileñas ganaron el primer fallo por un caso de violencia doméstica en el sistema interamericano de derechos humanos. Es entonces paradójico que Brasil sea uno de los pocos países de la región que carece de una legislación específica sobre la violencia en el hogar. La probabilidad de que los gobiernos actúen decididamente contra la violencia doméstica parece ser una función no tanto de la fortaleza absoluta o relativa del movimiento feminista local, sino de su influencia dentro del Estado (WELDON, 2002). En Brasil, esta influencia era débil a mediados de los años noventa, una situación que fue exacerbada por la falta de consenso dentro del movimiento de las mujeres sobre las estrategias legales, su concentración en la prestación de servicios sociales a las víctimas (MACAULAY, 2000a; 2000b, 361) y la aparición de un nuevo foro judicial diseñado sin consulta pública.

Durante la última década, Brasil ha introducido diversas medidas para mejorar el acceso a la justicia, por lo general sin la influencia de actores internacionales[10]. La disposición para establecer tribunales de reclamos menores para tratar casos civiles menores se transformó en ley durante la transición a la democracia en 1984, cuando también se modificó la parte general del código penal para permitir que los juzgados penales impusieran penas no privativas de libertad (AZEVEDO, 2000, 119). Este principio fue luego consagrado en la constitución de 1988 y reglamentado por la ley 9.099 de 1995, que creó una división criminal para manejar las ofensas menores que de otro modo serían castigadas hasta con un año de prisión (ahora extendido a

10 En Brasil existe una historia de justicia basada en la conciliación. Los jueces de paz fueron instituidos en 1824, con el prerrequisito de la conciliación para adelantar cualquier caso. El código civil luego introdujo la conciliación obligatoria en el derecho de propiedad y de familia, y en el siglo XX, la conciliación se tornó obligatoria en los juzgados laborales como estrategia corporativista para mantener la paz social.

dos años). En 1999 había más de 2.500 tribunales penales especiales, todos guiados por los principios de celeridad, informalidad, autorrepresentación, argumentación verbal e interacción directa entre demandante/acusado y el juez o mediador lego. Los fallos no se pueden apelar. Sin embargo, en vez de que los casos se trasladaran de los tribunales ordinarios a los nuevos tribunales especiales, el volumen total de casos aumentó dramáticamente. Los estudios realizados en Rio de Janeiro y Rio Grande do Sul también revelaron que las mujeres representaban entre el 60 y el 80% de los demandantes en los JECrims, y que reclamaban principalmente por amenazas y daños corporales, las ofensas "menores" típicas de la violencia doméstica (AZEVEDO, 2000, 165; BURGOS, 2000; VIANA et al., 1999, 208 y 213).

Antes de que tuvieran a su disposición esta nueva arena judicial, las mujeres brasileñas empleaban un repertorio de estrategias para lograr la intervención externa en las relaciones abusivas, dependiendo de sus redes sociales y de la autoridad atribuida a la figura mediadora. Algunas recurrían a los poderes locales paralelos, como los jefes locales del narcotráfico de las favelas, otras a la conversión religiosa (BURDICK, 1993; CHESNUT, 1997). Esto permitía que las mujeres de clase baja invocaran una moral comunitaria ya existente para imponer límites a la masculinidad y producir un "sentimiento de vergüenza reintegrativo" (BRAITHWAITE, 1989). Sin embargo, como atestiguan estudios etnográficos de las estaciones de policía de la mujer (HAUTZINGER, 1997, 2003; MUNIZ, 1996; NELSON, 1996; SANTOS, 2001), las mujeres a menudo invocaban el monopolio de la fuerza de la policía y pedían al jefe de la estación que diera a su marido "una lección" (lo que a menudo implicaba someterlo a una paliza), así como hoy se apropian de la autoridad del juez en los JECrims (SOARES et al., 1996). La mayoría de los reclamos terminaban en una especie de acuerdo informal mediado por la policía. Esas negociaciones entre policía, víctima y agresor son un fenómeno muy difundido en los casos de violencia doméstica (HOYLE, 2000)[11]. Originalmente diseñados para los delitos "menores", en 1996 se permitió que los JECrims investigaran los homicidios. Donde se han instalado JECrims, las estaciones de policía han perdido su función de conciliación, pero siguen actuando como custodios importantes del sistema de justicia, determinando si los reclamos de la mujer merecen remitirse a los tribunales penales ordinarios o especiales. Cerca del 30% de los casos aún no va más allá de la estación de policía (BURGOS, 2001).

---

11 Un estudio reportó que el 42,7% de los jefes de las estaciones de policía femeninas creen que su obligación es la reconciliación y la mediación (SILVA, 2001).

Para entender los JECrims, debemos distinguir las diferentes modalidades de justicia consensual (DAVIS, 1998). En el arbitraje y la adjudicación, la tercera parte puede emitir una decisión, bien sea a instancia de las partes, o sin su consentimiento, produciendo un resultado de suma cero. La mediación es más apropiada para quienes buscan restablecer el equilibrio en relaciones complejas facilitando el diálogo entre las dos partes, y permitiéndoles llegar a un acuerdo por sí mismas. En los juzgados de familia esto se utiliza muy a menudo en el divorcio. El proceso de conciliación tiene elementos de justicia restaurativa, que reúne en un diálogo a la víctima y al victimario en un encuentro supervisado. El objetivo es lograr la reparación, la disculpa y el alivio emocional de la víctima, y una fuerte sacudida cognitiva para el ofensor. Sin embargo, hay profundos desacuerdos acerca de si la justicia restaurativa es apropiada cuando hay una conexión emocional entre ambas partes, o si más bien acentúa el trauma de la víctima (HUDSON, 1998). La legislación sobre violencia doméstica en América Latina involucra a los jueces de paz y de familia, a los jueces penales o civiles, y a veces a mediadores legos, y los procedimientos incluyen la mediación/conciliación en primera instancia, procediendo al arbitraje cuando las dos partes no se ponen de acuerdo.

## LOS JUZGADOS PENALES ESPECIALES EN ACCIÓN

En Brasil, la primera instancia para una mujer golpeada es la estación de policía, donde se abre un informe del incidente (*termo circunstanciado*). Este no es lo mismo que un reporte de delito (*boletim de ocorrência*), que generalmente constituye la primera etapa del proceso que lleva a una investigación policíaca y a formular cargos penales. En esta etapa se pide a la mujer que diga si desea llevar adelante la demanda, y tiene seis meses para hacerlo. Si desea proceder, la policía la remite al JECrim local, y ella debe llevar el informe del incidente y evidencia médica forense. En la primera audiencia, el juez reúne a la víctima, al presunto victimario y al fiscal público para saber si existe la posibilidad de conciliación. Esta significa en esencia un acuerdo sobre reparación o daños (*composição civil*) y una aceptación de la responsabilidad por parte del victimario. Si la víctima se niega, el fiscal público ofrece al agresor una segunda oportunidad para aceptar una sanción no privativa de libertad aceptando una transacción penal, es decir, una forma limitada de negociación judicial[12]. Cerca del 90% de los casos terminan en la conciliación o en

12 Sin embargo, el agresor no es elegible si ya ha cumplido una pena de prisión o ha recibido sentencia sin prisión en los cinco años anteriores. El juez y el fiscal también tienen discreción.

la negociación judicial. Si esto no se acepta, o si el acusado está ausente, el fiscal puede formular cargos, y se establece una fecha para la acusación y el juicio. Esta fase también comienza con un intento de conciliación y negociación judicial. Si esta fracasa, el juez, escucha primero al acusado para ver si debe o no proceder. Sólo después escucha a la víctima y a los testigos. Una vez se ha formulado los cargos, el fiscal y el juez también tienen el poder para suspender el proceso durante un periodo de dos a cuatro años, de libertad provisoria, siempre que el acusado no vuelva a cometer la ofensa. Sin embargo, el juez puede fijar condiciones para la suspensión, como una reparación, órdenes de caución, reclusión en el hogar, presentaciones mensuales ante el juez o la participación en alguna actividad terapéutica como la asistencia a Alcohólicos Anónimos.

## FALLAS DEL MODELO DE CONCILIACIÓN

Hasta ahora, los JECrims han recibido diversas críticas, relacionadas con los derechos de las mujeres, de quienes trabajan en el sistema de justicia (CAMPOS 2001, 2003; KOERNER, 2002). El paradigma de la conciliación atribuye implícitamente algo de culpa a las víctimas femeninas, y limita su capacidad para evitar el abuso. Naturaliza la violencia insistiendo en que una pareja puede o debe "reconciliarse", aunque una las partes abuse sistemáticamente de la otra. El sistema dual del manejo de las ofensas "menores" a través de foros de justicia consensual, y de las ofensas "grandes" a través de los tribunales penales ordinarios, que BURGOS (2001) caracteriza como dos "micro sistemas", también introduce una economía de la violencia normalizando cierto nivel como algo aceptable en una relación. Con ello, se construyen dos polos artificiales, sin gradaciones entre ellos. Esto lleva a situaciones anómalas, como en Perú, donde la violación no se define como un componente potencial de violencia doméstica. Allí, las mujeres deben probar el daño psicológico en un caso de violencia doméstica, o recurrir a los tribunales penales convencionales y pagar ellas mismas los exámenes médicos.

El carácter híbrido de los JECrims (juzgados penales que usan un procedimiento de tipo civil) combina lo peor de ambos sistemas, descriminalizando efectivamente la ofensa y forzando a las mujeres a un procedimiento de conciliación que no satisface sus necesidades. Al pretender que son neutrales al género, los tribunales han sido incapaces de captar la especificidad de la violencia doméstica. De hecho, la mayoría de las leyes latinoamericanas se refiere a la violencia "intrafamiliar", ignorando así que sus raíces se encuentran en los desequilibrios

estructurales de poder y en los roles de género socialmente construidos de las mujeres.

El enfoque del sistema de justicia penal en incidentes específicos descontextualiza la ofensa, considerando que cada hecho y cada resultado son discretos y no acumulativos. Usa, por tanto, un cálculo positivista de la gravedad del daño, que en Brasil –igual que en otros países latinoamericanos– se define en relación con el número de días de tratamiento médico que requiere la víctima y está incapacitada para trabajar. Por tanto, antes de que el caso llegue a los tribunales, otros operadores del sistema legal han impuesto su propia interpretación del daño. La policía es el primer filtro de la cadena. Y a menudo registra las amenazas de muerte como simples "amenazas", y el intento de homicidio como "agresión". Con ello, minimiza la intensidad de la violencia e ignora la posibilidad real del escalamiento, para trasladar el caso a los JECrims. El personal médico forense cumple un papel similar subestimando el grado de las lesiones en sus expedientes. Aunque, inadvertidamente, los JECrims han hecho más visible la violencia doméstica trasladando los procedimientos de conciliación de los cuartos traseros de las estaciones de policía al foro público, también la han reducido a un mal comportamiento de segunda clase, equivalente a una multa de tránsito. Aunque se admita que hubo violencia y se acepte la culpa, no se registra como acto delictivo en el momento de conciliación. El problema reside, por tanto, más en el proceso que en la letra de la ley, puesto que el artículo 61 del código penal ya considera que el contexto doméstico es un factor agravante en casos de agresión.

El proceso de conciliación también presume una igualdad de agencia entre el marido y la mujer, lo que claramente carece de sentido en los casos de violencia doméstica. Las mujeres víctimas llegan a carecer totalmente de poder después de un abuso prolongado y no están en condiciones adecuadas para negociar los términos de un arreglo. El procedimiento conciliatorio de los JECrims ha reprivatizado efectivamente la violencia doméstica suprimiendo la obligación de la policía y de la fiscalía de investigarla y perseguirla como un asunto de interés público[13]. Las mujeres demandantes tienen que tomar la iniciativa en diversas etapas y decidir activamente si proceden con las acusaciones y la persecución. En este proceso, la voz de la víctima es realmente más débil que en un tribunal penal, donde

13 Cabe señalar, sin embargo, que la opinión está dividida con respecto a si es útil la detención o el enjuiciamiento obligatorio en los casos de violencia doméstica, como sucede en algunos estados de Estados Unidos.

la representación a través de un abogado puede compensar los desequilibrios estructurales de poder entre el agresor y la víctima. Los JECrims exigen que se presente un abogado junto con la víctima, pero esto no es obligatorio y rara vez se lo escucha, dado el énfasis del juez y del fiscal en la etapa inicial de conciliación. De hecho, Themis, una ONG feminista de asesoría legal con sede en Porto Alegre, informa de antemano a las mujeres que las acompañará al tribunal únicamente si persisten en su deseo de formular acusaciones penales (CAMPOS, 2003).

En la práctica, la intención despenalizadora de los JECrims sesga el procedimiento transaccional en favor del agresor masculino, que tiene poder de veto en muchas etapas del proceso: conciliación, aceptación de una sanción inmediata, suspensión condicional del caso, e incluso acuerdo sobre daños y perjuicios. Si el acusado acepta la conciliación, se ordena la suspención del caso y sale sin antecedentes penales y con poca obligación de modificar su comportamiento. Sólo pierde el derecho a otra negociación durante un periodo de cinco años, mientras que las violaciones de los acuerdos a menudo quedan sin castigo. En otros países de la región, varían las consecuencias de romper los términos de un acuerdo de conciliación, algunos tribunales simplemente amonestan a los agresores, mientras que en otros esto implica la amenaza de un enjuiciamiento pleno y de una sentencia de prisión. Las sanciones por violencia doméstica varían en América Latina desde una multa o el servicio comunitario hasta el encarcelamiento. Las multas, en dinero o en especie (en forma de donaciones de paquetes de alimentos para los centros locales de caridad), son las sanciones más comunes, aunque esto simplemente domestica y mercantiliza la violencia. También es probable que se paguen con el presupuesto familiar, si la pareja sigue cohabitando.

Aunque se supone que éste es un proceso centrado en la víctima, los operadores del sistema judicial –policía, jueces y fiscales– lo dirigen en todas las etapas, a menudo por su propio interés profesional, el de "resolver" tantos casos tan rápidamente como sea posible. La conciliación también requiere un árbitro neutral, aunque estos operadores no reciben ninguna capacitación sobre la desigualdad de género o la violencia doméstica. Por consiguiente, tienden a imponer sus propios prejuicios y valores, que luego son presentados como "sentido común". Los estudios del tratamiento de la violencia de género en el sistema de justicia penal muestran la tendencia a ignorar, minimizar o justificar las ofensas (Americas Watch, 1991; HERMANN y BRASTED, 1995; IZUMINO, 1997; VARGAS, 2000). Los funcionarios de las estaciones de policía de la mujer generalmente son enviados por sus supervisores a una tarea que consideran de menor estatus y que constituye un obstáculo para avanzar en su carrera (Consejo Nacional de los Derechos de

la Mujer, 2000). Esto, junto con la falta de una capacitación adecuada, los lleva a desempeñar sus tareas de manera rutinaria, a menudo mostrando hostilidad y frustración hacia las demandantes (ECOSOC, 1997; ROCHA, 1999; SANTOS, 2001; SILVA, 2001). Igualmente, muchos proyectos de acceso a la justicia son iniciados desde la cúspide del Estado, y terminan obligando a los operadores judiciales a funcionar en ambientes nuevos y desconocidos donde su estatus como agentes privilegiados de la ley puede chocar con la intención democratizadora de estos nuevos esquemas. KOERNER (2002) señala que las innovaciones promisorias han sido "esterilizadas por las viejas prácticas", puesto que los JECrims mantienen la lógica individualista y antagonista de los tribunales penales convencionales. En el estado de São Paulo, donde se llevó a cabo ese estudio, los JECrims no tienen existencia independiente, con espacio y personal dedicados exclusivamente; los mismos jueces presiden los procesos penales convencionales en las audiencias de la mañana, y luego pasan a los procesos de justicia consensual en las sesiones de la tarde. El movimiento feminista ha tenido dificultades para influir en la cultura y en las prácticas institucionales del sistema de justicia penal, tanto en los precintos de la policía como en los tribunales (MACAULAY, 2002). Por otra parte, es más que probable que la autoselección del personal y de las voluntarias de los proyectos de mediación dirigidos por ONGs, así como las paralegales femeninas capacitadas por Themis, den prioridad a la víctima y respalden un discurso amplio de los derechos humanos.

La falta de medidas de protección a disposición de los jueces es quizá la crítica más grave a la ley 9.099. Aunque los JECrims son rápidos en comparación con los tribunales ordinarios, donde los casos tardan dos años para ir a juicio, son aún agonizantemente lentos para una mujer que corre riesgos de violencia. A menudo pasan tres meses entre el momento de denunciar la agresión y la primera audiencia del tribunal. La resolución de conflictos a través de la policía, pese a toda su informalidad, era al menos más rápida. La conciliación obligatoria prolonga estos casos, y expone a las mujeres a la violencia entre las audiencias. Cada vez que la víctima se retracta de sus reclamaciones, el proceso de conciliación se reinicia, lo que tiende a reproducir el carácter cíclico de la violencia doméstica (CAMPOS, 2001).

## ALTERNATIVAS

Algunos profesionales que trabajan en la violencia doméstica han intentado adaptarse a los JECrims. Ven una ventaja en la informalidad y la flexibilidad del

procedimiento y en el hecho de que el juez cumple la función de árbitro y no la de mediador, con poder discrecional para imponer condiciones, manipular el procedimiento legal, aprobar la sentencia, forzar acuerdos y remitir a otros tribunales (Soares, 2001)[14]. Por ejemplo, en el JECrim de Niterói, que forma parte de la conurbación de Rio de Janeiro, un juez ha utilizado creativamente la ley 9.099. En el momento donde se debe suspender el proceso, ordena al agresor que asista durante seis meses a un grupo de terapia para hombres, dirigido por una ONG de la ciudad. La víctima también puede, aunque no está obligada, recibir terapia. De acuerdo con los datos del tribunal, el nivel de reincidencia es bajo[15].

Sin embargo, las respuestas legislativas a las insuficiencias de los JECrims han variado. Los proyectos de ley actualmente pendientes en el congreso proponen diversas estrategias, basadas principalmente en la penalización e hiperpenalización de las ofensas. Se ha propuesto aumentar el castigo por el delito de daño corporal cuando se comete contra la esposa, vinculando la definición y el castigo del abuso contra la esposa con la Ley contra la Tortura e introduciendo el concepto de abuso intrafamiliar en el artículo del código penal sobre daños corporales. El proyecto de ley también sugiere dar poderes de enjuiciamiento obligatorio al servicio de fiscalía pública, y modificar la ley de los tribunales especiales para excluirlos del manejo de casos de delitos cometidos contra las mujeres, los niños y los ancianos. Ninguna propuesta se centra en la protección de las mujeres, lo que ahora ha llegado a ser objeto de una nueva oleada de activismo del movimiento feminista (CFEMEA, 2002).

Muchas feministas ahora argumentan que los tribunales deben abordar la violencia doméstica de manera diferente. La creciente especialización del sistema de tribunales está actualmente en boga en todo el mundo, por ejemplo, en Estados Unidos, que ha logrado revertir los preocupantes bajos niveles de enjuiciamiento de los casos de violación y violencia doméstica mediante la introducción de fiscales y tribunales especializados (Tsai, 2000). Una propuesta similar circula desde 1996, cuando el Consejo Nacional de Derechos de la Mujer la sugirió para el Distrito Federal. En 2003, los grupos de mujeres finalmente ganaron el apoyo para establecer esos tribunales en el estado de São Paulo, y una coalición feminista nacional propuso lo mismo al nivel nacional como parte de un nuevo borrador de proyecto

---

14 Cfr., también, Barbara Musumeci Soares, "Avançando contra a violência", *O Globo*, 24 de abril de 2001.

15 Entrevista con el juez Marcelo Anátocles, 26 de junio de 2001.

para enfrentar la violencia doméstica (Consórcio sobre Violência Doméstica, 2003). Este difería de los enunciados anteriores (CFEMEA, 1999) porque se centraba menos en la política pública y más en la rama judicial, buscando mejorar los resultados para las mujeres golpeadas imprimiendo conciencia de género a la capacitación de los profesionales legales y a la gama de servicios ofrecidos. Estos incluyen la asistencia social y la representación legal obligatoria de la víctima, la prioridad de la seguridad y la salud de la víctima por encima de otros requisitos legales, la imposición de castigos educativos y terapéuticos en vez de sanciones monetarias, la creación de un consejo de supervisión (con la participación de grupos locales de mujeres) y una evaluación adecuada del impacto de los tribunales.

## CONCLUSIONES

La actual judicialización de la violencia doméstica en América Latina es un buen ejemplo de la transferencia de la resolución negociada de conflictos de las arenas informales no judiciales a los tribunales. Aunque esta movilización judicial ha sido intensamente individual, esas peticiones de derechos son políticas así como sociales, en la medida en que atañen a la efectividad o "diligencia debida" del Estado en relación con los derechos humanos de un sector de la población. Aunque el régimen internacional de género llevó la violencia doméstica a la agenda política y destacó la importancia general de los tribunales, los movimientos de mujeres han tendido a centrarse en la provisión de servicios sociales a las víctimas o en la introducción de leyes de criminalización, no en el diseño de la arquitectura institucional del sistema de tribunales. En las reformas a la justicia de la región, por lo general han sido los proveedores del servicio, los tecnócratas y los juristas quienes han sido consultados sobre el carácter de las reformas, no los demandantes, los acusados ni otros usuarios del sistema de justicia. Igualmente, la voz de algunos actores institucionalmente poderosos, como la Iglesia Católica, ha sido escuchada por encima de los movimientos de mujeres. Los grupos feministas han logrado llevar el problema al dominio público, pero han tendido a perder el control del proceso una vez las leyes pasan a debatirse en el congreso. El sistema de justicia sigue su propia lógica y su cultura institucional, y los grupos de mujeres se han visto excluidos de los procesos de reforma judicial.

El paso de los procedimientos judiciales del paradigma de justicia penal a un paradigma que tiene más influencia de los procedimientos civiles y de las prácticas del derecho anglosajón no ha incrementado necesariamente la capacidad de las mujeres para buscar reparación y protección en el caso de la violencia doméstica, debido

precisamente a que esos procedimientos no son neutrales al género. La elisión del conflicto intrafamiliar con en el derecho de familia ha resultado, perversamente, en una descriminalización y reprivatización del abuso contra las esposas, a pesar de la creciente aceptación de los discursos internacionales que intentan hacer exactamente lo contrario. El modelo de conciliación tal como se implementa actualmente en los juzgados especiales brasileños y las iniciativas similares de acceso a la justicia en América Latina no tienen en cuenta el carácter específico del conflicto doméstico como forma de violencia en las relaciones sociales y, como resultado, no protegen a las mujeres de la violencia futura.

Parece entonces paradójico que un gran número de mujeres recurra al proceso legal, dados los deficientes resultados cualitativos desde el punto de vista de sus necesidades. A pesar del descrédito del poder judicial en muchos países, los jueces aún mantienen un estatus y una respetabilidad social, respaldados por la fuerza de la ley, de los que no disfruta la policía. Esto puede explicar por qué las mujeres perciben que la autoridad moral de la que se apropian en la corte es mayor. Los jueces también tienen más legitimidad y más poderes legales para hacer cumplir los acuerdos o derogar las sentencias. La presentación del conflicto en una arena judicial también proporciona un terreno neutral, algo que no ofrecen los esfuerzos de resolución de la comunidad, cuando todos los protagonistas están ligados por historias personales. Aunque la lógica de conciliación de los JECrims obliga a las mujeres a continuar en una relación abusiva, es claro que el *proceso* da a las mujeres que usan los tribunales alguna forma de legitimación de sus reclamaciones. Esto ha demostrado vívidamente la demanda de servicios judiciales de género y ha abierto un debate adicional sobre los tipos de procedimientos y de arenas legales que se pueden combinar mejor para proteger a las víctimas, rehabilitar a los agresores y expresar la desaprobación social del delito de violencia doméstica.

## REFERENCIAS

Americas Watch (1991). *Criminal Injustice: Violence against Women in Brazil*, New York, Human Rights Watch.

Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de (2000). *Informatização da justiça e controle social: Estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre*, São Paulo, IBCCRIM Monograph n.º 13.

Bianchi, Herman y Rene Van Swaaningen (eds.) (1986). *Abolitionism: Towards a Non-repressive Approach to Crime*, Amsterdam, Free University Press.

Biebesheimer, Christina (2001). "Justice Reform in Latin America and the Caribbean: The idb Perspective", en P. Domingo y R. Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, London, Institute of Latin American Studies, 99-141.

Biehl, Maria Loreto y Andrew R. Morrison (eds.) (1999). *Too Close to Home: Domestic Violence in the Americas*, Washington and Baltimore, Johns Hopkins University Press and the Inter-American Development Bank.

Braithwaite, John (1989). *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press.

Burdick, John (1993). *Looking for God in Brazil: The Progressive Catholic Church in Urban Brazil's Religious Arena*, Berkeley, CA, University of California Press.

Burgos, Marcelo Baumann (2001). "Conflito e sociabilidade: A administração da violência pelos Juizados Especiais Criminais", *Cidadania e Justiça*, vol. 5, n.º 10, 222-235.

Campos, Carmen Hein de (2001). "A violência doméstica no espaço da lei", en Cristina Bruschini e Celi Regina Pinto (eds.). *Tempos e lugares de género*, São Paulo, Editora 34 e Fundação Carlos Chagas, 301-322.

Campos, Carmen Hein de (2003). "Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico", *Revista de Estudos Feministas*, vol. ii, n.º 1, 155-170.

cfemea (1999). "Propostas para o estado brasileiro, níveis federal, estadual e municipal: Medidas concretas para o enfrentamento da violência contra a mulher no ámbito doméstico familiar". Documento interno.

cfemea (2002) "Situação dos projetos de lei sobre violência familiar em tramitação no Congresso Nacional, acompanhados pelo cfemea". Documento interno.

Chesnut, Andrew (1997) *Born Again in Brazil: The Pentecostal Boom and the Pathologies of Poverty*, Piscataway, NJ, Rutgers University Press.

Christie, Nils (1977). "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, 1-14.

Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (2000). *Relatório final da pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres*, Basília, CNDM.

Consórcio sobre Violência Doméstica (2003). "Minuta de anteprojeto de lei sobre violência doméstica e familiar contra a mulher". Documento interno.

DAVIS, CORINNE M. (1998). "Favela Justice: A Study of Dispute Resolution in a Rio Slum", Paper presented at the conference of the Latin American Studies Association, Chicago, September 24-26.

DOMINGO, PILAR y RACHEL SIEDER (eds.) (2001). *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, London, Institute of Latin American Studies.

ECOSOC (1994). *Preliminary Report Submitted by the Special Rapporteur on Violence against Women*, E/CN.4/1995/42, November 22, 1994, United Nations Economic and Social Council.

ECOSOC (1997). *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women: Mission to Brazil*, E/CN.4/1997 /47 /Add.2. United Nations Economic and Social Council.

ECOSOC (2003). *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence against Women (Addendum* 1*) International) Regional and National Developments in the Area of Violence against Women* (Document reference E/CN.4/2003/75/ Add.1. United Nations Economic and Social Council).

HAUTZINGER, SARAH (1997). "Calling a State a State: Feminist Politics and the Policing of Violence against Women in Brazil", *Feminist Issues*, n.º 1 y 2, 3-30.

HAUTZINGER, SARAH (2003). "Criminalizing Male Violence in Brazil's Women's Police Stations: From Flawed Essentialism to Imagined Communities", *Journal of Gender Studies*, vol. 11, n.º 3, 243-251.

HERMANN, JACQUELINE y LEILA LINHARES BARSTED (1995). O *judiciário e a violência contra a mulher: A ordem legal e a (des)ordem familiar*, Cadernos CEPIA, Year 1, n.º 2.

HOYLE, CAROLYN (2000). *Negotiating Domestic Violence: Police, Criminal Justice and Victims*, Oxford, Oxford University Press.

HUDSON, BARBARA (1998). "Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence", *Journal of Law and Society*, vol. 25, n.º 2, 237-256.

IZUMINO, WANIA PASINATO (1997). "Justiça criminal e violência contra a mulher: O papel da justiça na solução dos conflitos de gênero", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 5, n.º 18, 147-170.

KOERNER, ANDREI (2002). "Justiça consensual e conflitos de família: Algumas reflexões", MARCELO LABAKI AGOSTINHO (ed.). *Família: Conflitos, reflexões e intervenções*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 39-63.

LARRAÍN, SOLEDAD (1999). "Curbing Domestic Violence: Two Decades of Action", en MARIA LORETO BIEHL y ANDREW R. MORRISON (eds.). *Too Close to Home: Domestic Violence in the Americas*, Washington and Baltimore, Johns Hopkins University Press and the Inter-American Development Bank, 105-130.

MACAULAY, FIONA (2000a). "Tackling Gender Violence against Women in Brazil: Converting International Principles into Effective Local Policy", en SUSIE JACOBS, RUTH JACOBSON y JENNIFER MARCHBANK (eds.). *States of Conflict: Gender) Violence and Resistance*, London: Zed Press, 144-162.

MACAULAY, FIONA (2000b). "Getting Gender on the Policy Agenda: A Study of a Brazilian Feminist Lobby Group", en ELIZABETH DORE y MAXINE MOLYNEUX (eds.). *The Hidden Histories of Gender and the State in Latin America*, Chapel Hill, NC, Duke University Press, 346-367.

MACAULAY, FIONA (2002). "Taking the Law into Their Own Hands: Women, Legal Reform and Legal Literacy in Brazil", en NIKKI CRASKE y MAXINE MOLYNEUX (eds.). *Gender and the Politics of Rights and Democracy in Latin America*, Basingstoke, Palgrave, 79-101.

MUNIZ, JACQUELINE (1996). "Os direitos dos outros e outros direitos: Um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMS/RJ", LUIZ EDUARDO SOARES (ed.). *Violência e politica no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ISER/Relume, 125-164.

NELSON, SARA (1996). "Constructing and Negotiating Gender in Women's Police Stations in Brazil", *Latin American Perspectives*, vol. 23, n.º 1, 131-148.

ROCHA, MARTHA MESQUITA (1999). "Dealing with Crimes against Women: Brazil", en BIEHL y MORRISON. *Too Close to Home*, 149-152.

SANTOS, CECILIA MACDOWELL DOS (2001). "Delegacias da Mulher em São Paulo: Percursos e percalços", Website Rede Social de Justiça e Direitos Humanos: [http://www.social.org.br].

Santos, Cecilia MacDowell dos (2004). "En-gendering the Police: Women's Police Stations and Feminism in São Paulo", *Latin American Research Review*, vol. 39, n.º 3, 29-55.

Silva, Kelly Cristiane da (2001). "As deams, as corporações policiais e a violência contra as mulheres: Representações, dilemas e desafios", Informe interno, Brasilia, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

Soares, Barbara Musumeci (2001). "Os juizados especiais criminais e a violência doméstica", Rio de Janeiro, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, Universidade Cândido Mendes.

Soares, Luiz Eduardo et al. (1996). "Violência contra a mulher: As deams e os pactos domésticos", en Luiz Eduardo Soares (ed.). *Violência e politica no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: iser/Relume, 65-105.

Stark, Evan (2004). *Coercive Control: The Entrapment of Women in Personal Life*, Oxford, Oxford University Press.

Tsai, Betsy (2000). "The Trend towards Specialized Domestic Violence Courts: Improvements on an Effective Innovation", *Fordham Law Review*, vol. 68, n.º 4, 1285-1328.

Vargas, Joana Domingues (2000). *Crimes sexuais e sistema de justiça*, São Paulo, ibccrim.

Vianna, Luiz Werneck et al. (1999). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Revan.

Weldon, Laurel S. (2002). *Protest, Policy and the Problem of Violence against Women: A Cross-national Comparison*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.

Zehr, Howard (1990). *Changing Lenses: A New focus for Crime and Justice*, Scottsdale, P A, Herald Press.

ROGÉRIO B. ARANTES

# *Constitucionalismo, expansión de la justicia y judicialización de la política en Brasil*

## INTRODUCCIÓN

En el análisis comparativo de las democracias contemporáneas, Brasil parece poseer muchos de los elementos que los analistas destacan como causas probables de la "judicialización de la política". Primera, la democracia política se estableció en los años ochenta y luego fue aprobada una nueva constitución en 1988 que promulga una extensa carta de derechos. Segunda, un número cada vez mayor de grupos de interés está demandando soluciones judiciales a los conflictos colectivos. Tercera, el sistema político se caracteriza por coaliciones frágiles y aun minoritarias que respaldan al gobierno de turno, mientras que la oposición utiliza el sistema judicial para luchar contra las políticas del gobierno. Por último, el modelo constitucional delega en el sistema judicial y en el ministerio público (MP) la tarea de proteger los derechos e intereses individuales, así como los derechos colectivos y sociales.

La judicialización de la política también depende de la disposición de los actores del sistema de justicia a asumir la responsabilidad por la implementación de los derechos, y por la resolución de los conflictos sociales, algo que en la literatura se denomina activismo legal. Aunque es difícil caracterizar la ideología política que atraviesa al ambiente legal brasileño, la investigación reciente muestra la presencia de valores políticos de transformación social, igualdad y ciudadanía entre los jueces y, especialmente, entre los miembros del MP. Aunque es un cuerpo estatal no sujeto a control político o electoral, el MP se considera a sí mismo como representante legítimo de la sociedad y ha llegado a ser conocido por su "voluntarismo político" (Arantes, 2002), encabezando la defensa de los derechos difusos y colectivos, y luchando contra la corrupción política.

Comenzando con la constitución de 1988, el sistema de justicia brasileño experimentó una expansión significativa y doble, en relación con el sistema político y en relación con la sociedad. Por vez primera el sistema judicial se convirtió en una institución política importante, gracias a un sistema de revisión judicial extremadamente descentralizado, ampliamente accesible a los individuos y a los actores políticos y sociales. Por ello, el sistema judicial se convirtió en un actor significativo en el proceso de toma de decisiones políticas, acentuando aún más el modelo consensual de la democracia brasileña (Lipjhart, 1999). Además, cuando un número aún mayor de derechos sociales se convirtió en norma legal, la provisión de justicia ordinaria se transformó profundamente: se amplió el acceso a la justicia para las causas colectivas, lo que a su vez llevó a que el sistema judicial adoptara un papel cada vez más prospectivo frente a la sociedad civil. En el centro

de esta "judicialización dual" de la política y de la sociedad en Brasil se encuentra una de las constituciones más extensas del mundo, con 1.855 disposiciones iniciales y muchas tantas adiciones, que contienen principalmente definiciones de los derechos y políticas sociales y económicas (Couto y Arantes, 2003). Este perfil constitucional limita la agencia del gobierno y obliga a que los gobernantes formen amplias alianzas parlamentarias para modificar las "políticas públicas constitucionalizadas", y sienta el camino para la resolución judicial de los conflictos sociales; bien sea por medio de la revisión judicial o mediante el acceso de los actores individuales y colectivos al sistema ordinario de justicia.

## La doble expansión del sistema de justicia en Brasil

Es necesario mencionar dos aspectos de la evolución del constitucionalismo en los siglos XIX y XX. El primero es que la democratización política y social de los estados liberales llevó a una modificación sustancial del perfil de los textos constitucionales contemporáneos, que se volvieron efectivamente tridimensionales. Además de garantizar los derechos individuales de "libertad negativa" –la protección contra la acción arbitraria del gobierno (Berlin, 1981)–, las constituciones del siglo XX también contienen los derechos políticos de participación, o "libertad positiva", así como la constitucionalización de los derechos materiales de bienestar social. La constitucionalización de los derechos de bienestar buscaba garantizar el bienestar y la igualdad de todos los ciudadanos e impuso nuevas obligaciones políticas al gobierno. El segundo aspecto importante se relaciona con los esfuerzos de la teoría democrática contemporánea para establecer los posibles vínculos entre democracia y constitucionalismo. De acuerdo con Elster (1979, 1999), la constitución actúa como mecanismo autolimitante. Para asegurar la supervivencia de la democracia en el largo plazo, puede ser necesario limitar el poder de las mayorías políticas: la función de los tribunales es salvaguardar ciertos derechos y principios e impedir que sean alterados al capricho de nuevos resultados electorales. Sin embargo, como también señala Elster (1999, 33 a 48), las relaciones mutuamente reforzadoras entre democracia y constitucionalismo sólo se pueden evaluar empíricamente cuando se tiene en cuenta una tercera dimensión, a saber, los tipos de procesos de toma de decisiones que ocurren como resultado de la combinación entre la voluntad mayoritaria expresada en las urnas y las restricciones impuestas al ejercicio de esa voluntad. Cláudio G. Couto y yo actualmente desarrollamos una metodología comparativa para el análisis de las constituciones. De acuerdo con nuestra hipótesis, las constituciones expresamente programáticas, como la

constitución brasileña de 1988, agravan las dificultades del proceso democrático de toma de decisiones. Se requieren grandes mayorías de gobierno para aprobar las enmiendas constitucionales que buscan modificar políticas públicas simples, aunque constitucionalizadas. Un estudio piloto de 34 enmiendas constitucionales a la constitución brasileña aprobadas durante el periodo 1995-2002 muestra que de las 482 disposiciones que alteraron o añadieron nuevos elementos constitucionales, no menos del 68,8% (332) concernía a políticas públicas y sólo el 31,2% (150) se relacionaba con principios generales de la organización del gobierno[1].

Nuestra segunda hipótesis, para un futuro proyecto de investigación, sugiere que además de afectar el proceso legislativo de toma de decisiones, la constitucionalización de las políticas públicas es una de las principales fuerzas directrices de la judicialización de la política en Brasil. Esto se puede explicar por el hecho de que se apela más a menudo al poder judicial –y especialmente al supremo tribunal federal (STF)– debido a la longitud de la constitución y a la profusión de nuevas enmiendas. En efecto, los datos indican que ha habido un extraordinario crecimiento en el nivel de actividad del STF después de 1988. Brasil ha experimentado un significativo proceso de judicialización de la política y de la sociedad desde los años ochenta, en parte como resultado de la constitucionalización de los derechos materiales y de las políticas públicas, y en parte debido a los cambios en el carácter y en el rol institucional del sistema judicial y del MP.

## LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los estudios sobre el control constitucional de las leyes muestran que el principio de revisión judicial fue adoptado crecientemente por un número de países[2] con la aprobación de los nuevos textos constitucionales durante el siglo XX, textos que eran mucho más sustantivos y rígidos que los del siglo XIX. Algunos países copiaron el modelo de Estados Unidos, mientras que otros buscaron alternativas aún más innovadoras para el control constitucional, capaces de enfrentar algunas

---

1 El resultado general al que llegamos es que el conjunto de enmiendas constitucionales aprobadas durante la administración de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO llevó a un cambio de apenas el 8,8% de las disposiciones originales y a un crecimiento casi dos veces mayor de la extensión del texto: la administración de CARDOSO incrementó en un 15,3% la constitución aprobada en 1988 (COUTO y ARANTES, 2003).

2 Cfr., en este sentido, CAPPELLETTI (1984).

de las deficiencias del sistema de Estados Unidos. Puesto que a la corte suprema de Estados Unidos se le dio la última palabra en un gran número de temas de inmensa importancia para la sociedad de ese país, las posibilidades y los límites de la corte han estado a menudo en el centro de la controversia, precisamente a causa de la delicada interacción que el sistema establece entre la ley y la política[3]. La experiencia de la corte suprema de Estados Unidos en las décadas de 1920 y 1930 y su oposición sistemática a las políticas de la primera administración de Roosevelt (1933-1936)[4] produjeron duras críticas; se sostenía que las acciones de la corte habían distorsionado los principios de la separación de poderes y degenerado en un "gobierno de los jueces" (Lambert, 1921).

Algunos países europeos introdujeron el mecanismo de revisión judicial a comienzos del siglo XX. El intento francés de institucionalizar un régimen democrático sin control judicial de la constitucionalidad fue errático, pero la experiencia británica probó que era posible mantener un régimen democrático sin ese tipo de control. La tesis predominante durante el paso de Gran Bretaña del absolutismo al gobierno liberal fue la de la "supremacía del parlamento", así como el principio de que las decisiones legislativas no podían ser revisadas por otros cuerpos a la luz de una ley superior. De hecho, en Inglaterra no existía esa ley superior pues, hasta el día de hoy, no existe un documento escrito que se pueda denominar constitución. Esta situación se modificó significativamente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el restablecimiento de los regímenes democráticos en varios países llevó a la adopción del principio liberal del control de la constitucionalidad de las leyes. El primer paso se dio en 1920, cuando la nueva constitución de Austria introdujo la revisión judicial bajo la influencia del eminente jurista Hans Kelsen. El modelo de revisión judicial austriaco era bastante diferente del modelo Estados Unidos[5]. En este último, todos los jueces que conforman el sistema judicial tienen la autoridad

---

3 El tema de la relación entre constitucionalismo y democracia, muy importante y duradero, se remonta a los clásicos *Federalist Papers* (Madison et al., 1993), y la literatura sobre esa relación en Estados Unidos es abundante, especialmente acerca del papel de la corte suprema en el sistema político.

4 Hay una vasta literatura sobre este período en el que la corte se enfrentó al presidente y sobre otras etapas de la historia de la corte suprema de Estados Unidos. Entre otros, cfr. Baum (1987).

5 Para describir el nivel de judicialización de la política en Brasil, repetiré la descripción de los modelos de revisión judicial existentes y del caso brasileño en particular que ya presenté en un trabajo anterior (Arantes, 1997, 2000, 2001).

para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y los actos normativos cuando se presentan en un juicio legal concreto. En el modelo Estados Unidos, clasificado como difuso, los conflictos entre la ley y la constitución no se envían directamente a la corte suprema, pero llegan a ella a través de los niveles inferiores del sistema judicial. Se puede pensar que la corte suprema es el guardián de la constitución únicamente porque su jurisprudencia es obligatoria y sus decisiones son finales en términos prácticos. Sin embargo, es importante subrayar que la corte suprema no mantiene el monopolio de la interpretación constitucional de las leyes y comparte esa autoridad con los demás niveles del poder judicial, en un sistema que también se denomina descentralizado[6]. La novedad introducida por el modelo austriaco es que la revisión judicial es exclusiva de la corte constitucional. Además, esta corte también tiene la autoridad para juzgar la ley en sí misma, por medio de una acción directa, puesto que no hay ninguna posibilidad de que otros cuerpos lleven a cabo la revisión judicial de una manera descentralizada. El sistema austriaco de revisión judicial, llamado también *concentrado*, fue el modelo para aquellos países europeos que, después de la Segunda Guerra Mundial, decidieron adoptar la revisión judicial, como Italia y Alemania. En esos países, el nazismo y el fascismo llevaron a que los redactores de las constituciones de 1947 y 1949, respectivamente, introdujeran mecanismos para el control del poder político, entre ellos una corte especial para determinar la constitucionalidad de las leyes[7].

El modelo de revisión judicial concentrada en la corte constitucional intentaba evitar las deficiencias del sistema de Estados Unidos, donde la descentralización de la revisión judicial y el alto nivel de aislamiento de los magistrados a veces amenazaban con llevar a un "gobierno de los jueces". El sistema concentrado buscaba un mejor equilibrio entre la función liberal de la revisión judicial y la preservación de la voluntad de la mayoría política incrementando la politización de la composición de las cortes constitucionales, y limitando el

---

6 Algunos países que adoptaron el modelo difuso de Estados Unidos: en Europa, Dinamarca, Irlanda, Noruega, Suecia; en el Medio Oriente, Israel; en Asia y Oceanía, Japón, India y Nueva Zelanda; en el continente americano, Canadá, Argentina, Bahamas, Bolivia, República Dominicana, México, Jamaica y Trinidad y Tobago. Fuente: [http://www.concourts.net].

7 Ejemplos de países que adoptaron el modelo concentrado de cortes constitucionales: en Europa, Hungría, España, y algunos países del Este de Europa que se redemocratizaron recientemente, como Bulgaria, la República Checa, Lituania, Polonia, Rumania, Rusia, Eslovenia y Ucrania; en Asia y Oceanía, Armenia, Georgia, Corea del Sur, Sri Lanka y Tailandia; en el continente americano, Chile y Surinam. Fuente: [http://www.concourts.net].

número de actores autorizados a entablar demandas ante la corte. Así, además del monopolio para declarar la inconstitucionalidad, la composición de las cortes y las restricciones a quienes pueden tener acceso a la corte reducen las oportunidades de activismo legal de los magistrados, limitando con ello la función de revisión judicial. Las cortes constitucionales son cuerpos independientes del sistema judicial ordinario y no coinciden con sus tribunales supremos. El ingreso a la corte es más político y la duración del cargo de los magistrados, aunque a menudo es prolongada, se basa en la idea de que su desempeño debe ser sometido periódicamente a evaluación del cuerpo político. Finalmente, la revisión judicial puede estar aún más concentrada restringiendo el número de quienes pueden recurrir a la corte, limitado usualmente a dos o tres actores políticos relevantes.

Entre los dos extremos –las fórmulas difusa y concentrada– algunos países han tratado de establecer un sistema mixto[8] o, como en el caso único de Brasil, un *sistema híbrido*. En Brasil, gracias a la constitución de 1988, el sistema de revisión judicial no es simplemente difuso. Debido al mecanismo de acción directa de inconstitucionalidad (ADIN), mediante el cual el STF puede anular o ratificar directamente una ley, se puede considerar que el STF es una corte cuasiconstitucional. Por otra parte, tampoco es un sistema puramente centralizado, puesto que el STF no tiene el monopolio para declarar la (in)constitucionalidad, y comparte esa autoridad con los tribunales y jueces inferiores de todo el país. Cuando el STF recibe apelaciones de los tribunales inferiores acerca de temas constitucionales, sólo falla en su función de cuerpo superior del sistema judicial y sus fallos sólo son válidos para los casos particulares en cuestión. Esa disociación entre los aspectos difuso y concentrado del sistema brasileño ha llevado a intentos de reforma que harían obligatorias las decisiones del STF para los niveles inferiores del sistema judicial. También ha habido intentos de introducir mecanismos que permitirían enviar directamente los conflictos constitucionales al STF para una evaluación definitiva que sería válida en todo el país[9].

Algunas cifras dan una idea de las dimensiones del poder judicial brasileño y de su sistema difuso de revisión judicial. Brasil es un país federal, integrado por

---

8 Algunos ejemplos de países donde se combinaron los dos modelos: Grecia, Indonesia, Taiwán, El Salvador, Honduras y Venezuela. Fuente: [http://www.concourts.net].

9 Analizaré dichas propuestas de reforma, que han estado en el congreso durante más de diez años, en la próxima sección.

26 estados y un distrito federal. De acuerdo con los datos de 1999, para entonces había 7.231 jueces en la primera instancia de la justicia común. Existe una corte de apelaciones en cada unidad federal –el "*tribunal de justiça*"– y éstas, en total, tenían 1.167 *desembargadores* (jueces) en 1991[10]. Además del sistema de justicia estatal ordinario, se crearon ramas específicas de justicia durante el siglo XX que, a lo largo del país, están representadas por los jueces de primera instancia así como por las cortes de apelaciones. Estos incluyen los tribunales militares, las cortes electorales, los juzgados laborales y los tribunales federales. De estos cuatro, el mayor número de jueces se encuentra en los juzgados laborales, donde más de 2.000 jueces están a cargo de decidir los conflictos entre trabajadores y patronos. Este es uno de los más grandes contingentes de jueces laborales del mundo[11]. La rama de justicia que tiene el segundo mayor número de jueces, y que cumple un papel extremadamente importante en la judicialización de la política en Brasil, es la justicia federal, donde se procesan los casos que involucran al gobierno central. El gobierno federal es la autoridad responsable de la mayoría de los actos administrativos que afectan a la población y cuya constitucionalidad es comúnmente cuestionada, sobre todo en las áreas de la tributación y de la política social y económica. De acuerdo con los datos de 2003, cerca de 990 jueces trabajan en los tribunales federales de justicia de primera instancia y aproximadamente 130 se reparten en los cinco tribunales regionales federales, que actúan como cortes de apelaciones[12].

Aunque no es posible calcular exactamente el número de procesos actuales relacionados con temas constitucionales, dos gráficas dan una indicación de la judicialización de la política en Brasil. La gráfica 1 muestra la evolución de los procesos en los tribunales federales de justicia de primera instancia, donde los ciudadanos individuales pueden entablar juicios contra el gobierno federal (o ser demandados por éste), y donde la constitución se utiliza a menudo para evadir las leyes y los actos administrativos que se pretende son inconstitucionales.

Si bien tampoco es posible distinguir los casos en que el gobierno federal es el demandante y aquellos en que figura como acusado, las estimaciones muestran que cerca del 46% de los casos que se procesaron en 2000 concernía a deudas con

---

10 Datos de la base de datos del sistema judicial nacional, [http://www.stf.gov.br/bndpj/ movimento/].

11 Información del Tribunal Superior do Trabalho [http://www.tst.gov.br].

12 Datos del Consejo Federal de Justicia [http://www.cjf.gov.br/Estatisticas /Estatisticas.asp].

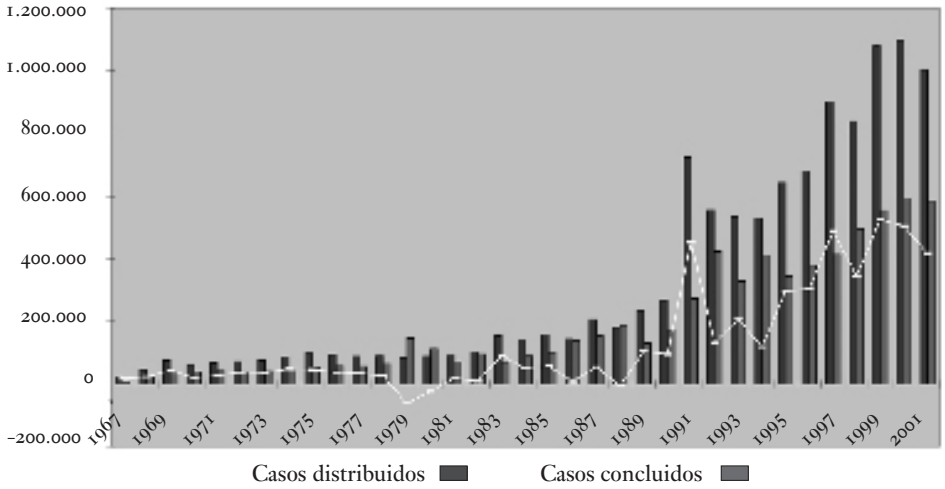
el Estado (impuestos, derechos y otros)[13]. Si consideramos que el resto de casos son acciones de los individuos contra el gobierno, y que esta proporción ha sido constante, podemos estimar que se entablaron no menos de medio millón de casos anuales en los últimos años contra el gobierno federal. Aunque se requiere una investigación más cuidadosa, se puede sugerir que esa litigación extrema entre el gobierno y la sociedad proviene de las sucesivas intervenciones del gobierno en los campos de la política económica y fiscal, así como de la tributación. Esas intervenciones casi siempre han tomado la forma de medidas provisionales de la rama ejecutiva federal[14], que han alterado el orden legal y dejado descontentos a los individuos y a las compañías privadas. Además, puesto que la constitución de 1988 es extremadamente detallada (hay 1.855 disposiciones en total), los actos del gobierno casi siempre chocan con las disposiciones constitucionales y son cuestionados posteriormente en el sistema de justicia. Como queda claro en la gráfica 1, el sorprendente incremento del número de casos empezó precisamente en 1990-1991, inmediatamente después de uno de los planes económicos más intervencionistas de la historia brasileña: el Plan Collor. Desde entonces, el componente difuso del sistema de revisión judicial brasileño ha sido utilizado por miles de personas descontentas con los actos del gobierno. Este es entonces uno de los ejemplos más significativos de la judicialización de la política en Brasil, a pesar de que algunos magistrados han hecho advertencias acerca del riesgo de colapso de sistema legal. En la actualidad más de cinco millones de casos aguardan las decisiones del sistema federal de justicia, lo que corresponde a un promedio de más de 5.000 casos por cada juez.

---

13 Prudente (2001).

14 Las medidas provisionales introducidas por la constitución de 1988 son redactadas por el presidente de la república y entran en vigencia inmediatamente, produciendo efectos durante un período dado de tiempo hasta que el congreso las ratifica como leyes ordinarias o niega su validez. Ampliamente utilizadas por los presidentes desde 1988, las medidas provisionales suelen ser culpadas por desestabilizar el orden legal y son la causa de varias acciones legales que cuestionan su constitucionalidad.

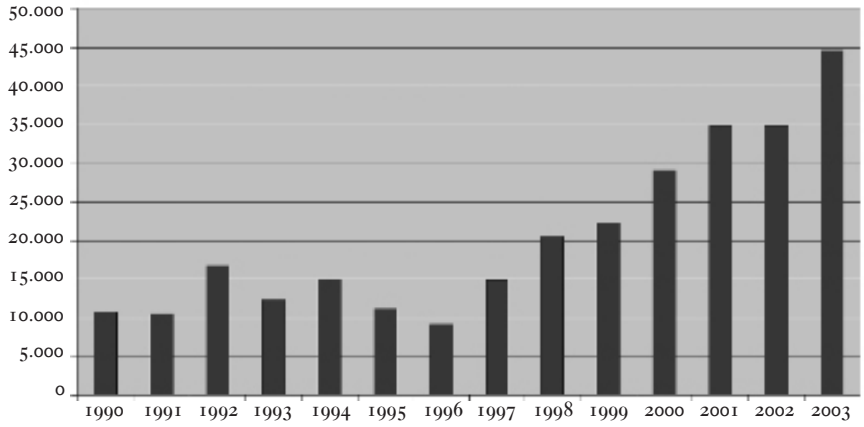
Gráfica 1
Casos repartidos y concluidos dentro del nivel inferior de la justicia federal
1967-2001




Fuente: base de datos del Sistema Nacional Judicial e Informes de los Supremos Tribunales Federales [www.stf.gov.br].

La gráfica 2, que muestra el creciente número de procesos en el lado difuso del sistema de revisión judicial, se refiere a los recursos extraordinarios (RE). Los RE permiten que las partes de un caso relacionado con temas constitucionales presenten sus demandas en el STF. La gráfica muestra que el número de RE se cuadruplicó entre 1990 y 2003. Aunque los RE se refieren a procesos iniciados años antes en primera instancia y que sólo mucho después llegaron al STF, su incremento exponencial ha tenido dos importantes consecuencias. Una es la sobrecarga del STF. El STF no tiene un mecanismo de selección de casos equivalente al de la corte suprema de Estados Unidos, y además está obligado a fallar repetidamente en casos similares, puesto que sus decisiones no son obligatorias para los niveles inferiores. El segundo impacto es económico: muchos RE corresponden a pérdidas financieras de los actores sociales y los grupos profesionales como resultado de los planes de estabilización monetaria implementados por administraciones anteriores, que luego deben resolver las administraciones actuales y futuras. (Ha habido situaciones en las que el gobierno se ha visto forzado a gastar miles de millones de dólares para cancelar cuentas pasadas).

Gráfica 2
Recursos extraordinarios repartidos en el STF, 1990-2003




Fuente: base de datos del sistema judicial nacional. Supremo Tribunal Federal [wwe.stf.gov.br]

Además de la descentralización que caracteriza a la revisión judicial en Brasil, el sistema también ha llegado a ser ampliamente accesible, puesto que la constitución de 1988 incrementó el número de agentes autorizados para utilizar la ADIN ante el TSF. Anteriormente limitada al procurador general de la república, la lista de agentes potenciales se volvió demasiado larga, y sobrepasa incluso a la de países que tienen un sistema de revisión judicial concentrado. El artículo 103 de la constitución autoriza a nueve categorías diferentes –y al menos a 75 agentes– a presentar una ADIN ante el STF, sin contar las confederaciones de los gremios comerciales de toda la nación, cuyo número es desconocido (cfr. el cuadro 1).

El efecto de tal expansión del acceso directo a la corte es predecible: durante los 15 años en los que ha estado vigente la constitución, se han presentado no menos de 3.014 acciones directas de inconstitucionalidad contra leyes y actos administrativos federales y estatales. Dejando de lado los meses de 1988, esto promedia cerca de 200 acciones anuales. Como se puede ver en el cuadro 2, los demandantes más frecuentes son los gobernadores de los estados y las confederaciones de los gremios comerciales de toda la nación (26,4 y 25,5%, respectivamente), seguidos por el procurador general de justicia y los partidos políticos (alrededor del 20%). Este resultado corresponde a la tendencia revelada por Vianna et al. (1999). En un estudio que analizaba las ADIN hasta 1998, se encontró que el STF era un importante foro de oposición para las confederaciones de los gremios comerciales y para los partidos políticos insatisfechos con las leyes promulgadas

Cuadro 1
Agentes autorizados para invocar a las cortes constitucionales en Brasil, Austria y Alemania

| Brasil | n.º | Austria | n.º | Alemania | n.º |
|---|---|---|---|---|---|
| 1. Presidente de la República | 1 | 1. Gobierno federal | 1 | 1. Gobierno federal | 1 |
| 2. Mesa directora del senado federal | 1 | 2. Gobierno provinciales (*Landers*) | 9 | 2. Gobierno estatal (*Landers*) | 16 |
| 3. Mesa directora de la cámara de diputados | 1 | 3. 1/3 del parlamento | – | 3. 1/3 del parlamento | – |
| 4. Mesa directoras de asambleas legislativas provinciales | 27 | (en general hay cuatro partidos políticos en la legislatura federal) | | (en general hay seis partidos políticos en la legislatura federal) | |
| 5. Gobernadores de provincias | 27 | | | | |
| 6. Procurador general de la república | 1 | | | | |
| 7. Concejo federal de la Asociación Brasileña de Abogados | 1 | | | | |
| 8. Partidos políticos representados en el congreso nacional | 16 | | | | |
| 9. Confederación de sindicatos de trabajadores o asociación profesional de carácter nacional | – | | | | |
| Subtotal | 75 | Subtotal | 10 | Subtotal | 17 |

por el gobierno. Además, el STF actúa como corte de apelaciones en disputas provinciales, debido al gran número de acciones que entablan los gobernadores de los estados, casi siempre contra leyes elaboradas por las asambleas legislativas de sus propios estados[15].

Aunque están autorizados para presentar ADIN, el presidente de la república y los presidentes de las juntas del senado federal y de la cámara de diputados nunca han hecho uso de ese mecanismo de revisión judicial. Esta es una clara indicación

15 Vianna et al. (1999) revelaron que casi el 90% de las 507 ADIN entabladas por los gobernadores de los estados hasta 1998 buscaban obtener una declaración de inconstitucionalidad de leyes aprobadas por sus respectivas asambleas legislativas.

Cuadro 2

Acciones directas de inconstitucionalidad, 1988–2003

| Demandantes | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | Total |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Gobernadores de los estados | 2 | 55 | 100 | 57 | 47 | 39 | 32 | 61 | 25 | 60 | 28 | 48 | 68 | 58 | 49 | 66 | 795 |
| Confederaciones | 4 | 53 | 51 | 58 | 21 | 48 | 64 | 48 | 59 | 47 | 69 | 46 | 62 | 51 | 35 | 52 | 768 |
| Procurador general de la República | 0 | 22 | 63 | 65 | 63 | 49 | 68 | 47 | 12 | 38 | 27 | 18 | 22 | 11 | 6 | 117 | 628 |
| Partidos políticos | 2 | 14 | 30 | 39 | 25 | 15 | 29 | 47 | 47 | 45 | 42 | 59 | 75 | 79 | 27 | 44 | 619 |
| Asociación Brasileña de Abogados | 1 | 5 | 9 | 3 | 4 | 7 | 3 | 2 | 8 | 12 | 9 | 12 | 20 | 6 | 14 | 9 | 124 |
| Asambleas legislativas de los estados | 0 | 1 | 1 | 7 | 4 | 1 | 1 | 3 | 2 | 2 | 1 | 3 | 4 | 3 | 3 | 1 | 37 |
| Otros * | 2 | 9 | 1 | 3 | 2 | 3 | 1 | 3 | 5 | 2 | 5 | 3 | 2 | 1 | 1 | 0 | 43 |
| Total | 11 | 159 | 255 | 232 | 166 | 162 | 198 | 211 | 158 | 206 | 181 | 189 | 253 | 209 | 135 | 289 | 3014 |

* Demandantes que, aunque no están calificados de acuerdo con las definiciones establecidas en el artículo 130 de la constitución, insisten en presentar ADIN. En estos casos, el STF declara inadmisible la acción.

Fuente: base de datos del Sistema Nacional Judicial. Supremo Tribunal Federal [www.stf.gov.br].

de que las leyes aprobadas durante el periodo en cuestión, como expresión de la voluntad de la mayoría política, satisfacen los intereses de las cámaras legislativas y de la rama ejecutiva. En contraste, quienes están insatisfechos con las leyes federales y estatales han recurrido directamente al STF más de 3.000 veces; además, al tribunal han llegado miles de casos relacionados con temas constitucionales a través de la vía difusa, lo que lo convierte indudablemente en el principal poder político y guardián de la constitución. La importante función política del STF ha despertado un creciente interés de los investigadores en su desempeño, en su nivel de independencia y en el comportamiento de sus jueces[16].

El sistema político brasileño difiere del modelo de mayorías de LIPJHART (1999) y adopta el principio liberal de limitar la mayoría política mediante un sistema ultradescentralizado de control judicial de la constitucionalidad. Este sistema descentralizado hace posible que las minorías políticas ejerzan su poder de veto invocando la constitución contra las leyes y actos administrativos emitidos por el legislativo y las ramas ejecutivas del poder. Si consideramos que el proceso de toma de decisiones políticas en Brasil contempla la participación de una amplia variedad de actores institucionales en un gran número de arenas (separación de poderes entre el ejecutivo y el legislativo, dos cuerpos legislativos con igual poder en el congreso, multipartidismo exagerado y un federalismo razonablemente descentralizado), deberíamos añadir el sistema de control de la constitucionalidad como uno de los principales recursos disponibles para las minorías políticas contra las decisiones políticas de la mayoría, lo que refuerza aún más el carácter consensual del sistema político brasileño[17].

En los últimos años, los analistas han argumentado que el sistema político brasileño ha funcionado a manera de un "presidencialismo de coaliciones", caracterizado por un sistema fragmentado de partidos, cuya dispersión es compensada

---

16 Sobre el intento de identificar pautas de comportamiento de los jueces del STF y el tema de la independencia del tribunal, cfr. el estudio de OLIVEIRA (2002).

17 El modelo *consensual* se opone al modelo de la *mayoría*, en cuanto las mayorías políticas se forman más fácilmente y gobiernan sin tanta resistencia. De acuerdo con LIJPHART (1999), las siguientes serían las características de ese segundo modelo: concentración del poder en la rama ejecutiva, una sola cámara legislativa, bipartidismo, Estado unitario, y ausencia de revisión judicial. En Brasil, los análisis recientes han tratado de mostrar que el instrumento de las medidas provisionales y el control relativo de la agenda legislativa por la rama ejecutiva compensan el alto nivel de fragmentación *consensual* del sistema político. Lo que estos análisis no tienen en cuenta es el costo de gobernabilidad democrática de ese modelo, y, desde la perspectiva de los resultados sustantivos, a quién beneficia.

por el poder del ejecutivo federal. El ejecutivo controla la agenda legislativa y distribuye los cargos y ministerios como medio para unir a los partidos y sostener la coalición de gobierno en el parlamento[18]. A pesar de la validez de este argumento, el uso del control de la constitucionalidad por los partidos de oposición ha sido uno de los principales medios para desafiar políticamente a la coalición de gobierno, lo que ha impulsado la judicialización de la política en Brasil.

El cuadro 3 muestra las ADIN patrocinadas por los siete partidos más grandes en los últimos años: Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB), Partido del Frente Liberal (PFL), Partido de la Socialdemocracia Brasileña (PSDB), Partido de los Trabajadores (PT), Partido Democrático del Trabajo (PDT), Partido del Trabajo Brasileño (PTB), Partido Progresista Brasileño (PPB), siguiendo el orden izquierda-centro-derecha del espectro. Los partidos pequeños de izquierda se agruparon en conjunto, igual que otros partidos pequeños cuyo perfil ideológico es mucho menos definido. Dos partidos numéricamente insignificantes (el PSL y el PHS) aparecen por separado debido al alto número de ADIN que presentaron en el periodo 1999-2002. Por último, vale la pena señalar que 54 acciones fueron presentadas conjuntamente por dos o más partidos.

El principal partido de oposición en los años noventa –el PT– fue responsable de la cuarta parte del número total de ADIN durante la administración de COLLOR DE MELLO, ITAMAR FRANCO y FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Luego de presentar 150 ADIN en ese periodo, el PT no ha recurrido al STF desde que LULA asumió el cargo en 2003. El PSDB, que recurrió al STF tan sólo una vez durante la administración de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, ha recurrido al STF nueve veces desde que empezó a formar parte de la oposición en 2003. En este caso, la judicialización de la política es claramente una iniciativa de los partidos de oposición, que, derrotados en las arenas política y parlamentaria, recurren al STF en un intento de derrotar al gobierno en la arena judicial. En general, los partidos de gobierno presentaron menos del 5% de las acciones entre 1990 y 2003, y, de éstas, la mayoría concernía a leyes provinciales y no a leyes federales.

Otro aspecto importante de la judicialización de la política, que se refleja en las ADIN presentadas por los partidos políticos, es el hecho de que cerca del 25% de esas acciones fueron patrocinadas por partidos con menos del 5% de la representación parlamentaria en el congreso nacional. Aunque insignificante desde un punto de vista numérico, la existencia de un solo diputado afiliado al partido en cuestión es suficiente para que utilice las ADIN para tratar de revertir

18 Cfr., entre otros, MENEGUELLO (1998) y FIGUEIREDO y LIMONGI (1999).

Cuadro 3

Acciones directas de inconstitucionalidad de los partidos políticos, 1990-2003

| Partido | Collor 1990-1991 | Itamar 1992-1994 | FHC I 1995-1998 | FHC II 1999-2002 | Lula 2003 | Total | % |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Coalición de partidos de gobierno (*) | PRN PFL - PDS | PMDB-PFL-PSDB-PTB | PSDB-PFL-PMDB-PTB | PSDB-PFL-PMDB-PTB | PT- PPE-PTB | | |
| *Izquierda* | | | | | | | |
| Partido de los Trabajadores (PT) | 26 | 12 | 69 | 43 | 0 | 150 | 24, 9 |
| Partido Democrático del Trabajo (PDT) | 21 | 10 | 21 | 16 | 5 | 73 | 12, 1 |
| Partidos pequeños de izquierda (PCdoB/PSB/PCB/PPS /PSTU/PV) | 21 | 9 | 17 | 27 | 2 | 76 | 12, 6 |
| Partidos pequeños de izquierda coautores (PT PDT, PCdoB, PSB, PV) | 0 | 1 | 35 | 18 | 0 | 54 | 9, 0 |
| *Centro* | | | | | | | |
| Partido Social Demócrata Brasileño (PSDB) | 5 | 1 | 0 | 1 | 9 | 16 | 2, 7 |
| Partido Movimiento Democrático Brasileño (PMDB) | 6 | 3 | 7 | 9 | 1 | 26 | 4, 3 |
| *Derecha* | | | | | | | |
| Partido del Trabajo Brasileño (PTB) | 1 | 0 | 0 | 9 | 1 | 11 | 1, 8 |
| Partido Frente Liberal (PFL) | 0 | 1 | 5 | 1 | 8 | 15 | 2, 5 |
| Partido Progresista (PDS/ PPB/PP) | 0 | 0 | 7 | 2 | 4 | 13 | 2, 2 |
| Partido Social Liberal (PSL) | 0 | 0 | 0 | 65 | 7 | 72 | 11, 9 |
| Partido Humanista de Solidaridad (PHS) | 0 | 0 | 0 | 25 | 0 | 25 | 4, 1 |
| Otro (partidos pequeños no ideológicos) | 14 | 7 | 20 | 24 | 7 | 72 | 11, 9 |
| Total | 94 | 44 | 181 | 240 | 44 | 603 | 100, 0 |
| % de acciones interpuestas por partidos aliados del gobierno | 0 | 11 | 6, 6 | 8, 3 | 6, 8 | 4, 3 | |

(*) Clasificación de las coaliciones de partidos, adaptada de Meneguello (1998)

PT: Partido de los Trabajadores
PDT: Partido Democrático del Trabajo
PCdoB: Partido Comunista del Brasil
PSB: Partido Socialista Brasileño
PCB: Partido Comunista Brasileño
PPS: Partido Socialista Popular
PSTU: Partido Socialista de los Trabajadores Unificado
PV: Partido Verde
PSDB: Partido de la Social Democracia Brasileña
PMDB: Partido Movimiento Democrático Brasileño
PTB: Partido del Trabajo Brasileño
PFL: Partido del Frente Liberal
PDS: Partido Democrático Social
PPB: Partido Progresista Brasileño
PP: Partido Progresista
PSL: Partido Social liberal
PHS: Partido Humanista de Solidaridad

Fuente: Base de datos del Sistema Judicial Nacional. Supremo Tribunal Federal [www.stfgov.br].

la voluntad mayoritaria expresada en la promulgación de una ley dada. El caso más significativo a este respecto es el del Partido Social Liberal, que en las elecciones de 1998 y 2002 sólo tuvo un representante elegido (el 0,19% de la cámara de diputados) pero durante esos cinco años presentó no menos de 72 ADIN, el 5% del total de acciones presentadas al STF por los partidos entre 1999 y 2003. Además del número de casos que presentó el PSL, también se destacan sus contenidos: este partido atacó disposiciones de las leyes estatales que introducían el control externo de la actividad política a cargo del ministerio público y daban a los fiscales la autoridad para realizar investigaciones penales. El PSL también fue responsable de acciones contra las modificaciones del sistema de seguridad pública en algunos estados y contra algunas restricciones al comercio de armas de fuego, entre otras. Ese minúsculo partido se opuso a la medida provisional 2.152, que buscaba unir a todo el país para combatir la crisis de la electricidad en 2001, y fue responsable de una ADIN contra la constitución del estado de Acre porque no invocaba la protección de Dios en su preámbulo.

Una hipótesis que se debe explorar es la de que una alta proporción del total de las 3.014 ADIN presentadas al STF conciernen a disposiciones constitucionales relacionadas con políticas públicas y no con principios fundamentales de la organización política y social de Brasil. Puesto que la carta del país ha llegado a ser notable por la constitucionalización de las políticas, es probable que la oposición pueda confrontar fácilmente las medidas del gobierno a través del sistema de control constitucional, transformando al STF en una especie de cámara de control de las políticas del gobierno e incrementando enormemente el nivel de judicialización de la política.

## LA AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL

Si bien los sistemas judiciales por lo general tendieron a ampliarse con la instalación de regímenes liberal democráticos en el siglo XX, mediante la protección de las libertades establecidas, la promoción de la igualdad también llevó a un tipo inesperado de expansión judicial. Este se relaciona con la transformación del sistema judicial en un mecanismo para garantizar los derechos sociales y colectivos, especialmente en la segunda mitad del siglo XX. Hay dos principales aspectos complementarios de esta expansión. El primero es sociológico y vincula la expansión del sistema judicial y sus dificultades actuales con el desarrollo y la crisis del Estado de bienestar durante el siglo XX. La segunda es jurídica y

vincula la expansión del sistema judicial con la ampliación del acceso a la justicia para casos colectivos, especialmente desde los años setenta. Boaventura de Sousa Santos argumenta que el desarrollo del Estado de bienestar después de la Segunda Guerra Mundial indujo transformaciones significativas en el mundo del derecho y la justicia. Caracterizada por los principios de intervención económica y de promoción del bienestar social, esta nueva forma de Estado llevó a promulgar leyes constitucionales y ordinarias mucho más sustantivas que las que se dictaban bajo el modelo liberal clásico. Estas leyes detallaban derechos sociales y económicos tales como la educación, la salud, el trabajo, la seguridad social y otros más[19]. De acuerdo con Santos, estas modificaciones llevaron a que el sistema judicial asumiera un nuevo rol: anteriormente limitado a la función de aplicar la ley en los conflictos privados, ahora se le pedía que hiciera efectiva una nueva legislación social, mucho más sustantiva desde el punto de vista de los derechos ciudadanos. Aunque éste no es un proceso lineal, Santos destaca que "la juridización del bienestar social dio lugar a nuevos litigios en los campos del derecho laboral, civil, administrativo y de la seguridad social, que –en algunos países más que en otros– se tradujo en un incremento exponencial de la actividad legal, y en una explosión de los litigios"[20]. De acuerdo con esta perspectiva sociológica, la crisis que sufrió el Estado de bienestar a finales de los años setenta también afectó al sistema judicial. El problema central que se debía enfrentar era el de que el Estado había perdido buena parte de su capacidad para promover el bienestar social como resultado de un proceso de reformas orientado por la ideología neoliberal. A diferencia del Estado, que vio reducir su tamaño como resultado de la crisis, el sistema judicial vio que sus actividades se ampliaban aún más en un intento de conservar los derechos ampliados que se habían legislado frente a una escasez de recursos públicos. Si ya era bastante difícil garantizar la efectividad de esos derechos, la crisis del Estado produjo un ambiente aún más dramático, que llevó a un incremento de la demanda legal frente a la limitada capacidad de respuesta del sistema judicial.

La segunda perspectiva analítica –que describe la expansión del sistema judicial en la segunda mitad del siglo xx– subraya los cambios jurídicos derivados del desarrollo de nuevos tipos de derechos y de nuevas formas de acceso a la justicia. De acuerdo con esta línea de pensamiento, el poder judicial experimentó una fuerte expansión durante el siglo xx debido a que dicha evolución puso la justicia al

19 Una buena síntesis de ese argumento se puede encontrar en Santos et al. (1996).
20 Santos et al. (1996, 34 y 35).

alcance formal de los actores sociales colectivos. Un estudio de CAPPELLETTI y GARTH (1978) analiza los cambios en el derecho liberal individualista y la apertura del orden legal a los derechos difusos y colectivos[21]. En su opinión, el reconocimiento legal de las dimensiones difusa y colectiva de ciertos intereses llevó a que algunos países promovieran nuevos procedimientos de acceso a la justicia, trascendiendo el individualismo del modelo liberal y abriendo espacio a la acción colectiva. En el contexto de los años setenta, los autores destacaron la vulnerabilidad de los individuos debida a la creciente complejidad de la vida social y a la dimensión colectiva de diversos tipos de conflictos, al tiempo que señalaban la incapacidad de las instituciones del Estado para dar protección general a derechos supraindividuales tales como los derechos relacionados con el medio ambiente, con los consumidores, la propiedad pública y la herencia cultural e histórica. En ese contexto, los autores subrayaron la importancia de la apertura del sistema judicial a las asociaciones civiles, formadas legalmente para la defensa judicial de los derechos difusos y colectivos, desafiando con ello al sistema judicial para que asumiera un rol totalmente nuevo.

Un segundo aspecto que subrayaron con respecto a la ampliación del acceso a la justicia fue el de las innovaciones de la estructura judicial, como la creación de "pequeños tribunales de reclamos" que buscaban dar una solución más rápida y efectiva a los casos menos complejos (que involucran sumas menores u ofensas menores). Este tipo de reforma judicial reflejaba el esfuerzo del poder judicial para acercarse a la población más pobre y enfrentar la llamada litigación restringida, es decir, las demandas que no llegaban a los tribunales debido a las dificultades de acceso. En general, la expansión del sistema judicial en Brasil se puede vincular a las razones sociológicas y jurídico-procedimentales antes mencionadas[22].

---

21 Una formulación general de los derechos difusos y colectivos puede ser la siguiente: derechos transindividuales e indivisibles por naturaleza, de individuos (derechos difusos) o grupos de personas, conectados a través de algún tipo de relación legal (derechos colectivos). Otra característica importante es que estos nuevos derechos pueden ser representados legalmente por actores sociales y colectivos, legitimados extraordinariamente para comparecer ante las cortes para defender derechos que no son particularmente suyos, sino que pertenecen a un conjunto de individuos dispersos y no siempre identificables. Ejemplos de derechos difusos son aquellos que se relacionan con el medio ambiente, del que se benefician todos los ciudadanos, aunque de manera indivisible. Ejemplos de derechos colectivos se encuentran en las relaciones entre consumidores, cuando los consumidores individuales están conectados entre sí o con el partido de oposición mediante una relación jurídica que, cuando se irrespeta, los afecta colectivamente; de la misma manera, la reparación puede beneficiar a todos, sin distinciones.

22 A continuación se presenta una lista de los trabajos más importantes, en orden cronológico y de acuerdo con el tema. En cuanto al perfil de los magistrados y las opiniones de los jueces

Aunque Brasil no desarrolló un Estado de bienestar similar al de muchos países europeos, el modelo económico implementado desde la década de 1930 –bajo el liderazgo de Getúlio Vargas– llevó a que el Estado asumiera un papel central en la dirección de la economía, combinado con un alto nivel de intervención en las relaciones sociales. El modelo de Vargas, mucho más corporativo que el sistema de bienestar europeo, también llevó al desarrollo de una nueva legislación social, especialmente la relacionada con el trabajo. Fue en esa época cuando el sistema judicial brasileño experimentó su primera fase de expansión, cuando áreas importantes de conflicto se canalizaron dentro de ramas especiales del sistema de justicia, con la creación, en los años treinta, de los tribunales electorales y laborales. Debido a que en la Vieja República (1889-1930) las elecciones estuvieron marcadas por el fraude y otros males políticos, la creación de los tribunales electorales fue una de las consecuencias prácticas de la revolución de 1930. Además, la necesidad de ampliar los derechos sociales y al mismo tiempo mantener bajo control a las clases trabajadoras llevó a que la administración de Vargas desarrollara un cuerpo extraordinario de leyes e instituciones, incluidos los juzgados laborales (Sadek, 1995a; Santos, 1979).

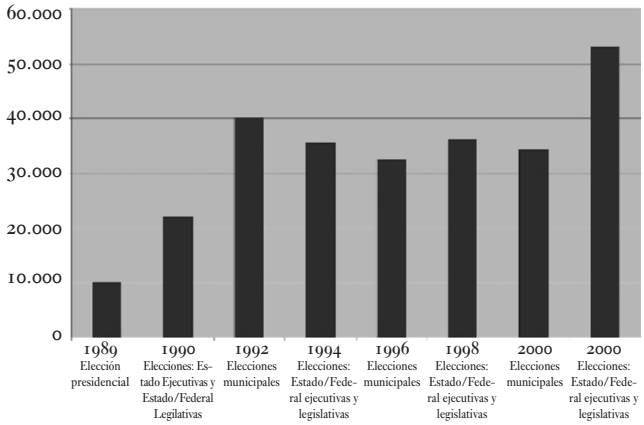
Las gráficas 3 y 4 muestran el volumen de acciones electorales y laborales de los tribunales en los últimos años. En el primer caso, a pesar de la consolidación de las reglas de competencia política y de los mejoramientos del proceso electoral (desde el registro de los votantes hasta el uso de urnas electrónicas en todo el país), el volumen de casos de los tribunales electorales regionales se mantuvo en un nivel de 35.000 durante los años noventa, y llegó a 52.808 en 2002. Si consideramos que había 1.654 cargos ejecutivos y legislativos (federales y provinciales) sometidos a elección, y que se presentaron 18.880 candidatos en las elecciones de 2002, esto significa que hubo en promedio casi 32 acciones legales por cargo y casi tres por candidato en el sistema de justicia electoral, lo que indica un alto nivel de judicialización de las elecciones. Además de estas medidas cuantitativas, vale la pena destacar al menos dos decisiones recientes del sistema de justicia electoral

---

sobre ciertos temas y valores relacionados con la justicia, cfr. Sadek y Arantes (1994), Sadek (1995b), Vianna, Carvalho, Melo y Burgos (1997). En cuanto a la doble expansión del sistema judicial brasileño en la dimensión político-constitucional y en la dimensión social, cfr. Sadek (1999) y Vianna et al. (1999). Para un balance de las nuevas experiencias de acceso a la justicia, especialmente con respecto al sistema judicial, cfr. Sadek (2001a). Para algunos temas especiales como el concepto de judicialización de la política y una evaluación empírica del sistema de protección de los derechos colectivos en Rio de Janeiro, entre otros temas que se relacionan con la justicia, cfr. Vianna (2002). Para un examen de las relaciones entre justicia y economía, cfr. Castelar (2000). Para el tema de la reforma judicial, cfr. Sadek (2001b), Castelar (2003) y Macaulay (2003).

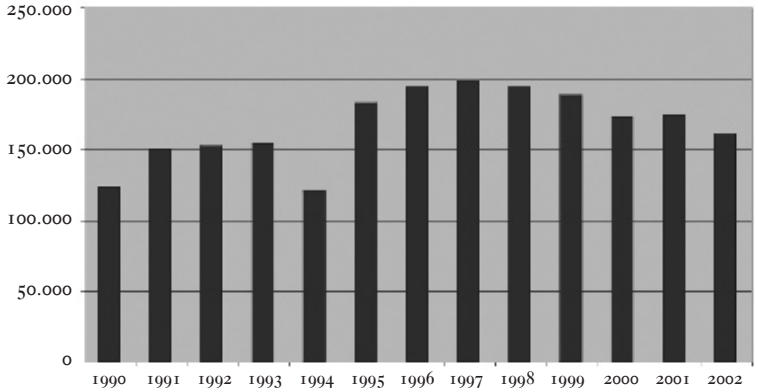
que han tenido un impacto significativo en las reglas del juego político. En 2002, el tribunal superior electoral implementó el cambio de normas electorales más importante desde 1988, que limitó drásticamente la libertad para formar alianzas de partidos, en una decisión que se llegó a conocer como "verticalización" de las coaliciones de partidos. En 2004, el mismo tribunal abolió alrededor de 8.500 cargos municipales elegidos en cerca de 2.400 municipalidades.

Gráfica 3
Casos distribuidos dentro de los tribunales electorales regionales
(años seleccionados)




Fuente: Base de datos del Sistema Judicial Nacional. Supremo Tribunal Federal [www.stf.gov.br].

Gráfica 4
Casos distribuidos dentro de los tribunales laborales inferiores, 1999-2001




Fuente: Base de datos del Sistema Judicial Nacional. Supremo Tribunal Federal [www.stf.gov.br].

El volumen de casos en los tribunales laborales es impresionante. Aunque en 1994 hubo una reducción del número de juicios (probablemente relacionada con las medidas de inflación impuestas por el Plan Real), los años subsiguientes vieron un retorno del extraordinario crecimiento del número de juicios. En 1997, había aproximadamente 2 millones de casos en los tribunales laborales de primera instancia. De acuerdo con los estudios de PASTORE, los tribunales laborales brasileños son los campeones mundiales en el volumen de juicios. Esto se debe posiblemente a la inclinación hacia los litigios en esta área, pero también se puede explicar por la rigidez de la legislación que reglamenta las relaciones laborales y el alto nivel de poder normativo otorgado a los tribunales laborales y a su autoridad para intervenir en conflictos entre trabajadores y patronos relacionados con los derechos al empleo[23]. De acuerdo con la gráfica 4, ha habido un descenso gradual del número de pleitos desde 1997, aunque en 2000 se registró la impresionante cifra de un juicio por cada 98 habitantes y de un juicio por cada 46 miembros de la población económicamente activa.

En la década de 1980 se inició una nueva oleada de judicialización de los conflictos. Como discuto en otra parte[24], en esa época Brasil empezó a reconocer legalmente los derechos difusos y colectivos, y abrió el proceso legal a la representación de esos derechos. El hito principal de este proceso fue la creación de la acción civil pública en 1985, mediante la cual se podían defender colectivamente en las cortes los derechos de los consumidores, los derechos ambientales y los de herencia cultural. El debate sobre la creación de las acciones públicas civiles comprometió a juristas, a jueces y miembros del MP. En esa época, este último reivindicaba para sí la función de defender a la sociedad, aunque es una institución del Estado. De hecho, mediante el cabildeo en el congreso nacional para la aprobación de la Ley de Acción Civil Pública en 1985, el MP logró que se le atribuyera la defensa de los nuevos derechos difusos y colectivos.

La constitución de 1988 consolidó la extensión de la justicia a la protección de los derechos colectivos, reafirmándolos como categoría constitucional y haciendo posible el reconocimiento legal de varios otros derechos relacionados. También confirmó el papel de guardián del MP, adscribiéndole un nivel sin precedentes de independencia institucional con respecto a los demás poderes del Estado[25]. Desde

---

23 Los diversos artículos de JOSÉ PASTORE sobre estos temas se pueden encontrar en [http://www.josepastore.com.br].

24 ARANTES (2002).

25 Sobre la originalidad del modelo de independencia institucional del MP brasileño, cfr. MERCHE (2002).

1988 hemos sido testigos del desarrollo de un verdadero subsistema jurídico, en el que las nuevas leyes están guiadas por la idea de protección colectiva de los derechos y por el fortalecimiento del papel de guardián del MP[26]. El resultado global de esta evolución legislativa es que el sistema de justicia brasileño se ha transformado en una arena importante para los conflictos colectivos, y el protagonismo del MP ha atraído la atención de los analistas interesados en evaluar el potencial y los límites de este modelo institucional. El MP, uno de los principales agentes de la judicialización de la política, ha hecho uso de su alto nivel de independencia enjuiciando frecuentemente a los políticos y a los gobiernos en casos que van desde la improbidad administrativa hasta intentos de obligar a los administradores a ejecutar políticas públicas en las áreas de salud, educación, etc. Esa agresividad ha suscitado gran controversia sobre los límites de la judicialización de la política a través de las acciones del MP[27].

Pensando en términos más amplios, ¿es posible hablar de una revolución de los derechos en Brasil? En su análisis de los ejemplos de Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña e India, Epp concluye que "los derechos no son regalos: se ganan a través de la acción colectiva concertada de una sociedad civil enérgica y el subsidio público. Las revoluciones de los derechos se originan en la presión desde abajo de la sociedad civil, no en el liderazgo desde arriba" (Epp, 1998, 197). Es importante destacar que la expansión del acceso a la justicia en Brasil no ocurrió como una respuesta a la presión de las asociaciones de la sociedad civil, sino como resultado de motivaciones endógenas a las mismas instituciones judiciales. En el caso del

---

26 Ejemplos de ello son la ley 7853/89, que trata de la protección de los incapacitados; la ley 7913/89, que instituyó la protección colectiva de los inversionistas en el mercado de valores; la ley 8069/90, que creó el Estatuto del Niño y el Adolescente; la ley 8078/90, que creó el código del consumidor, indudablemente el documento más importante de este nuevo subsistema jurídico; la ley 8429/92, que trata de la improbidad administrativa y delega funciones importantes al MP; la ley 8884/94, que se refiere a las infracciones contra el orden económico y, por último, la ley 8974/95, que establece normas sobre bioseguridad y legitima al MP para actuar en esa área.

27 Vianna y Burgos (2002, 445), basados en una extensa investigación sobre las acciones públicas civiles en Río de Janeiro, debaten la tesis del predominio excesivo del MP en relación con la sociedad, en la proposición de acciones colectivas y en la adopción de una perspectiva más optimista sobre esa relación, y concluyen que "entre la sociedad y el MP la relación no es tanto de asimetría y dependencia de la primera frente al segundo, sino de interdependencia, y cuanto más se consolide tanto más legitimará las nuevas funciones del MP y eliminará la sensación de que son instancias polares y opuestas".

MP, se mantiene su rol de representante de la sociedad civil, aunque no tiene un vínculo de autoridad o responsabilidad con ella. Aunque más tímidamente que el MP, fue también por iniciativa del mismo poder judicial que el sistema de justicia se tornó más accesible a la población, especialmente con la creación de los pequeños tribunales de reclamos, creados por mandato legal en 1984 y luego constitucionalizados por la carta de 1988. Reglamentados de nuevo por mandato legal en 1995, los pequeños tribunales de reclamos representaron un paso importante en la ampliación del acceso a la justicia ordinaria para casos civiles que involucraban sumas de hasta 40 veces el salario mínimo legal y para casos penales en los que la sentencia máxima no era mayor de un año de prisión. La mayor simplicidad del procedimiento de estos tribunales permitió fallos más rápidos, lo que atrajo a la arena legal conflictos que antes quizá se habrían resuelto informalmente (cfr. el capítulo de Fiona Macaulay en este volumen)[28]. La rama de la justicia federal introdujo sus tribunales en 2002, y poco después de más de dos años de existencia, los 242 tribunales experimentaron una de las más espectaculares avalanchas de casos de la historia, cuando se iniciaron 1.265.251 procesos legales[29]. Principalmente eran acciones entabladas por los ciudadanos contra el gobierno federal, relacionadas con temas de bienestar y seguridad social (cerca de 2.500 procesos legales diarios). Paralelamente a los tribunales especiales, y guiados por el mismo principio de ofrecer servicios legales más rápidos y más accesibles, el sistema de justicia estatal y federal emprendió varias otras iniciativas en los años noventa, cuando se introdujeron los tribunales de conciliación informales, los tribunales móviles (que funcionan en coches que se desplazan a través de la ciudad) y los tribunales especiales alojados en las escuelas de derecho. En muchos estados, los gobiernos han tratado de reunir los diversos servicios públicos relacionados con el sistema de justicia y los derechos ciudadanos, y de ofrecer estos servicios a la población de manera integral bajo el mismo techo[30].

---

28 De acuerdo con Cunha (2001), en 2001, había 1.702 tribunales especiales en la justicia ordinaria. En el estado de Rio Grande do Sul había 220, 218 en Paraná y 170 en Río de Janeiro. Esos tribunales ya son responsables de un gran número de casos, a veces mayor que el de las instancias inferiores de la justicia ordinaria, como es el caso del estado de Amapá, descrito por el autor.

29 Información del Centro de Estudos Judiciários. cej/spi/diepe-03/02/2004.

30 Un balance de estas diversas experiencias se puede encontrar en Sadek (2001a). Vianna et al. (1999) examinaron el trabajo de los tribunales especiales de Río de Janeiro y demostraron su

En síntesis, la doble expansión del sistema de justicia brasileño, tanto en términos político-constitucionales como en el área de la justicia ordinaria, fue facilitada por importantes transformaciones institucionales, y por los cambios del orden legal en general. Sin embargo, como plantean Tate y Vallinder (1995), la judicialización de la política y de la sociedad sólo es completa cuando los jueces y otros miembros de las instituciones judiciales están dispuestos a actuar de forma enérgica y a utilizar todas las oportunidades legales que están a su disposición. Con respecto a los miembros del MP, la investigación cualitativa indica que su ideología se puede clasificar como una ideología de "voluntarismo político", que encarna la creencia en el rol protector de las instituciones en una sociedad incapaz de defenderse a sí misma y en el contexto de un poder político representativo corrupto o incapaz de cumplir sus obligaciones[31]. Entre los jueces, las encuestas realizadas por IDESP desde comienzos de los años noventa demuestran una fuerte sensibilidad política y social de los magistrados, y en la última encuesta realizada por el instituto (2000), el 73,1% de los jueces llegaron a decir incluso que "el juez tiene que cumplir una función social", y que "la búsqueda de la justicia social justifica decisiones que rompen los contratos". Solamente el 19,7% de los jueces dijo que "los contratos se deben cumplir independientemente de sus repercusiones sociales"[32].

Independientemente de las dificultades y contradicciones que aún marcan el proceso de expansión de la justicia brasileña, parece incuestionable que el sistema judicial y el MP han asumido tareas de la mayor importancia, de acuerdo con la tradición estatista brasileña en la que el Estado central ejerce la tutela institucional sobre la sociedad. Sin embargo, y a pesar de esta tendencia, a veces la función central de estas instituciones contrasta con su capacidad práctica para dar las respuestas esperadas.

## CRISIS Y PERSPECTIVAS DE LA REFORMA JUDICIAL EN BRASIL

La expansión del sistema de justicia en Brasil se explica por la combinación de factores institucionales con el activismo de los jueces y fiscales. Sin embargo,

---

importancia en el proceso de judicialización de las relaciones sociales, no sin identificar algunos problemas y limitaciones de ese modelo de acceso al tribunal de justicia.

31 Arantes (2002).

32 Los resultados completos de la encuesta se pueden encontrar en Castelar (2003).

junto a la expansión, buena parte del debate público se ha centrado en el deficiente desempeño del sistema judicial. Este debate se ha concentrado en varias características: primera, la excesiva lentitud de los procesos, lo que significa que se pueden tardar muchos años para llegar a un fallo final. La extraordinaria acumulación de procesos en todas las instancias y en todas las ramas del sistema de justicia es exacerbada por la gran variedad de apelaciones que permite la legislación procedimental (muchas de carácter meramente dilatorio) y la anticuada organización administrativa de los tribunales y cuerpos de apoyo de la justicia. Un segundo factor se relaciona con el alto nivel de aislamiento del poder judicial y del MP frente a la sociedad, y con su reticencia al cambio institucional y organizacional, lo que suscita sospechas y un bajo nivel de legitimidad. Tercera, siempre que ocurren escándalos de corrupción en el gobierno o delitos comunes que golpean a la opinión pública, el sistema judicial es criticado duramente por su incapacidad para responder prontamente para enfrentar la impunidad. A veces estos escándalos y crímenes pueden demorar varios años en los tribunales, sin llegar a un veredicto final sobre la culpabilidad o inocencia de los implicados. Cuando estos escándalos involucran a los jueces, el panorama es aún más difícil y lleva a feroces ataques, que reviven los intentos de reformar el sistema judicial.

En términos más analíticos, la crisis del sistema judicial ocurre tanto dentro de la esfera político-constitucional (ésta es esencialmente una crisis política) como en el dominio de la justicia ordinaria, la cual tiene más que ver con la eficiencia. Un proyecto de reforma judicial que enfrenta estos problemas lleva más de diez años en el congreso, pero los actores involucrados (el gobierno, los partidos políticos, los altos cuerpos del sistema judicial, las asociaciones de jueces y la Asociación Brasileña de Abogados) han terminado creando una situación de vetos cruzados, en la que dos o más actores se alían para respaldar una proposición, pero tienen desacuerdos con respecto a muchas otras. En términos de las dimensiones políticas de la crisis, el mayor conflicto ha girado en torno a las propuestas de concentrar la autoridad de control de la constitucionalidad en el STF, reduciendo la participación del componente difuso del sistema. Durante la década de 1990, los presidentes de la república y los partidos de gobierno (la mayoría política) intentaron aprobar los cambios constitucionales que habrían logrado esta concentración, pero la oposición –aunque minoritaria– logró detenerlos. La oposición en este caso estaba encabezada por el PT, y tenía el apoyo de las instancias inferiores del poder judicial, de las asociaciones de jueces, del MP y de la Asociación Brasileña de Abogados.

El sistema híbrido de revisión judicial, además de ser muy descentralizado, tiene otra particularidad. Aunque el STF es la última distancia del sistema judicial

brasileño, sus decisiones no tienen efecto obligatorio para los tribunales inferiores, que pueden seguir fallando en contra de las decisiones del STF. Esta peculiaridad institucional llega a ser aún más grave en los casos de las apelaciones que provienen de los tribunales inferiores: a veces estas apelaciones se refieren a miles de casos similares, pero la decisión de la corte sólo es válida para el caso específico que está revisando y no se puede extender a las demás. El efecto perverso es que aquellos que se podrían beneficiar de las decisiones de la corte deben entrar al vía crucis legal y pasar por todas las instancias para llegar a una decisión que ya fue aplicada a casos similares anteriores. Por otra parte, en los casos en que los jueces de los tribunales inferiores deciden aplicar la misma interpretación del tribunal supremo, quienes son perjudicados por la decisión se las arreglan para llevar el caso al STP, posponiendo así el resultado negativo de la demanda durante todo el tiempo que puedan. Para tener una idea del impacto de esa irracionalidad sistémica sobre el volumen de casos, las cifras que presentó uno de los magistrados de la corte, NELSON JOBIM, mostraban que en 2002 el tribunal había "fallado" 171.980 casos. (Un promedio de 17,1 miles por magistrado, lo que significa hasta 85 casos por día de trabajo). JOBIM afirmó que sería imposible juzgarlos individualmente y reveló que los jueces habían desarrollado la práctica de seleccionar una tanda de casos similares y fallar sobre todos ellos en pocos minutos. Tales prácticas agravan las distorsiones de las decisiones del tribunal, perjudican la eficiencia judicial y crean una situación desfavorable para la corte más alta del país[33]. En 1998, otro juez del STF ya había revelado que el 80% de las apelaciones evaluadas por la corte eran repetidas[34].

Para remediar este estado de cosas, se han formulado algunas propuestas para concentrar el control constitucional en el STF. Entre ellas el sumario de efecto vinculante (SEV), un instrumento por medio del cual el tribunal puede establecer jurisprudencia en ciertos casos –una vez se reiteran las decisiones– y

---

33 En el mismo acto en que NELSON JOBIM presentó estas cifras, el magistrado reveló la existencia de un "mercado negro" de créditos judiciales, incentivado por la lenta velocidad para procesar los casos: "Si un ciudadano que tiene un derecho, ya reconocido en los niveles primero y segundo, tiene que esperar a la apelación especial o a la apelación extraordinaria y no puede pagar el costo, ¿qué hace? Vende ese derecho en el mercado negro en un 10% de su valor nominal. Y el que puede pagar para esperar lo recibe, con un 100% del valor nominal, más la inflación, más los interés compensatorios, más el interés compuesto, más el interés de mora, etc.": *O Estado de S. Paulo*, 7 de octubre de 2004, A4.

34 VELLOSO (1998).

hacerla obligatoria para las instancias inferiores del sistema judicial. A pesar de que su objetivo es reducir el exceso de casos en la corte más alta, la propuesta del SEV fue criticada duramente por su supuesto carácter centralizador y se convirtió en el centro de una disputa feroz entre el gobierno y la oposición en la década de 1990. La resistencia a adoptar el SEV proviene justamente de los sectores que usan el sistema judicial como espacio para la lucha política contra el gobierno sacando ventaja del carácter descentralizado e híbrido del sistema de revisión judicial. Derrotados en la esfera político-representativa, los partidos de oposición encuentran en la judicialización de la política la posibilidad de anular –o al menos de posponer– la implementación de las medidas que adopta el gobierno. Durante los años noventa y a comienzos de 2000, el PT fue uno de los partidos que más recurrió a esta estrategia, y uno de los opositores más radicales a la adopción del SEV. De la misma manera, los sectores de la sociedad disgustados por las decisiones políticas también tienen fácil acceso al sistema judicial, y lo han utilizado para anular las decisiones de la mayoría política o al menos para posponer su impacto inmediato. Por esta razón, a pesar de las flagrantes incongruencias del modelo de revisión judicial, los oponentes del SEV se esfuerzan por defender el sistema difuso de revisión judicial, no sólo por la posibilidad de enfrentar al gobierno en los tribunales de todo el país, sino también porque la naturaleza híbrida del sistema brasileño impide que las interpretaciones del STF sean obligatorias para las instancias inferiores del sistema judicial. La creencia de los sectores de oposición en que el tribunal supremo es sensible a las presiones de la mayoría política gobernante, debido a que los magistrados son nombrados por el presidente de la república con la aprobación del senado federal, sólo refuerza esas posiciones. La Asociación Brasileña de Abogados también se ha comprometido en una intensa campaña contra la adopción del efecto vinculante. A pesar de sus argumentos ideológicos, la principal motivación de la Asociación de Abogados parece ser la defensa del mercado laboral de los abogados, dado que tienen mucho que ganar con la multiplicación injustificable de casos y la lenta velocidad de los procesos[35].

Con el ascenso del PT a la presidencia en 2003, la oposición llegó al gobierno y ocurrió un cambio importante. La representación parlamentaria de los partidos en el congreso pasó a respaldar la adopción del mecanismo de efecto vinculante y

35 Un juez del STF, NELSON JOBIM, respalda la hipótesis de que ese sistema beneficia principalmente a los abogados. Cfr. JOBIM (2003).

procedió a votar en su favor cuando el proyecto de reforma judicial fue llevado de nuevo al senado a mediados de 2004[36]. Este fue un cambio sorprendente porque el PT se había opuesto a la propuesta durante casi diez años y LULA, durante su campaña presidencial en 2002, afirmó varias veces que trabajaría para impedir todos los intentos de adoptar el SEV.

Las propuestas de ampliar y diferenciar la estructura del sistema judicial para enfrentar los problemas de eficiencia y mal desempeño son menos controversiales. Muchas de ellas han obtenido el apoyo de los magistrados, de la Asociación Brasileña de Abogados y de los partidos de oposición. Esto contrasta abiertamente con la posición prácticamente indiferente del gobierno. La creación de nuevos tribunales de apelaciones en la esfera de la justicia federal, la creación de nuevos pequeños tribunales de reclamos, la autonomía funcional y administrativa de los servicios de defensa pública, la transferencia de los juicios de derechos humanos a la esfera de la justicia federal, la revisión de los códigos de procedimiento y la reducción de los tipos de apelaciones son algunas de las propuestas que han encontrado un nivel razonable de consenso. Las propuestas que han intentado revisar la extensión de los derechos difusos y colectivos, y el rol cada vez más importante del MP como cuerpo independiente que defiende esos derechos, han sido más problemáticas. Después de estar a la vanguardia del escenario político en los años noventa, el MP ha enfrentado intentos de reducir su poder en áreas importantes. A finales de 2002 una nueva ley transfirió los juicios a las altas autoridades políticas de los tribunales inferiores a los superiores. Esta transferencia arrancó a un ejército de casi 9.000 fiscales la posibilidad de utilizar los juicios de improbidad administrativa contra los alcaldes, los gobernadores y otras autoridades. Los más de 4.000 casos que están actualmente en los tribunales pueden sufrir un retroceso fatal, puesto que –de acuerdo con la nueva ley– ahora tienen que ser enviados a los tribunales superiores para su evaluación y esperar a

---

36 La reforma judicial ha estado en el congreso desde 1992, cuando fue presentada como un proyecto de enmienda constitucional (PEC). En Brasil, el PEC requiere dos rondas de votación en la cámara de diputados y dos rondas en el senado federal, en las cuales debe conseguir una mayoría parlamentaria de 3/5. Después de mucha deliberación y algunos ajustes, el PEC fue aprobado en la primera ronda de la cámara de diputados en enero 2000 y en la segunda ronda en junio de 2000. Luego de eso fue discutido durante cuatro años en el senado federal y solamente en julio de 2004 el texto básico fue aprobado en la primera ronda de ese cuerpo legislativo, no sin dejar señalados 175 temas para votación específica y que pueden posponer la segunda ronda hasta 2005, llegando así a casi dos décadas de progreso legislativo.

un juicio en una larga lista de espera. Al nivel de la nación, el MP ha convocado a luchar contra el cambio y está ejerciendo presión sobre el STF para que declare inconstitucional a dicha ley[37].

Otro punto importante se refiere a la realización de las investigaciones criminales por el MP y no por la policía. Desde la constitución de 1988, los fiscales asumieron el papel de investigadores, especialmente en casos de corrupción política y crimen organizado. En vista de la crisis y la ineficacia del aparato de policía brasileño, el MP trató de reemplazar a la policía en estas áreas, a las que considera estratégicas. En reacción a esta intrusión del MP, la corporación de policía ha defendido su monopolio de las investigaciones criminales, y el tema está pendiente de un fallo constitucional del STF. Esos retrocesos en el funcionamiento del MP han ocurrido en un contexto de crítica creciente a la excesiva autonomía de la institución y de abusos perpetrados por algunos fiscales, hasta el punto de que se cuestione el modelo constitucional que dio independencia al MP.

A los dos frentes de reforma –el político y el funcional– debemos añadir un tercero: el intento de crear cuerpos que ejerzan el control externo del poder judicial y del MP. Se ha de recordar que una de las dimensiones del proceso de redemocratización en Brasil fue y ha sido la republicanización del Estado. El énfasis que se ha dado al tema de la corrupción política es un ejemplo de la importancia de la "oleada republicana", que destituyó a un presidente de la república (el juicio a COLLOR en 1992) y de varios representantes de los cuerpos ejecutivo y legislativo en diversas regiones del país. No debería sorprender que esta tendencia alcance a los magistrados y al MP, cuerpos especiales de funcionarios que, salvaguardados por tantas garantías y privilegios, constituyen lo que TOCQUEVILLE (1977) consideraba una nueva aristocracia de la sociedad moderna. Como profetizó el pensador francés, la tendencia democrática puede poner en riesgo las garantías de este grupo cuando –abrumados por el deseo de igualdad y por el ideal de la *res publica*– la población y los representantes políticos tratan de aumentar su control sobre toda la administración del Estado, incluidos los jueces. En esos momentos críticos, los jueces enfrentan enormes dificultades para mantener su independencia institucional y sus privilegiadas condiciones de trabajo. La propuesta de crear

37 El 27 de diciembre de 2002, la Asociación Nacional de Miembros del Ministerio Público presentó una acción directa de inconstitucionalidad ante el supremo tribunal federal pero no obtuvo un mandato judicial preliminar contra la introducción de la "instancia" especial. El caso aún aguarda la sentencia sobre sus méritos. Para seguir el desarrollo del caso, cfr. la página *web* del STF, [www.stf.gov.br], ADI/2797.

mecanismos de control externos, como el consejo nacional de justicia, ha vejado profundamente a los jueces y fiscales. Algunos temen la interferencia política y el fin de la posición del sistema judicial como poder político capaz de limitar el poder de la mayoría gobernante. Aquellos que simplemente se benefician de las garantías y privilegios del sistema judicial temen que la igualdad republicana nivele las cosas hacia debajo. Durante los años noventa, el intrincado juego político en torno de los principales puntos de la reforma judicial mantuvo a salvo a los magistrados y al MP de la creación de estos cuerpos de control, gracias a los vetos cruzados que los involucraban a ellos mismos, al gobierno, a los partidos de oposición y a la Asociación Brasileña de Abogados. Puesto que el PT era uno de los principales campeones de la oleada republicana, su ascenso al poder amenaza con disolver la alianza tácita con los magistrados y el MP de épocas anteriores. El presidente de la república hoy (2004) defiende abiertamente la introducción de cuerpos para el control externo de estas instituciones.

El cuadro 4 muestra una representación gráfica de las tendencias predominantes entre los diferentes actores involucrados en el proceso de reforma judicial, antes y después del cambio de gobierno en 2003. Como representación numérica de los niveles de capacidad para influir en los resultados del proceso político parlamentario, el número 3 es el peso que se atribuyó al ejecutivo federal y a su bancada mayoritaria en el congreso, el número 2 a los partidos de oposición y el número 1 a los actores externos, la Asociación Brasileña de Abogados y los magistrados. Éstos últimos, a su vez, se dividieron y su peso en el juego político varía de acuerdo con el grado de unidad entre tribunales superiores, asociaciones de clase, y jueces de los tribunales inferiores. Se atribuyó un valor positivo cuando la posición de los actores era favorable a la propuesta y un valor negativo cuando su posición era contraria al cambio sugerido. Se atribuyó el número 0 a los actores indiferentes a la propuesta de reforma.

Cuadro 4
Tendencias predominantes en los intentos de reforma judicial durante las administraciones FHC (1994-2002) y Lula (2003-)

| | Concentración de la revisión judicial en el STF | | Propuestas Control externo del sistema judicial | | Ampliación y diferenciación de la estructura del sistema judicial | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Gobiernos | FHC (1994-2002) | Lula (2003-) | FHC (1994-2002) | Lula (2003-) | FHC (1994-2002) | Lula (2003-) |
| Rama ejecutiva federal y partidos de gobierno en el congreso | 3 | 3 | 0 | 3 | 0 | 3 |
| Partidos de oposición en el congreso | -2 | 2 | 2 | 0 | 2 | 0 |
| Magistratura: cuerpos del nivel más alto | 0, 5 | 0, 5 | -0, 5 | -0, 5 | 0, 5 | 0, 5 |
| Asociaciones de magistrados y jueces de "primera instancia" | -0, 5 | -0, 5 | -0, 5 | -0, 5 | 0, 5 | 0, 5 |
| Asociación Brasileña de Abogados | -1 | -1 | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Total | 0 | 4 | 2 | 3 | 4 | 8 |

Este cuadro traduce con alguna precisión el resultado de las primeras rondas de la votación del proyecto de reforma judicial en la cámara de diputados en 2000. Después de prolongadas negociaciones, que duraron varios años e involucraron diversas versiones del proyecto, la reforma fue aprobada en la cámara de diputados. Las propuestas de ampliar y diferenciar la estructura del sistema judicial fueron aprobadas fácilmente; la creación del Consejo Nacional de Justicia (Conselho Nacional de Justiça) para controlar el poder judicial fue aprobada porque los partidos de izquierda y la Asociación Brasileña de Abogados la respaldaron firmemente (el gobierno de Cardoso estaba menos dedicado a este tema). Por último, la cuestión de concentrar la revisión judicial en el STF siguió bloqueada durante todo el proceso legislativo y sólo fue aprobada por la cámara de diputados porque la administración de Cardoso puso toda su fuerza política para impulsarla.

Cuando Lula asumió la presidencia en 2003, no sólo el gobierno y la oposición cambiaron de lado, sino que el PT acogió la propuesta de concentrar la revisión judicial en el STF. Si el PT hubiera mantenido la posición que tuvo durante diez años como partido de oposición habría inclinado la balanza en favor

de quienes se oponían a la adopción del SEV. Sin embargo, la primera ronda de votación en el senado federal, en 2004, fue un duro golpe para las asociaciones de magistrados, los jueces de primera instancia y la Asociación Brasileña de Abogados. También llevó a una profunda decepción de esos sectores con el antiguo aliado de izquierda (el PT), que se rindió a la lógica de la gobernabilidad y respaldó la creación del SEV. Como confirman las tendencias del cuadro 4, es posible que la reforma judicial sea aprobada en una votación futura durante el gobierno de LULA. En ese caso, sus principales consecuencias serán: (1) algún grado de ampliación y diferenciación de la estructura judicial; (2) un fortalecimiento significativo de la gobernabilidad con la concentración de la revisión judicial en el STF, y (3) un mayor grado de control indirecto de los representantes elegidos sobre el sistema judicial, con la introducción del control externo de los magistrados y del MP, e incluso algún debilitamiento de sus garantías funcionales y de sus privilegios de carrera.

El futuro del sistema judicial de Brasil depende entonces de que se logre un equilibrio entre las dimensiones política, funcional y "republicana" de la reforma. Mientras tanto, el papel del poder judicial y de sus funciones en la democracia brasileña seguirá siendo problemático. El poder judicial tiene que balancear la doble tarea de limitar el poder de las mayorías políticas gobernantes en favor de la protección de las libertades individuales mediante el control de la constitucionalidad (función liberal) y respaldar las demandas igualitarias de los grupos sociales mediante el acceso colectivo a la justicia (función social). Y todo esto en medio del continuo desafío de mantener su independencia como núcleo de una república democrática.

## REFERENCIAS

ARANTES, ROGÉRIO B. (1997). *Judiciário e Politica no Brasil*, São Paulo, Idesp/Sumare/Educ.

ARANTES, ROGÉRIO B. (2000). "The Judiciary, Democracy, and Economic Policy in Brazil", STUART NAGEL (ed.). *Handbook of Global Legal Policy*, New York, Marcel Dekker, 335-349.

ARANTES, ROGÉRIO B. (2001). "Jurisdição Politica Constitucional", en MARIA TEREZA SADEK (ed.). *Reforma do Judiciario*, São Paulo, Fundaçao Konrad Adenauer, 23-89.

ARANTES, ROGÉRIO B. (2002). *Ministerio Publico e politica no Brasil*, São Paulo, Sumarel Educ.

Baum, Lawrence (1987). *The Supreme Court* (trad. port.), Rio de Janeiro, Forense Universitaria.

Berlin, Isaiah (1981). *Four Essays on Liberty* (trad. port.), Brasilia, Ed. UnB.

Cappelletti, Mauro (1984). *It controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, (Port. trans), Porto Allegre, Fabris.

Cappelletti, Mauro y Bryant Garth (1978). *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, Milan, Dott. A. Giuffrè.

Castelar, Armando (ed.) (2000). *Judiciário e economia no Brasil*, São Paulo, Sumare.

Castelar, Armando (2003). *Reforma do Judiciário: Problemas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Idesp, Rio de Janeiro, Book Link.

Couto, Claudio G. e Rogério B. Arantes (2003). "Constitución o políticas públicas? Una evaluación de los años fhc", en Vicente Palermo (ed.). *Política brasileña contemporánea: De Collor a Lula en años de transformación*, Buenos Aires, Siglo xxi, Instituto Di Tella, 95-154.

Cunha, Luciana G. S. (2001). "Juizado Especial: Ampliaçao do acesso à Justiça?", en Maria T. Sadek (ed.). *Acesso à Justiça*, São Paulo, Fundaçao Konrad Adenauer, 43-73.

Elster, Jon (1979). *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press.

Elster, Jon y Rune Slagstad (eds.) (1999). *Constitucionalismo y democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Epp, Charles R. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago and London, The University Chicago Press.

Figueiredo, Argelina C. y Fernando Limongi (1999). *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, Rio de Janeiro, Editora fgv.

Jobim, Nelson (2003) "O processo de reforma sob a ótica do Judiciário", en Armando Castelar (ed.). *Reforma do Judiciário: Problemas, desafios e perspectivas*, São Paulo, Idesp, Rio de Janeiro, Book Link., 13-40.

Kerche, Fabio (2002). "O Ministério Publico no Brasil: Autonomia, organização e atribuições", tesis de doctorado, Departamento de Ciencia Política, Universidad de São Paulo.

Lambert, Edouard (1921). *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L'expérience américain du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, M. Giard & Cie.

Lijphart, Arend (1999). *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, New Haven, Yale University Press.

Macaulay, Fiona (2003). "Democratisation and the Judiciary: Competing Reform Agendas", en Maria D'Alva Kinzo y James Dunkerley (eds.). *Brazil since* 1985: *Economy, Polity and Society*, London, Institute of Latin American Studies, University of London, 84-104.

Madison, James, Alexander Hamilton y John Jay (1993). *The Federalist Papers,* 1787-1788, (trad. port.), Rio de Janeiro, Nova Fronteira.

Meneguello, Raquel (1998). *Partidos e governos no Brasil contemporâneo* (São Paulo, Paz e Terra).

Oliveira, Fabiana L. (2002). "Ministros do stf: Profissionais versus políticos", *Teoria e Pesquisa*, Revista do Programa de Pos-Graduação em Ciências Sociais e do Departamento de Ciências Sociais da ufsCar, n.os 40/41, enero/julio, 183-205.

Pastore, José (1995). *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*, ltr editora.

Prudente, Antonio de Souza (2001). "Cobrança administrativa do crédito da Fazenda Pública", *Revista cej,* Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, n.º 13, 66-72.

Sadek, Maria Tereza (ed.) (2001a). *Acesso á Justiça*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer.

Sadek, Maria Tereza (ed.) (2001b). *Reforma do Judiciário*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer.

Sadek, Maria Tereza (1999). "O poder judiciário na reforma do estado", en Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Wilheim y Lourdes Sola (eds.). *Sociedade e estado em transformação*, São Paulo, Editora Unesp, Brasilia, Enap, (cap. 12), 293-324.

Sadek, Maria Tereza (1995a). *A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil*, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer.

Sadek, Maria Tereza (ed.) (1995b). O *Judiciário em debate*, São Paulo, Sumaré.

Sadek, Maria Tereza e Rogério B. Arantes (1994). "A crise do Judiciário e a visão dos juízes", *Revista da usp,* n.º 21, marzo-mayo de 1994, 34-45.

Santos, Boaventura de Sousa et al. (1996). "Os tribunais nas sociedades contemporâneas", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.º 30 (febrero de 1996), 29-62.

Santos, Wanderley G. (1979). *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Ed. Campus.

Tate, C. Neal y Torbjorn Vallinder (eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press.

Tocqueville, Alexis de (1977). *Democracy in America* (Trad. port.), São Paulo, Edusp.

Velloso, Carlos M. S. (1998). "Do Poder Judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico: Efeito vinculante e outros temas", *Revista de Informação Legislativa*, Brasilia, Senado Federal, a. 35, n.º 138, abril/junio, 75-87.

Vianna, Luiz Werneck (ed.) (2002). *A democracia e os tres poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Editora ufmg, Rio de Janeiro, Iuperj/Faperj.

Vianna, Luiz Werneck e Marcelo B. Burgos (2002). "Revolução processual do direito e democracia progressiva", Luiz Werneck Vianna (ed.). *A democracia e os tres poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Editora ufmg, Rio de Janeiro, Iuperj/Faperj, 337-491.

Vianna, Luiz Werneck, Maria Alice R. Carvalho, Manoel P. C. Melo, Marcelo B. Burgos (1997). *Corpo e alma da magistratura brasileira*, Rio de Janeiro, Revan.

Vianna, Luiz Werneck, Maria Alice R. Carvalho, Manoel P. C. Melo, Marcelo B. Burgos (1999). *Judicialização da politica e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Revan.

KATRHYN SIKKINK

# *La dimensión transnacional de la judicialización de la política en América Latina*

Las actuales tendencias hacia la judicialización de la política de América Latina están profundamente empotradas en el contexto de legalización regional e internacional. Argumento que no se puede entender plenamente la judicialización de la política en muchos países latinoamericanos sin tener en cuenta este contexto regional internacional. Por ejemplo, para entender los resultados en el área de la judicialización de las políticas de derechos humanos, también debemos estar atentos a los desarrollos de la ley internacional y regional de derechos humanos, así como al papel de los grupos transnacionales de defensa. Tomando en préstamo un concepto de la teoría de los movimientos sociales, creo que para entender el nivel actual de judicialización de la política de derechos humanos en América Latina es necesario situarla dentro de su *estructura de oportunidades políticas y legales* internacional y doméstica.

El caso específico que examino es la judicialización de las políticas de responsabilización de las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Estoy interesada explícitamente en lo que Epp llamó "judicialización que amplía los derechos" (1998). Sin embargo, como plantean en la introducción los editores de este volumen, los casos de derechos humanos que aquí se consideran no se refieren a la creación de nuevos derechos, sino a las demandas para hacer cumplir los derechos existentes donde esos derechos no se garantizan efectivamente en la práctica. Hablamos del derecho a no ser sometidos a ejecuciones sumarias, tortura, rapto y encarcelamiento sin juicio, derechos que están protegidos en las constitucionales de la mayoría de los países latinoamericanos. Pero las leyes de amnistía impidieron la responsabilización judicial por las violaciones de estos derechos y, así, los derechos no se garantizaron en la práctica. Examino de qué manera la interacción dinámica entre estructuras nacionales e internacionales de oportunidades ayuda a explicar los resultados relacionados con la justicia por estas violaciones de los derechos humanos en el pasado. Aunque la mayor parte de la evidencia material se refiere a Argentina, para propósitos de comparación también examino la situación de Chile y Uruguay.

El problema que debemos resolver es que Argentina, Chile y Uruguay experimentaron regímenes autoritarios represivos casi al mismo tiempo, y adoptaron enfoques muy diferentes de la justicia transicional. Argentina optó por una comisión de la verdad, juicios de derechos humanos de gran trascendencia y una eventual amnistía; Chile tuvo una ley de amnistía y una comisión de la verdad pero no tuvo juicios de derechos humanos de gran trascendencia; y Uruguay, después de una lucha política, adoptó una ley de amnistía sin una verdadera comisión de la verdad ni juicios de derechos humanos. Pero en 2004, las leyes de

amnistía fueron anuladas en Argentina, dejadas de lado en Chile y cuestionadas en Uruguay. Para entender estos cambios, debemos ver de qué manera la nueva apertura de las instituciones internacionales ofreció oportunidades para que los activistas nacionales y transnacionales de derechos humanos ejercieran presión para el cambio de sus sistemas nacionales. El modelo que propongo nos ayuda a entender las diferencias iniciales de los tres países, y por qué y cómo empezaron a derrumbarse estas opciones iniciales.

El paso a un régimen democrático en muchos países de América Latina en los años ochenta y noventa abrió la posibilidad de atribuir responsabilidades por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Pero en varios países de la región las presiones políticas internas llevaron a amnistiar a quienes perpetraron esos abusos. En el pasado, la historia siempre se detuvo allí en América Latina, y no fueron posibles los esfuerzos adicionales para atribuir la responsabilidad[1]. Pero la estructura internacional y regional de oportunidades políticas y legales se modificó en los años setenta y ochenta, dando nuevas opciones a los activistas de derechos humanos. Entonces buscaran aliados internacionales (redes transnacionales de defensa) y llevaron sus casos ante tribunales regionales y extranjeros. El grado de apertura de los tribunales extranjeros a sus casos dependía a su vez de las características de su sistema legal interno: leyes nacionales y bases para la jurisdicción diferentes, y la posibilidad de juicios en ausencia, por ejemplo, hicieron posibles esos juicios en algunos países y no en otros (Lutz y Sikkink, 2001). Esos procesos judiciales en el extranjero llevaron a que se emitieran centenares de solicitudes de extradición y órdenes internacionales de arresto a oficiales del ejército en América Latina (y muy ocasionales arrestos y condenas). En algunos países donde ocurrieron las violaciones de los derechos humanos esto generó presiones o incentivos para abrir nuevos procesos de derechos humanos o reabrir viejos procesos. Las decisiones judiciales en estos procesos nacionales se basaron a su vez en leyes nacionales e internacionales, especialmente en los países con enfoques monistas hacia el derecho internacional. Para entender este proceso se debe prestar atención a los efectos interactivos de las estructuras de oportunidades en los niveles doméstico, regional e internacional.

Buena parte del debate en esta área se ha enmarcado en términos excluyentes, esto *o* esto: los responsables de los cambios son los factores nacionales *o* los internacionales. Esta es una manera particularmente inútil y estéril de enmarcar

---

1 Para el estudio histórico más completo de las amnistías, cfr. Loveman y Lira (1999, 2000).

la cuestión. En mi opinión, el carácter de la judicialización de la política de derechos humanos en América Latina no se puede entender sin tener en cuenta la *interacción* de los factores nacionales *e* internacionales. Esto es evidente cuando se observan las tendencias de la judicialización no sólo en América Latina sino en otras partes del mundo. Antes de 1985, cuando empezaron en Argentina los juicios a las juntas por los abusos de los derechos humanos en el pasado, no había habido juicios previos en ninguna otra parte de la región. Desde 1985, se iniciaron centenares de juicios, prácticamente en todos los países en que ocurrieron graves violaciones de los derechos humanos. También se iniciaron decenas de procesos judiciales de derechos humanos en los tribunales de Estados Unidos y Europa por violaciones de los derechos humanos en América Latina. Esto es lo que Ellen Lutz y yo (2001) denominamos la "cascada de justicia". Este es un fenómeno regional y global. Cuando ocurren simultáneamente fenómenos similares en diferentes países, tiene sentido preguntar cómo contribuye el contexto regional e internacional a estos resultados. Sin embargo, el contexto internacional no causa simplemente ciertos resultados nacionales, sino que interactúa con diferentes situaciones políticas y legales para producir resultados nacionales particulares.

La doctrina de la complementariedad que subyace en el estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) se puede ver como una metáfora de esta forma de interacción mucho más amplia entre las esferas legales y políticas internacionales y nacionales. Los desarrollos en el nivel internacional dependen de los procesos en el nivel nacional, y viceversa. Pero carecemos de un aparato teórico que nos permita entender y explicar este tipo de desarrollos interactivos. Para dar una explicación teórica, me apoyo en dos tipos de literatura que creo que ofrecen posibilidades: la literatura política comparativa sobre los movimientos sociales y la literatura de las relaciones internacionales sobre la interacción entre la política nacional y el sistema internacional.

Una manera de empezar a reflexionar sobre estos patrones característicos de interacción es usar un concepto desarrollado por los teóricos de los movimientos sociales, el de estructuras de oportunidades políticas. Las estructuras de oportunidades políticas se pueden definir como las dimensiones consistentes del ambiente político que establecen incentivos y restricciones para que las personas emprendan acciones colectivas afectando sus expectativas de éxito o fracaso (Gamson y Meyert, 1996; Tarrow, 1994). Hay que subrayar que las estructuras de oportunidades políticas incluyen los incentivos *y* las restricciones para la acción colectiva. De modo que una estructura de oportunidades no consiste únicamente en oportunidades; sino en las oportunidades y las *amenazas*. Los teóricos de los

movimientos sociales también subrayan cada vez más el hecho de que las oportunidades y las amenazas no son factores estructurales objetivos, sino que solo impulsan o limitan la movilización si son percibidas por los activistas (McAdam, Tarrow y Tilly, 2001). La literatura sobre los movimientos sociales también argumenta que los movimientos sociales no sólo enfrentan las estructuras de oportunidades existentes, sino que también pueden ayudar a crearlas. Los movimientos sociales también escogen entre distintos foros y escenarios, puesto que los activistas buscan la vía más receptiva para sus demandas.

Aunque es un concepto promisorio, aún no existe una teoría sistemática acerca de cómo interactúan las estructuras nacionales e internacionales de oportunidades. McAdam, Tarrow y Tilly (2001) discutieron el fenómeno del "cambio de escala" para describir este movimiento de contención del nivel nacional al transnacional, e identificaron sus mecanismos y trayectorias. Pero se necesita más trabajo para identificar no sólo el cambio de escala de lo nacional a lo transnacional sino también la interacción dinámica entre el nivel nacional y el transnacional. En segundo lugar, los teóricos de los movimientos sociales rara vez tienen en cuenta los factores legales cuando piensan en las estructuras de oportunidades. No obstante, creo que el concepto se puede modificar para que nos permita centrarnos en las dimensiones consistentes del ambiente *político y legal* de los niveles nacional e internacional que establecen incentivos y restricciones a los activistas afectando sus expectativas de éxito o fracaso. La idea de estructura nacional de oportunidades legales se relaciona con el concepto de "estructura de apoyo a la movilización legal" de Epp (1998). Epp, sin embargo, sólo considera los factores nacionales que facilitan la movilización legal, mientras que yo estoy interesada en las estructuras nacionales e internacionales de oportunidades que facilitan y restringen la movilización legal. Sin embargo, para entender cómo interactúan las estructuras nacionales e internacionales de oportunidades legales, puede ser útil volver a un debate más antiguo en la teoría de las relaciones internacionales, el de la relación entre la política nacional y el sistema internacional.

Buena parte de la literatura sobre relaciones internacionales da primacía al nivel internacional, mientras que buena parte de la literatura política comparativa da primacía al nivel nacional, y ambas mantienen constante a la otra para los propósitos de su investigación. Existen relativamente pocas teorías auténticamente interactivas (Gourevitch, 2002, 310). En muchos temas de investigación es totalmente apropiado centrarse en el problema nacional o internacional y mantener constante al otro. Pero argumento que en algunos problemas internacionales, incluido el estudio de los procesos legales transnacionales, se requiere un enfo-

que interactivo para entender el potencial de cambio e innovación del sistema internacional. Una versión refinada de la interacción nacional/internacional es el modelo de juegos de dos niveles (Putnam, 1988), que tiene la virtud de ser verdaderamente interactivo y dinámico. En algunos temas, sin embargo, el hecho de que el juego de dos niveles se concentre en el negociador principal o cabeza del gobierno como pieza mediadora entre lo internacional y lo nacional simplemente ignora lo que es más importante teórica y empíricamente.

En *Activistas más allá de las fronteras*, Margaret Keck y yo desarrollamos una alternativa al juego de dos niveles que llamamos "efecto bumerán", donde los actores no estatales, que enfrentaron la represión y la obstrucción en su país, buscaron aliados estatales y no estatales en la arena internacional, y en algunos casos lograron ejercer presión desde arriba sobre sus gobiernos para llevar a cabo cambios políticos nacionales (Keck y Sikkink, 1998). Thomas Risse y yo después extendimos el efecto bumerán en lo que llamamos el modelo de espiral (Risse y Sikkink, 1999). El modelo de espiral integró el efecto bumerán en una conceptualización de cinco fases más dinámica de los efectos de los vínculos nacionales-transnacionales sobre el cambio político nacional.

Pero los modelos de bumerán y de espiral no conceptualizan adecuadamente las estructuras nacionales de oportunidades políticas y legales, en parte porque se centran principalmente en la transformación de los derechos humanos en los regímenes autoritarios. Se necesita una versión más matizada que pueda conceptualizar la interacción entre las estructuras nacionales e internacionales de oportunidades en las sociedades democráticas o en transición. El trabajo anterior de Risse, centrado en la importancia de las "estructuras nacionales" para entender los resultados internacionales, es un punto de partida útil para reflexionar sobre la interacción entre los procesos legales y políticos nacionales e internacionales. Sin embargo, la noción de "estructuras nacionales" se debe modificar para que refleje las estructuras de oportunidades políticas y *legales* de los niveles nacional e internacional (Risse y Kappen, 1995; Risse, 2000). Risse argumenta que el impacto de los actores transnacionales sobre los resultados "depende de las estructuras nacionales de la política que se busca afectar y del grado en que los actores transnacionales operan en un ambiente regulado por instituciones internacionales" (Risse, 2002, 58). Risse hoy reconoce que este argumento se asemeja en alguna medida al argumento de los movimientos sociales de que las estructuras de oportunidades políticas son un factor importante para explicar el éxito de los movimientos (Risse, 2002).

## INTERACCIÓN DE LAS ESTRUCTURAS NACIONALES E INTERNACIONALES DE OPORTUNIDADES

Para explorar estas pautas características de interacciones, me centro en un aspecto esencial de la estructura de oportunidades políticas y legales de los niveles nacional e internacional, a saber, la del acceso a las instituciones. O, en otras palabras, cuán abiertas o cerradas son las instituciones nacionales e internacionales, incluyendo pero no limitándose a los tribunales, a las presiones y a la participación de las redes o movimientos sociales. En este caso particular, cuán abiertas o cerradas son las instituciones nacionales e internacionales a las redes de activistas que usan el derecho internacional humanitario, aunque este marco también nos permite examinar un rango de temas más amplio. Usando la idea básica de estructuras cerradas y abiertas en los niveles nacional e internacional como punto de partida analítico, se puede pensar al menos en cuatro patrones característicos diferentes de activismo (cfr. cuadro 1).

CUADRO 1
GOBERNANZA DINÁMICA MULTINIVELES

| Estructura nacional de oportunidades | Estructuras internacionales de oportunidades | |
|---|---|---|
| | Cerrada | Abierta |
| Cerrada | A. Bajas oportunidades para el activismo | B. Patrón de tipo bumerán y modelo de espiral |
| Abierta | D. Déficit de democracia/ transnacionalización defensiva[a] | Modelo de coalición nacionales/ extranjeros |

[a] En esencia, aquí no existen casos de derechos humanos modernos; sin embargo, muchas acciones contra la globalización se ajustan a esta categoría, donde los activistas agrícolas, laborales o ambientales temen que instituciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) debiliten los estándares nacionales que ganaron en otras luchas y la influencia nacional en la política económica de cada país.

Aquí, la estructura de oportunidades legales y políticas se refiere principalmente al grado de apertura de las instituciones internacionales a la participación de ONG, redes y coaliciones transnacionales. La estructura de oportunidades internacionales tiene en cuenta que no existe una estructura internacional única, sino una estructura que varía con el tiempo y entre instituciones intergubernamentales. También varía según los temas y entre regiones. Por ejemplo, las instituciones internacionales eran mucho más abiertas en los años noventa que en los años sesenta; las instituciones internacionales que se ocupan de los derechos huma-

nos son más abiertas a los activistas internacionales que las que se ocupan del comercio; y las instituciones regionales de Europa son más abiertas que las de Asia. Podemos operacionalizar esta visión de la estructura internacional de oportunidades examinando los mecanismos o procedimientos formales e informales para la inclusión y la participación en diferentes instituciones internacionales. Por ejemplo, las instituciones conectadas con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) no sólo tienen disposiciones para que a las ONG pidan y consigan un estatus consultivo, sino que también han desarrollado prácticas que permiten que algunas ONG hablen en las asambleas y presenten materiales escritos que se incluyen en las actas. Por otra parte, la OMC o el FMI no tienen esas disposiciones para la participación de las ONG. Por tanto, las estructuras internacionales de oportunidades pueden establecer incentivos o restricciones para la acción colectiva. De modo que las influencias y los actores internacionales no impulsan en la misma dirección el tema de los derechos humanos. Por ejemplo, cuando la administración BUSH presionó al gobierno belga para que limitara la aplicación de la jurisdicción universal en sus leyes, cerró definitivamente una estructura internacional de oportunidades que estaba abierta a la atribución de responsabilidades por los abusos de los derechos humanos en el pasado.

La estructura nacional de oportunidades indica aquí cuán abiertas o cerradas son las instituciones legales y políticas a la influencia de los movimientos sociales u ONG nacionales. Esto varía entre países, pero también varía en el tiempo y de acuerdo con los temas dentro de los países. Igual que en el caso de las estructuras internacionales de oportunidades, podemos operacionalizarla examinando los mecanismos o procedimientos formales e informales para la participación en diferentes temas. Aquí, son importantes tres factores: el tipo de régimen, el tipo de transición a los regímenes democráticos, y el tipo de leyes y de sistemas legales. Y como en el dominio internacional, las estructuras internacionales de oportunidades establecen incentivos o restricciones para la acción colectiva.

En cuanto al tipo de régimen, es claro que los regímenes autoritarios son estructuras nacionales de oportunidades políticas más cerradas para los movimientos sociales[2]. Pero saber si un país es democrático o autoritario es apenas un punto

---

2 Para los teóricos de los movimientos sociales la estructura de oportunidades políticas es más que el acceso y la represión, pero estos elementos aparecen en muchas tipologías del concepto. Aunque la represión a menudo se concibe como un aspecto independiente de la estructura de oportunidades políticas, yo lo concibo como un aspecto del acceso, puesto que la represión

de partida para entender qué tan abiertas pueden ser las instituciones nacionales a los movimientos sociales. Para los activistas de derechos humanos, el hecho de que un país haya o no ratificado los principales tratados de derechos humanos, y que tenga o no un sistema monista que incorpora directamente esos tratados en las leyes nacionales, indica la apertura del sistema legal nacional a los activistas que presentan argumentos basados en el derecho internacional humanitario. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina, el hecho de que la constitución de 1994 da *status* constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos ofrece más oportunidades legales al tema de los derechos humanos que la constitución chilena de 1980, que no clarifica la relación entre el derecho internacional y la ley chilena (Detzner, 1988). Las leyes o instituciones específicas determinan el grado de apertura o cierre a temas particulares. Por ejemplo, las leyes de amnistía clausuran la oportunidad para establecer la responsabilidad legal por los abusos de los derechos humanos en el pasado. Los países democráticos con leyes de amnistía pueden entonces seguir siendo estructuras de oportunidades legales "cerradas" cuando se trata de temas de responsabilidad legal. Así mismo, las oportunidades y amenazas políticas y legales no son factores estructurales objetivos, sino que son percibidas por los activistas. Los activistas deben percibir y atribuir oportunidades y amenazas tanto en el nivel internacional como en el nivel nacional.

En el corto plazo, es posible analizar la dinámica de la actividad de los movimientos sociales como grupos que actúan racionalmente en contextos de oportunidades y restricciones nacionales e internacionales. Como argumenta Stone Sweet, la judicialización de la política "da forma al comportamiento estratégico de los actores políticos comprometidos en interacciones mutuas" (1999, 164). Por ejemplo, para quienes perpetraron abusos contra los derechos humanos en el pasado, si la opción es un juicio o ningún juicio, prefieren "ningún juicio" y actúan estratégicamente para lograr ese resultado. Pero si los cambios en el nivel internacional significan que la opción puede ser cada vez más "juicios internacionales" o "juicios nacionales", el comportamiento estratégico puede cambiar si los acusados de delitos contra los derechos humanos prefieren los juicios nacionales a los juicios internacionales.

Los movimientos sociales no sólo operan dentro de las estructuras nacionales de oportunidades existentes. También pueden crear estructuras de oportunidades

---

puede ser una forma extrema del cierre de las instituciones nacionales a la participación política. Cfr. McAdam (1996).

o ampliar las existentes (GAMSON y MEYER, 1996; TARROW, 1996). Lo mismo sucede en el nivel internacional. En el largo plazo, el objetivo de muchos activistas transnacionales es transformar o recrear las estructuras de oportunidades reales dentro de las que actúan. Obviamente, los activistas de derechos humanos no son los únicos actores que tratan de afectar las estructuras internacionales de oportunidades. Al mismo tiempo que los activistas de derechos humanos se esfuerzan por ampliar las estructuras de oportunidades existentes, otros actores tratan de limitar el acceso de los movimientos sociales. Así, por ejemplo, diversos Estados hoy se esfuerzan por limitar el *status* consultivo de las ONG en el ECOSOC. El *status* consultivo ha sido un vehículo importante para abrir las Naciones Unidas a la influencia de los movimientos sociales. Los Estados así lo reconocen, y algunos hoy se esfuerzan por restringir esta vía de acceso.

## ESTRUCTURAS NACIONALES DE OPORTUNIDADES POLÍTICAS Y LEGALES

La literatura indica que debemos prestar atención a tres aspectos claves de las estructuras políticas y legales nacionales: el tipo de régimen, el tipo de transición al gobierno democrático, y el tipo de leyes y de sistema legal. Ha habido mucho debate acerca de cómo influye exactamente el tipo de régimen en la disposición de los países a aceptar normas vinculantes de derechos humanos, pero hay consenso en que el régimen (democrático, recientemente democrático o autoritario) es un factor relevante para explicar la adopción de las normas de derechos humanos (HATHAWAY, 2003; MORAVCSIK, 2000). No es sorprendente que prácticamente todos los pasos que se han dado para atribuir la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos en el pasado se hayan dado después de transiciones a regímenes democráticos o semidemocráticos.

La transición al gobierno democrático parece ser entonces una condición necesaria para establecer la responsabilidad por los abusos pasados contra los derechos humanos, aunque no es una condición suficiente. Debido a que todos los países de América Latina que examinamos experimentaron transiciones a regímenes democráticos, este factor no nos ayuda a explicar las diferencias entre los países de la región. Algunos autores también ha demostrado que hay una diferencia significativa entre los sistemas de derecho común y de derecho civil, tanto en términos de su propensión a ratificar los tratados como en términos del acatamiento del derecho internacional. Aunque aún carecemos de una comprensión teórica de por qué sucede así. Mi trabajo sobre los regímenes latinoamericanos

de derechos humanos indica que el tipo de sistemas legales que se adopta juega un papel importante en la aceptación de las obligaciones vinculantes de derechos humanos. En 1998, todos los países con regímenes de derecho civil de la región habían ratificado el Convenio Americano de Derechos Humanos y aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, mientras que los países restantes que no habían ratificado el convenio y no habían aceptado la jurisdicción de la corte eran países de derecho común, incluidos Estados Unidos y Canadá.

Aún no entendemos las razones por las que el tipo de sistema legal afecta la ratificación de los tratados o el acatamiento del derecho internacional. Pero es posible que el factor relevante no sea el derecho común o el derecho civil *per se* sino la asociación entre derecho común y dualismo, y derecho civil y monismo. En los sistemas monistas, las constitucionales establecen que el derecho internacional es automáticamente vigente como ley nacional. Los sistemas dualistas, por su parte, requieren que las obligaciones legales internacionales se incorporen mediante la adopción de leyes nacionales. Pero el contraste entre sistemas monistas y dualistas es más profundo de lo que sugiere esta definición, e incluye todo el sistema de creencias acerca de la relación apropiada entre derecho internacional y ley nacional. Los jueces y abogados de un sistema dualista pueden "desdeñar todo lo que tiene que ver con el derecho internacional, al que tercamente consideran como 'irreal'" (Higins, 1994, 206), mientras que a los jueces y abogados de los sistemas monistas se les exige por definición que vean el derecho como un sistema único, del que el derecho internacional es un elemento, junto a la ley nacional.

En buena parte de América Latina, las perspectivas de una mayor influencia del derecho internacional son elevadas porque muchos países tienen sistemas de derecho civil con enfoques sustancialmente monistas. En general, podemos decir que los países democráticos, con sistemas legales civiles y monistas, y normas de ratificación por mayoría ofrecen un ambiente más propicio para la influencia del derecho internacional. En un estudio comparativo de América Latina con otras regiones o países, esos factores serían importantes para explicar las diferencias. Pero para los países de este estudio, dos de los cuatro factores de comparación antes mencionados como aspectos potencialmente relevantes de las estructuras nacionales de oportunidades políticas y legales se tornan irrelevantes (el tipo de régimen y el tipo de sistema legal). Sin embargo, aún existen diferencias importantes e interesantes entre los países latinoamericanos con respecto a los temas de responsabilidad por las violaciones de los derechos humanas en el pasado. Los factores restantes que pueden ser relevantes para ayudar a explicar esta diferencias son el tipo de transición al gobierno democrático; las características legales o

institucionales específicas del sistema judicial que puede cerrar el sistema legal y político a la actividad de los movimientos sociales para atribuir la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos; y la fortaleza y el dinamismo de los movimientos sociales de derechos humanos.

La literatura sobre las transiciones ha llamado nuestra atención a las diferencias entre las transiciones negociadas o "pactadas", en las que el ejército negocia la transición y asegura protecciones y garantías significativas contra las acusaciones por las violaciones de los derechos humanos, y las transiciones "dirigidas por la sociedad", en las que el ejército es forzado a dejar el poder sin negociar protecciones específicas (STEPAN, 1986). De los casos que aquí consideramos, Argentina es un ejemplo de transición dirigida por la sociedad, después del fracaso de la guerra de las Malvinas, y Chile y Uruguay son transiciones "pactadas". Estas diferencias en las transiciones ayudan explicar por qué era más posible que en Argentina se entablaran juicios contra la junta inmediatamente después de la transición, y por qué era más difícil entablarlos en Chile o Uruguay. En 1988, sin embargo, Argentina aprobó dos leyes (la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final) que en esencia eran leyes de amnistía y pusieron a Argentina en el mismo camino de Chile y Uruguay en términos del cierre de la oportunidad nacional para atribuir la responsabilidad por los juicios anteriores[3]. A mediados de la década de 1990, los gobiernos chileno, argentino y uruguayo creían que habían dejado atrás los juicios por violaciones de los derechos humanos. En ese momento, la existencia de las estructuras internacionales y regionales de oportunidades volvió a ser importante.

## ESTRUCTURAS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE OPORTUNIDADES

Las estructuras internacionales de oportunidades también varían con el tiempo, de acuerdo con el tema y entre regiones. En las últimas décadas, ha habido una creciente judicialización o legalización de la política mundial (GOLDTEIN et al., 2001; STONE SWEET, 1999). Dependiendo de cómo los contemos, hoy existen entre 17 y 40 cortes y tribunales internacionales. Un analista describe la ampliación del sistema

---

3 COUSO (en este volumen) y HILBINK (2003) también señalan otros aspectos institucionales del sistema judicial chileno que complicaron la posibilidad de la responsabilidad, incluida la trayectoria de las carreras de los jueces.

judicial internacional como "el desarrollo individual más importante posterior a la guerra fría" (ROMANO, 1999, 709). Sin embargo, esta ampliación de la legalización internacional es desigual. Los temas comerciales tienen altos niveles de legalización internacional en los tratados, mientras que los regímenes regionales de seguridad muestran menos legalización. En términos de regiones, Europa es de le-jos la más legalizada, pero América Latina es también altamente legalizada en términos comparativos. Y tiene una estructura regional de oportunidades más propicia para el activismo de derechos humanos que Asia, por ejemplo, debido a la existencia y a la densidad de las normas e instituciones interamericanas de derechos humanos. Asia no tiene un régimen regional de derechos humanos semejante[4].

Sin embargo, la mera existencia de estas estructuras nacionales e internacionales de oportunidades no importa, a menos que los actores estén dispuestos a aprovecharlas. Aquí se vuelven importantes los movimientos nacionales e internacionales. Las organizaciones nacionales y las redes trasnacionales de derechos humanos operan dentro de las estructuras de oportunidades existentes y las aprovechan o no las aprovechan. También ayudan a crear nuevas estructuras de oportunidades. Durante los años de represión, Argentina y Chile tenían muchas ONG de derechos humanos, mientras que Uruguay no las tenía o tenía muy pocas. Estos grupos de derechos humanos más numerosos en Argentina y Chile procuraron mantener los temas de derechos humanos en la agenda política. Pero después de la transición a la democracia en Chile, la organización de derechos humanos más importante, la Vicaría de Solidaridad, cerró sus puertas. Esto debilitó la presión de las ONG para que se establecieran las responsabilidades. En los años noventa, Argentina no sólo tuvo organizaciones de derechos humanos más activas que Chile y Uruguay, sino que también tuvo grupos comprometidos con estrategias legales innovadoras para establecer la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Las Abuelas de la Plaza de Mayo y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) tenían equipos legales particularmente activos e innovadores que trabajaban para encontrar vías para seguir presionando por los juicios de derechos humanos, aun después de haberse aprobado las leyes de amnistía.

Cuando las leyes de amnistía impidieron el juzgamiento nacional de las violaciones de los derechos humanos en el pasado en muchos países, las estructuras

---

4 Sobre el bajo nivel de legalización en Asia, cfr. KAHLER (2001).

regionales e internacionales de oportunidades dieron a los activistas una vía para ejercer presiones sobre sus sistemas legales y sus sistemas políticos desde el exterior. La primera estructura regional de oportunidades legales a la que recurrieron fue la que ofrecía el sistema interamericano de derechos humanos (integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana). En 1992, la CIDH concluyó que las leyes argentinas de Punto Final y de Obediencia Debida, y el perdón que el presidente MENEM otorgó por los crímenes cometidos durante la dictadura, eran incompatibles con el Convenio Americano de Derechos Humanos[5]. Esto creó una estructura regional de oportunidades legales que los activistas de derechos humanos podían aprovechar para presentar de nuevo el caso de las leyes de amnistía ante el sistema interamericano, si fracasaban totalmente en la arena legal nacional. En 2001, esta posibilidad se elevó cuando la Corte Interamericana declaró, en el caso Barrios Altos, que dos leyes peruanas de amnistía eran inválidas e incompatibles con el Convenio Americano de Derechos Humanos[6]. Las recomendaciones de la CIDH y las sentencias de la Corte Interamericana también proporcionaron recursos jurisprudenciales a los jueces más activistas en los casos nacionales contra las leyes de amnistía. Cuando los abogados de derechos humanos presentaron los casos de las leyes de amnistía ante los tribunales nacionales, algunos jueces empezaron a declarar que esas leyes eran contrarias al derecho nacional e internacional[7].

El Convenio Interamericano sobre la Desaparición Forzosa de Personas –que entró en vigencia en 1994 y fue ratificado por Argentina en 1995 y Uruguay en 1996– proporcionó una estructura regional de oportunidades adicional. El Convenio Interamericano define las desapariciones como un delito permanente o en curso mientras no se haya determinado el paradero o el destino de la víctima. Si las desapariciones son una ofensa permanente y en curso, hay fundamento para argumentar que no están sujetas a las leyes de amnistía, que sólo amnistían los crímenes cometidos durante un período de tiempo delimitado. Así mismo, el

---

5 Por lo general, los informes de la CIDH no se consideran obligatorios para los miembros de los gobiernos. Pero la opinión de la CIDH puede revelar una posición que la corte puede adoptar o abrazar más adelante, dependiendo del caso que se le presente (FILIPPINI, 2004).

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos (CHUMBIPUMA AGUIRRE y otros vs. Perú), parágrafo 41.

7 Decisión del juez GABRIEL CAVALLO, Juzgado Federal n.º 4, 6 de marzo de 2001, en el caso Poblete-Hlaczik.

convenio obliga a los Estados a castigar a quienes "cometieron" desapariciones, junto a sus cómplices e instigadores, y establece que ese enjuiciamiento criminal no estará sujeto a estatutos de limitaciones. Después de que el convenio entró en vigencia, los abogados y jueces de toda la región empezaron a utilizar esas disposiciones y argumentos para evadir las leyes de amnistía. Aunque Chile no ratificó el convenio, la corte suprema chilena usó eventualmente el argumento de que las desapariciones eran un crimen permanente y en curso para permitir que se reabrieran los casos de desapariciones cuando PINOCHET fue detenido en Londres. Este es un argumento aún más efectivo en los países que han ratificado el convenio, y donde el convenio se ha incorporado a la ley nacional.

Además de las estructuras regionales de oportunidades, también existían estructuras internacionales de oportunidades en el dominio de la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Los activistas argentinos y chilenos de derechos humanos, bloqueados por las leyes de amnistía en su propio sistema judicial, llevaron los casos al extranjero, principalmente a España, pero también a Italia, Francia, Alemania, Suecia y Bélgica. En cada uno de esos países encontraron bases diferentes para la jurisdicción, pero en todos los casos pudieron abrir procesos que habían sido cerrados en sus propios sistemas judiciales. Lograron condenas en un puñado de procesos (puesto que Francia e Italia permiten juicios en ausencia) o la formulación de acusaciones, que produjeron órdenes internacionales de arresto para centenares de oficiales del ejército y sus colaboradores. Inicialmente, muchos de los acusados no enfrentaron procesos judiciales en sus países de origen. Pero empezaron a descubrir que no podían viajar fuera de sus fronteras por temor al arresto. El caso de PINOCHET es el más conocido. Recibió mucha atención de los estudiosos del derecho, de modo que no es necesario repetir aquí los detalles políticos o legales del caso. El impacto político y legal del arresto de PINOCHET y de su juicio en Londres sobre los juicios políticos y de derechos humanos en Chile y en otras partes fue significativo (ANGELL, 2003; BRAVO LÓPEZ, 2003), pero el caso PINOCHET es simplemente la versión de alto perfil de la dinámica en marcha en muchas otras partes del mundo con individuos menos prominentes y famosos. El hecho más amplio es que se está jugando un juego real, interactivo y complejo, en el que las jugadas en los niveles nacional, regional e internacional anidan en los desarrollos de los demás niveles. Para entender la evolución de la situación, es necesario considerar las interacciones entre estos diferentes niveles (ver cuadro 1).

### CAJA A: BAJAS OPORTUNIDADES PARA EL ACTIVISMO

En la caja A, donde los activistas perciben que enfrentan estructuras de oportunidades cerradas nacional e internacionalmente, deberíamos esperar un menor activismo y, por tanto, menores posibilidades de éxito. Esto se aplicaría a la mayoría de los casos de violaciones de los derechos humanos antes de la segunda mitad de la década de 1980. Esta era la situación en que se encontraban los activistas de derechos humanos de Chile, Uruguay y Argentina después de los golpes de 1973 y 1976. La represión local les hacía imposible buscar la atribución de responsabilidad en sus países. Pero las instituciones internacionales y regionales aún estaban relativamente cerradas. Sus países no habían ratificado el Convenio Interamericano de Derechos Humanos ni aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana. Muchos no habían ratificado el Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos (CDCP), ni el Protocolo Opcional.

Sin embargo, la figura no describe un conjunto de condiciones estructurales estáticas. Buena parte de la actividad más interesante de los movimientos sociales bi-nivel busca pasar de una caja a otra. El período inicial de la actividad de derechos humanos en Chile, Uruguay y, después, Argentina se puede ver como un momento en el que los activistas de derechos humanos, excluidos de las instituciones nacionales por el autoritarismo y la represión, intentaron crear nuevas oportunidades internacionales dentro de las organizaciones de derechos humanos internacionales y regionales existentes. Así, por ejemplo, los chilenos lograron abrir un nuevo espacio internacional en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Asamblea General para trabajar explícitamente por los derechos humanos en Chile. El caso chileno fue la primera vez en que las Naciones Unidas respondieron a una situación de derechos humanos que no se veía como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Los activistas uruguayos de derechos humanos aprovecharon el hecho de que Uruguay había ratificado el Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos, y su primer Protocolo Opcional, lo que dio a los ciudadanos uruguayos el derecho a presentar demandas contra su gobierno ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se creó cuando el convenio entró en vigencia en 1976. En sus primeros años, el Comité de Derechos Humanos decidió más casos contra el gobierno uruguayo que contra cualquier otro gobierno del mundo. Los activistas argentinos de derechos humanos fueron especialmente activos en el CIDH. El CIDH hizo su primer informe sobre un país importante con base en una visita a Argentina.

En el caso uruguayo, la decisión del gobierno uruguayo (democrático) de ratificar el Protocolo Opcional del CDPC antes del golpe militar creó una estructura internacional de oportunidades que no estaba abierta para Chile y Argentina, cuyos gobiernos no habían ratificado el Protocolo Opcional. Por su parte, los activistas chilenos de derechos humanos aprovecharon la situación de las Naciones Unidas, donde tenían el respaldo de la Unión Soviética y Estados Unidos (después de que CARTER asumió la presidencia en 1977), y ayudaron a crear estructuras internacionales de oportunidades políticas dentro de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Asamblea General que no se habrían abierto a otros países sin este amplio respaldo. En esencia, estos grupos percibieron una situación donde las instituciones nacionales e internacionales estaban cerradas para ellos (caja A) y la transformaron en una situación donde al menos las oportunidades políticas internacionales estaban más abiertas para sus demandas.

### CAJA B: BUMERANES Y ESPIRALES

Cuando las instituciones internacionales son más abiertas, y se percibe que las estructuras nacionales son cerradas y las internacionales abiertas, los activistas pueden buscar aliados internacionales e intentar ejercer presión desde arriba sobre sus gobiernos para implementar cambios. El caso de la justicia por las violaciones de los derechos humanos en Chile, y el arresto de PINOCHET en Londres, se pueden explicar utilizando un modelo de bumerán o de espiral. Incluso después de la democratización en Chile, la ley de amnistía impidió efectivamente que los activistas de derechos humanos buscaran justicia en los tribunales nacionales por las violaciones de los derechos humanos del pasado. A su vez, buscaron aliados e instituciones alternativas en el extranjero para presentar sus demandas de justicia, sobre todo ante la audiencia nacional española, que tenía poder para juzgar casos relacionados con delitos internacionales. Cabe señalar que en este caso la estructura internacional de oportunidades abiertas no era una organización internacional o regional. Más bien, los activistas estaban "tomando en préstamo" tribunales nacionales de otros países que tenían poder de jurisdicción universal para juzgar casos de derechos humanos del extranjero. Los activistas chilenos imitaron una táctica que usaron inicialmente los activistas de derechos humanos argentinos en España, y presentaron un caso contra PINOCHET y otros oficiales del ejército chileno ante la audiencia nacional española. Con ello, también formaron nuevas coaliciones con grupos españoles, incluidos algunos miembros de la Asociación Progresista de Fiscales y del partido político Izquierda Unida (LUTZ y SIKKINK, 2001; ROTH-ARRIAZA, 2004).

Los juicios en España llevaron al arresto de Pinochet en Gran Bretaña en 1998. La cámara de los lores determinó eventualmente que Pinochet podía ser extraditado a España para someterlo a un juicio porque las instituciones internacionales (en este caso el Convenio contra la Tortura que había sido ratificado por Chile, España y el Reino Unido) disponían la jurisdicción universal en el caso de torturas. La estructura de oportunidades políticas abiertas fue entonces proporcionada por una institución internacional (un tratado), cuando éste fue interpretado e implementado en los tribunales nacionales. Esto subraya el punto importante de que aunque las estructuras de oportunidades internacionales a menudo se encuentran en organizaciones y espacios internacionales como las Naciones Unidas, también se pueden encontrar en esferas nacionales donde las oportunidades o restricciones son creadas por instituciones internacionales como los tratados.

Aunque Pinochet fue liberado eventualmente y se le permitió regresar a Chile por razones políticas y de salud, su detención indujo cambios importantes en la estructura de oportunidades políticas de Chile, más específicamente, la apertura de un espacio previamente bloqueado en el sistema judicial chileno para que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablaran sus demandas (Davis, 2003; Loveman y Lira, 2002; Lutz y Shikkink, 2001). Pese a que permitió que en los tribunales chilenos se adelantaran varios juicios de derechos humanos, en 2002 la corte suprema encontró que Pinochet era demasiado frágil y mentalmente enfermo para ser sometido a juicio por su participación en el caso de la Caravana de la Muerte. Sin embargo, a mediados de 2004, la corte de apelaciones de Santiago negó la inmunidad a Pinochet y abrió el camino para que el general fuera procesado en el caso de la Operación Cóndor, relacionado con la cooperación de las fuerzas de seguridad de los países del Cono Sur en la represión.

Aquí, la dinámica internacional-nacional se ajusta muy bien al patrón del bumerán, e ilustra que aunque el bumerán se ha utilizado principalmente para describir cambios políticos bajo regímenes autoritarios, aun los regímenes formalmente democráticos pueden tener el tipo de bloqueos políticos nacionales que llevan a que los actores nacionales busquen ayuda internacional para presionar en favor de cambios nacionales. Sin embargo, como indica el modelo de espiral, uno de los objetivos del activismo de bumerán es abrir el espacio nacional al activismo político. Principalmente a través del proceso de redemocratización, las instituciones políticas nacionales previamente cerradas se abren al activismo nacional de los derechos humanos. Parte de lo que hace dinámico a este modelo de gobernanza multiniveles es que el objetivo de la actividad de los movimientos sociales suele ser el de modificar o transformar las estructuras.

### CAJA C: ACTIVIDADES DENTRO Y MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS: COALICIONES ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS

Cuando las estructuras internacionales y nacionales de oportunidades son relativamente abiertas, los activistas nacionales privilegiarán el cambio político nacional, pero mantendrán el activismo internacional como opción complementaria y compensatoria. El cambio político nacional está más cerca y aborda más directamente los problemas que enfrentan los activistas, de modo que concentrarán allí su atención. Sin embargo, los activistas que aprendieron a utilizar las instituciones internacionales en una fase de bumerán anterior mantendrán abierta esta vía en caso de necesidad. A esto lo denomino coalición entre nacionales y extranjeros. Esta es la situación actual de las organizaciones de derechos humanos de Argentina sobre el tema de la justicia transicional. El modelo de coalición entre nacionales y extranjeros es de particular importancia porque no se limita a casos como el de Argentina, sino que puede ser un elemento clave para explicar cómo se sitúan muchos movimientos de protesta de los países democráticos en relación al ámbito internacional.

#### EL CASO DE ARGENTINA: COALICIONES ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS Y DEMANDA DE JUSTICIA Y RESPONSABILIDAD

Los grupos argentinos de derechos humanos exhibieron virtuosismo en el juego del bumerán cuando sus estructuras nacionales de oportunidades estuvieron bloqueadas durante la dictadura del período 1976-1983. Con el retorno a la democracia, estos grupos volvieron a centrar su atención en la política nacional, ahora mucho más abierta, presionando y consiguiendo una comisión de la verdad sin precedentes, juicios a los nueve principales dirigentes de las juntas militares, reparaciones para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y otros cambios nacionales significativos. El espacio nacional para asegurar la justicia por las violaciones de los derechos humanos en el pasado se estrechó cuando el gobierno argentino aprobó las dos leyes de amnistía y el presidente Carlos Menem otorgó perdones a los comandantes militares que ya habían sido condenados y encarcelados. Las organizaciones de derechos humanos, reconociendo que aún había una importante apertura en las instituciones nacionales relevantes (especialmente en el poder judicial), implementaron una estrategia de dos vías. Lanzaron una serie de desafíos legales innovadores para tratar de evadir las leyes de amnistía, y también cooperaron e iniciaron algunas tácticas internacionales y regionales.

Los desafíos legales nacionales innovadores incluyeron los esfuerzos del equipo legal de las Abuelas de la Plaza de Mayo para hacer responsables a los oficiales del ejército por el rapto y el cambio de identidad de los hijos de los desaparecidos, que en muchos casos se habían dado en adopción a los aliados del régimen militar. Los abogados de las Abuelas argumentaron que debido a que el delito de rapto no estaba contemplado en las leyes de amnistía, no estaban impedidos para pedir justicia por estos delitos. Su estrategia legal empezó a tener éxito a mediados de la década de 1990, pero inicialmente muchos de quienes fueron encontrados culpables eran militares de bajo nivel y las familias adoptantes[8]. Sin embargo, el 9 de junio de 1998, el juez federal Roberto Marquevich ordenó la detención preventiva del general y ex presidente Rafael Videla por los crímenes de rapto de bebés y falsificación de documentos públicos. A menudo se pasa por alto que, cuando el general Pinochet fue detenido en Londres tres meses después, los tribunales argentinos ya habían hecho lo equivalente ordenando la detención preventiva de un ex presidente por violaciones de los derechos humanos. Y lo hicieron utilizando las instituciones políticas nacionales. Pero, aun en este caso, también estuvo involucrada la dimensión internacional. Videla fue juzgado por violaciones de los derechos humanos durante los juicios a los miembros de la junta en 1985, fue condenado y sentenciado a prisión perpetua, pero fue liberado en 1990 con el perdón del presidente Menem ¿por qué, de súbito, Videla volvió a ser arrestado?

A finales de mayo de 1998, el presidente Menem: regresó de una gira diplomático por los países escandinavos. En vez de los contactos económicos que buscaba, los gobiernos finlandés y sueco le pidieron una investigación en dos casos de desaparecidos: el de la sueca Dagmar Hagelin y el de la finlandesa Hanna Hietala. Los activistas europeos de derechos humanos y los familiares de los desaparecidos habían convertido a estos casos en causas célebres en sus países respectivos y habían reclutado aliados en los niveles más altos de los gobiernos europeos relevantes. Durante la visita de Menem, la prensa europea centró su cobertura en estos dos casos. Y, a su vez, los conectó con otros dos casos de desaparecidos, los de las monjas francesas Alice Domont y Leonie Duquet. Las cuatro mujeres fueron raptadas por un grupo de las fuerzas navales en el que participó el conocido capitán Alfredo Astiz. Menem entendió que en su próxima visita a París, una semana después, también enfrentaría demandas por la extradición de Astiz a Francia, donde había sido condenado en ausencia por

8 Entrevista con Alcira Ríos, Buenos Aires, diciembre de 2002.

el rapto de las monjas. MENEM tenía programada una reunión con el presidente francés JACQUES CHIRAC, quien anunció públicamente que deseaba que ASTIZ fuera extraditado a Francia. Apenas unas horas antes de la reunión entre CHIRAC y MENEM, el juez MARQUEVICH decidió detener a VIDELA. En su reunión con la prensa francesa, en lugar de recibir críticas, MENEM fue elogiado como héroe de los derechos humanos. MENEM dijo a los reporteros que "este es un signo más de que tenemos uno de los mejores sistemas de justicia del mundo"[9].

Este es un excelente ejemplo del tipo de coaliciones entre nacionales y extranjeros que aquí examinamos. Las organizaciones nacionales de derechos humanos, mediante estrategias legales innovadoras, habían hecho todo el trabajo legal y político preliminar para lograr el arresto de VIDELA. Sin embargo, aún necesitaban alguna ayuda de sus aliados internacionales, para el impulso final para llevar a la cárcel a un dirigente militar de alto nivel. El juez que ordenó el arresto de VIDELA no era conocido por su compromiso con los derechos humanos sino por su profunda lealtad con el presidente MENEM, quien lo había nombrado. Hay fuertes razones para creer que el juez MARQUEVICH respondía a una agenda política de MENEM en su viaje a Francia cuando ordenó la detención[10].

Cuatro meses más tarde, después de que PINOCHET fuera detenido en Londres, y de que el tribunal español emitiera órdenes de arresto para un gran número de oficiales del ejército argentino, otro juez leal a MENEM ordenó la detención preventiva del almirante EMILIO MASSERA, antiguo jefe de la fuerza naval y miembro de la junta, y –después de VIDELA– el dirigente más poderoso de Argentina durante el período de represión más intenso. El contexto y la oportunidad del arresto de MASSERA indican que la decisión de otro juez argentino de apresar a MASSERA era una medida preventiva para responder a las órdenes de arresto internacionales del tribunal español de los oficiales del ejército argentino[11]. El 2 de noviembre de 1998 el juez GARZÓN, de España, acusó a 98 miembros del ejército argentino por genocidio y terrorismo. Tres semanas después, el juez argentino ordenó la detención preventiva de MASSERA por el rapto de bebés.

¿Por qué las órdenes de arresto internacionales llevaron a que los jueces locales ordenaran las detenciones en Argentina? Las órdenes internacionales de

---

9 "Cuatro historias escandalosas en el legajo del juez Marquevich", *Clarín*, 22 de diciembre de 2002.

10 Entrevista con LUIS MORENO OCAMPO, 21 de diciembre de 2002, Buenos Aires, Argentina.

11 Entrevista con MARTÍN ABREGU, julio de 1999, Buenos Aires.

arresto de los oficiales del ejército argentino crearon una presión internacional y nacional para extraditarlos a España y someterlos a juicio. El ejército argentino se oponía firmemente a la extradición, y el sentimiento nacionalista de los partidos políticos argentinos también se oponía a la idea de la extradición. Pero el precepto legal internacional relevante era que el Estado debía extraditar o enjuiciar nacionalmente a los acusados. Para liberarse de las presiones políticas para extraditar a muchos oficiales, el gobierno argentino decidió aparentemente poner bajo prisión preventiva a algunos oficiales de alto perfil, ahora políticamente marginados, como Videla y Massera. Los activistas argentinos de derechos humanos cooperaron activamente en los procesos extranjeros. Muchos familiares argentinos de los desaparecidos viajaron a España para dar testimonio y añadir sus casos. Las organizaciones argentinas de derechos humanos cooperaron activamente con las peticiones de los tribunales españoles, franceses y alemanes y de las organizaciones de derechos humanos con sede en Europa para proporcionar documentación y pruebas materiales para los juicios de derechos humanos en el extranjero.

Uno de los desarrollos más sorprendentes es que, en 2001, el gobierno acordó extraditar a un argentino que vivía en México, Ricardo Miguel Cavallo, a la audiencia nacional de España para someterlo a juicio por violaciones de los derechos humanos de las que fue acusado de cometer en Argentina durante la dictadura. Este es el primer caso en que un tercer país extraditó a un nacional de otro país para que fuera sometido a juicio en otro país por abusos de los derechos humanos cometidos en su país de origen. El gobierno argentino no se opuso a la extradición de Cavallo a España, ni presentó su propia solicitud de extradición. En otras palabras, Cavallo es un oficial menor que ahora sigue el camino que debía haber seguido Pinochet, si no fuera por todo el capital político que el gobierno chileno gastó para garantizar su regreso a Chile. Entre tanto, Francia sigue solicitando la extradición de Alfredo Astiz, y Alemania ha hecho solicitudes de extradición de argentinos acusados de violaciones de los derechos humanos durante la dictadura.

Quizá la más desafiante de las batallas legales fue el caso que presentó el cels para que las leyes de amnistía se declararan nulas o inconstitucionales. De nuevo, utilizando el caso de los hijos de los desaparecidos, el cels argumentó que las leyes de amnistía permitían que el sistema judicial argentino encontrara criminalmente responsables a las personas por el rapto de un hijo y por haber cambiado falsamente su identidad (crímenes menores), pero no por el crimen original, y más grave, de asesinato y desaparición de los padres que luego dio lugar al delito de rapto. Además, argumentó que las leyes de amnistía eran una

violación de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos de los que Argentina era parte, y que se habían incorporado directamente a la ley argentina. Un juez de primera instancia encontró que los argumentos eran razonables y redactó un fallo que era un tratado de 185 páginas sobre la importancia de las leyes internacionales de derechos humanos en la ley penal argentina[12]. El tribunal de apelaciones respaldó la decisión, y el caso llegó a la corte suprema argentina. La corte suprema, embrollada en una crisis porque sus miembros enfrentaban una acusación, carecía del consenso para decidir el caso, y lo envió a la corte de casación. El caso continúa en una situación de "parálisis legal" porque ni la corte suprema ni la corte de casación están dispuestas a tomar una decisión. Mientras tanto, sin embargo, las acciones del ejecutivo han clarificado algunos de los problemas legales en el debate del caso Poblete.

En 2003, el nuevo presidente de Argentina, Néstor Kirchner, anunció que revocaría el decreto del gobierno de De la Rúa que negaba todas las solicitudes de extradición, y devolvería la decisión y el control de la extradición al poder judicial[13]. Aunque ningún individuo ha sido aún extraditado de Argentina para someterlo a juicio en el extranjero, el anuncio de Kirchner marcó un retorno a una política de derechos más activista del ejecutivo. En agosto de 2003, el congreso argentino, con el respaldo de la administración Kirchner, aprobó una ley que declaró nulas y vacías a las leyes de amnistía (las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final). Esta nueva ley permitió la reapertura legal de los casos de derechos humanos que habían estado cerrados durante los quince años anteriores. De acuerdo con todos los observadores, éste fue un desarrollo político y legal inesperado[14]. Tuvo lugar en el contexto de la estructura internacional de oportunidades legales que discutimos antes. Pocos días antes de que se aprobara la ley, el juez Canicoba Corral, siguiendo la nueva política de extradiciones del gobierno, ordenó la extradición de 45 miembros del ejército y un civil, a España, solicitada por Garzón. El día anterior al debate en el congreso sobre la revocatoria de las leyes de amnistía, el gobierno de Kirchner firmó un decreto implementando la "Convención sobre la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad". Además de declarar que

---

12 Decisión del juez Gabriel Cavallo, Juzgado Federal n.º 4, 6 de marzo de 2001, caso Poblete-Hlaczik.

13 *La Nación*, 20 de junio de 2003.

14 Cfr., por ejemplo, los ensayos de Natanson (2004).

no se aplicará ninguna limitación estatutaria a los crímenes de guerra y contra la humanidad, la convención obliga a los gobiernos a castigar esos crímenes y a adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible la extradición, independientemente de la fecha en que se cometieron. En esencia, la convención prohíbe las amnistías[15]. La convención entró en vigencia en 1970. El congreso argentino la ratificó en 1995, pero el ejecutivo nunca había depositado el instrumento de ratificación. Mediante su decreto, el gobierno de KIRCHNER garantizó que el tratado entraría en vigencia en Argentina y, al mismo tiempo, enviaría al congreso una ley que daría estatus constitucional a la norma. Mediante esa decisión, el gobierno dio incentivos adicionales para que el congreso anulara las leyes de amnistía. Al mismo tiempo, abrió nuevas oportunidades internacionales para los activistas, en la eventualidad de que el congreso decidiera no anular las leyes de amnistía, ofreciendo razones adicionales para que las leyes de amnistía se consideraran contrarias al derecho internacional y a la constitución argentina. Aquí tenemos el caso de un gobierno que crea explícitamente estructuras internacionales de oportunidades para respaldar sus decisiones políticas.

Por su parte, las Abuelas de la Plaza de Mayo siguieron una estrategia de coalición entre nacionales y extranjeros. Durante el proceso internacional de redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Abuelas cabildearon ante el gobierno argentino para incluir disposiciones específicas que contribuirían al éxito de los juicios legales nacionales. Específicamente, entendían que la ley nacional no ofrecía una base legal para argumentar que los hijos raptados tenían lugar en los tribunales. De modo que las Abuelas convencieron al ministro argentino de relaciones exteriores para que presionara para que en la Convención sobre los Derechos del Niño se incluyeran disposiciones sobre el "derecho a la identidad". Estas se incluyeron en los artículos 7.º y 8.º de la convención, e informalmente se los denomina "artículos argentinos". Debido a que la constitución argentina incorpora directamente el derecho internacional en la ley nacional, una vez Argentina ratificó la convención, esos artículos dieron a las Abuelas una base legal para argumentar que los niños tenían derecho a la identidad. Luego se permitió que los jueces ordenaran pruebas de sangre, aunque se opusieran los padres adoptivos, para establecer si los niños en cuestión eran hijos e hijas de los desaparecidos[16]. En

---

15 G. A. Res. 2391 (XXIII), anexo, 23 UN GAOR Supp (n.º 18) en 40, UN Doc. A/7218 (1968).

16 Abuelas de la Plaza de Mayo (2001) y entrevista con ALCIRA RÍOS, 2 de diciembre de 2002, Buenos Aires.

este caso, las Abuelas de la Plaza de Mayo, un movimiento de derechos humanos argentino, contribuyeron a modificar la estructura internacional de oportunidades cambiando la redacción de un tratado, lo que a su vez modificó su estructura nacional de oportunidades e hizo más fácil obtener condenas.

El CELS solicitó a los grupos internacionales que redactaran memoriales de amigos para sus casos, y logró establecer por primera vez en el sistema judicial argentino la práctica del uso de memoriales de amigos extranjeros (*amicus curiae*). Los grupos locales estuvieron en estrecho contacto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en un momento en que se detuvo el avance de los juicios de la verdad, llevaron el caso ante la Comisión Interamericana. La comisión, en negociaciones con el gobierno argentino, pudo conseguir un compromiso del gobierno para que permitiera la continuación de los juicios[17]. Los grupos de derechos humanos también estaban dispuestos, en caso de que la corte suprema respaldara la validez de la ley de amnistía, a reabrir el caso ante la Comisión Interamericana, que ya había encontrado que esas leyes eran una violación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En otras palabras, los grupos nacionales se concentraron principalmente en su agenda judicial nacional, pero moviéndose con relativa facilidad y fluidez entre las instituciones extranjeras, internacionales y regionales como complemento y respaldo de su actividad nacional. Este no es un ejemplo del efecto de bumerán ni de la transnacionalización defensiva, sino de una coalición mixta de nacionales y extranjeros, o caja C. El activismo internacional y regional sigue siendo una táctica en el repertorio de estos grupos. A veces es más latente que otras, pero siempre está allí. No obstante, no es una esfera privilegiada, sobre todo porque ha habido muchos espacios nacionales en los cuales participar.

## URUGUAY: UN CASO DE OPOSICIÓN "INMOVILIZADA"

En Uruguay, el carácter de la represión fue diferente al de Argentina y Chile. La represión en Uruguay no se caracterizó por masacres a gran escala ni miles de personas desaparecidas. En cambio, el ejército implementó un programa de arrestos de largo alcance, tortura rutinaria de los prisioneros y vigilancia total de la población. En 1976, Amnistía Internacional estimó que 60.000 personas

17 Entrevista con VÍCTOR ABRAMOVITZ, 13 de noviembre de 2002, Buenos Aires.

habían sido arrestadas y detenidas en Uruguay; uno de cada 50 uruguayos estuvo en prisión durante algún tiempo después del golpe. 78 prisioneros murieron en la cárcel, muchos como resultado de las torturas. Pero el caso uruguayo también ilustra el carácter interconectado de la represión, especialmente en el Cono Sur. De los 173 desaparecidos uruguayos, 32 fueron desaparecidos forzosamente en Uruguay, 135 en Argentina, cuatro en Chile y dos en Paraguay, como resultado de la cooperación entre las fuerzas de seguridad de la región (SERPAJ, Uruguay, 1989).

La transición a la democracia en Uruguay llegó a través de un acuerdo de negociación en 1984 –el "Acuerdo del Club Naval"– en el que el ejército recibió garantías explícitas e implícitas de que no sería perseguido por las violaciones de los derechos humanos durante el régimen militar. Así, el carácter de la represión, en la que hubo muy pocas víctimas desaparecidas, y el carácter de la transición influyeron en el tipo de justicia transicional en Uruguay. El congreso creó una comisión de investigación para averiguar la situación de los desaparecidos durante el período 1971-1981 (la Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron)[18]. En alcance y escala fue inferior a las comisiones argentina y chilena y no emitió un informe publicado. Como tal, no la clasifico como una verdadera comisión de la verdad en el mismo sentido que las de Argentina, Chile, Guatemala o El Salvador.

En diciembre de 1986, el parlamento uruguayo aprobó la ley de amnistía (la Ley de Caducidad de la Prevención Punitiva del Estado). En 1988, la corte suprema declaró la constitucionalidad de la ley con una votación de tres a dos. Los uruguayos opuestos a la amnistía organizaron una enorme campaña de petición para someter el tema de la amnistía a votación popular. En un plebiscito de 1989, el 57% del público votó en favor de mantener la ley, en una situación en la que muchos aún temían que los juicios llevaran a un golpe militar. En palabras de un defensor de los derechos humanos, los resultados del plebiscito "inmovilizaron al movimiento popular, y especialmente al movimiento de derechos humanos, que careció de iniciativa durante largo tiempo" (PERALTA, 2002). Su respeto por la voz del pueblo expresada a través del plebiscito dificultó que el movimiento de derechos humanos respondiera a las legítimas demandas políticas y legales contra la impunidad. Además, el gobierno democrático posterior a la transición consideró que los

---

18 Creada en noviembre de 1985. Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes*, vol. 620, n.º 1856, 511 a 517.

resultados del plebiscito eran una evidencia del respaldo popular a sus políticas de no investigar el pasado (Peralta, 2002). Como resultado, la situación de impunidad fue estable durante más de diez años y hubo pocas iniciativas nacionales locales para tratar de debilitar la ley de amnistía. En referencia al cuadro 1, la ley de amnistía puso objetivamente a Uruguay en la caja B, con instituciones nacionales cerradas a las demandas de responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Pero como resultado del plebiscito, el movimiento uruguayo de derechos humanos actuó como si estuviera en la caja A, donde las instituciones nacionales, regionales e internacionales estaban cerradas a sus demandas.

Diversas iniciativas regionales e internacionales ayudaron a impulsar el movimiento por el cambio en Uruguay. El CIDH, en su informe de 1992, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su informe de 1998, expresaron profunda preocupación porque las leyes de amnistía bloqueaban el acceso de las víctimas a la justicia. La detención de Pinochet en Londres en 1998 también tuvo impacto en el movimiento de los derechos humanos proporcionando nuevos argumentos legales y políticos contra la impunidad. Pero fue la campaña internacional del poeta argentino Juan Gelman la que tuvo mayor impacto sobre el gobierno uruguayo. Gelman denunció al gobierno uruguayo por no haberlo ayudado a localizar a su nieta desaparecida que vivía con una familia adoptiva en Uruguay. La nueva administración de Kirchner, en Argentina, asumió eventualmente el caso de Gelman y ejerció presión directa sobre el gobierno uruguayo para que exhumara el cuerpo de la nuera de Gelman. A diferencia de Argentina, antes de 2002, Uruguay nunca había emprendido la exhumación de tumbas con ayuda de un equipo de antropología forense para buscar evidencia forense para los juicios de derechos humanos.

En 2000, bajo una creciente presión nacional e internacional, el presidente Jorge Battle creó una "comisión de paz" para investigar el tema de las desapariciones. La tarea de la comisión era buscar información sobre el destino de los desaparecidos en Uruguay y poner esa información a disposición de los familiares. Carecía, sin embargo, del mandato, los recursos y la cooperación del ejército necesarios para completar totalmente su tarea. La comisión no tenía autoridad para identificar a los responsables de las desapariciones. Uno de los propósitos de la comisión era poner fin de una vez por todas a las investigaciones sobre el destino de los desaparecidos. Sin embargo, este propósito no se cumplió, porque mientras que la comisión estaba en funcionamiento, los activistas entablaron por vez primera procesos judiciales por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura.

En 2001, el secretariado de derechos humanos del sindicato nacional de trabajadores (Plenario Intersindical de Trabajadores - Convención Nacional de Trabajadores, PIT-CNT), presentó una acusación contra el ex ministro de relaciones exteriores de la dictadura, JUAN CARLOS BLANCO, por ser instigador del rapto de ELENA QUINTEROS en 1976. QUINTEROS fue raptada después de que ya había entrado al terreno de la embajada venezolana en busca de asilo. La ley de amnistía protege a los militares y a la policía contra el enjuiciamiento, pero no protege explícitamente a los civiles, de modo que los grupos de derechos humanos entendieron eventualmente que una manera de evadir la ley de amnistía era presentar demandas contra los miembros civiles del régimen militar y, en particular, contra el ex presidente BORDABERRY y el ministro de relaciones exteriores JUAN CARLOS BLANCO. BLANCO estuvo seis meses en prisión preventiva antes de ser liberado a la espera de la conclusión del juicio. El gobierno uruguayo trató de bloquear el juicio y respaldó a BLANCO. Por ejemplo, lo nombró como uno de los diez árbitros del Tribunal para la Solución de Controversias de Mercosur. La rama ejecutiva sostenía que la ley de amnistía incluía a BLANCO y que la rama judicial debía ignorar el caso, pero los jueces no estaban de acuerdo. La corte de apelaciones de Uruguay se negó a descartar el caso y utilizó el argumento de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzosa de Personas según el cual el delito de rapto es un delito permanente. Los abogados de BLANCO pidieron entonces que la comisión de paz informara que QUINTEROS había muerto, y después el cargo se cambió de rapto a asesinato, aparentemente porque el cargo de asesinato está sujeto a un estatuto de limitaciones, mientras que el de desaparición –visto como un delito permanente– no lo está. El juez encargado del caso ordenó la exhumación del área donde se pensaba que QUINTEROS había sido enterrada, y citó a oficiales del ejército para que testificaran sobre el caso en el tribunal[19].

En 2002, la Asociación Uruguaya de Familiares de los Desaparecidos entabló un juicio contra el ex presidente JUAN MARÍA BORDABERRY por haber violado la constitución en 1973 efectuando un golpe contra el gobierno democrático. BORDABERRY fue elegido presidente civil de Uruguay, pero cooperó con el ejército cuando éste disolvió el congreso y estableció un régimen autoritario. La demanda fue remitida inicialmente a la corte suprema porque involucraba supuestos crímenes que BORDABERRY cometió cuando era presidente, y se lo percibía como un juicio

19 "El juez RECAREY citará como testigos a los coroneles 'Pajarito' Silveira y Cordero en el caso de Elena Quinteros", *La República*, 2 de diciembre de 2003, p. 21.

político. Sin embargo, en marzo de 2004, la corte suprema decidió que un juzgado penal podría tratar el caso, puesto que Bordaberry ya no era presidente[20]. Desde esa época, dos jueces se recusaron a sí mismos para tratar el caso. Existe otro juicio contra Bordaberry por el asesinato de ocho comunistas en abril de 1972.

Los tribunales argentinos también siguen activamente involucrados en los casos de derechos humanos de Uruguay, puesto que muchos uruguayos desaparecieron en Argentina y no en Uruguay. Siguen buscando evidencia de colaboración en la represión entre las fuerzas de seguridad argentinas y uruguayas, con motivo de la Operación Cóndor. En este caso, un juez argentino solicitó la extradición de oficiales del ejército uruguayo a Argentina, pero la solicitud fue negada por el gobierno conservador de Jorge Battle[21]. A comienzos de 2004, los abogados argentinos entablaron una demanda en los tribunales argentinos en nombre de las familias del senador Michelini y del representante Gutiérrez Ruiz, exilados y asesinados en Argentina en 1976.

Lo que es más sorprendente en el caso uruguayo es cuánto se tarda para que los grupos de derechos humanos o los abogados de las víctimas hicieron esfuerzos judiciales concertados para que las personas enfrentaran cargos por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. La ley de amnistía, respaldada por la corte suprema y por el voto democrático, se veía como una barrera impenetrable para los enjuiciamientos. Pero la existencia de estructuras regionales e internacionales de oportunidades fue percibida finalmente por los activistas legales de Uruguay, especialmente después del arresto de Pinochet, y utilizada subsiguientemente para abrir su propio frente contra las leyes de amnistía. La principal explicación de esta diferencia, en mi opinión, es el carácter de la represión en Uruguay, y el pequeño tamaño y menor dinamismo del sector de derechos humanos uruguayo. Hoy, mucho depende de la política que adopte el nuevo gobierno izquierdista del Frente Amplio sobre el tema de la responsabilidad por los abusos de los derechos humanos en el pasado.

---

20 Uruguay fbis Report. *Highlights: Uruguay Press*, 23 de marzo de 2004.

21 Dante Montero. "Uruguay-Argentina: Stalking Operation Condor, 28 Years On", ips-Inter Press Service/Global Information Network, 20 de mayo de 2004.

## CONCLUSIONES

Este capítulo ha intentado esbozar un marco de la interacción dinámica entre políticas nacionales e internacionales para ayudar a explicar el surgimiento y el éxito de los esfuerzos para que los individuos sean enjuiciados por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. Los activistas de derechos humanos, conscientes de las posibilidades generadas por esta interacción dinámica, pueden elegir estrategias sintonizadas con las oportunidades en los niveles internacional y nacional. Específicamente, el problema que aborda el artículo es por qué tres países en situaciones similares –Argentina, Chile y Uruguay– inicialmente adoptaron estrategias diferentes para enfrentar las violaciones de los derechos humanos en el pasado.

En el pasado, después de los episodios de autoritarismo en la región, nunca hubo juicios por las violaciones de los derechos humanos. El hecho de que en los años ochenta y noventa hubiera fuertes demandas y expectativas para lograr alguna responsabilización por los abusos del pasado fue el resultado de un contexto nacional e internacional diferente. Los principales tratados de derechos humanos habían entrado en vigor, se había creado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y estaba en funcionamiento, y el movimiento nacional e internacional de derechos humanos exigía alguna forma de establecer la responsabilidad. Pero la *forma* que tomaron inicialmente esos esfuerzos estaba influida por el alcance de la represión en cada país y por el carácter de la transición. En los países que registraban altas tasas de muertes y desapariciones, había más presión para establecer la responsabilidad legal porque los familiares buscaban justicia[22]. Deberíamos esperar entonces más demandas de responsabilidad en Argentina –donde había 10.000 desaparecidos documentados– que en Chile, con 3.000 desaparecidos, y menos demandas en Uruguay, con 170 desaparecidos. Pero el nivel de represión no es el único factor que influye en la demanda de justicia. Si éste fuera el factor principal, esperaríamos ver la mayor atribución de responsabilidad en Guatemala, que tuvo un número mucho mayor de desaparecidos y muertos, y sin embargo ése no fue el caso. El carácter de la transición fue también importante. La responsabilidad legal era más posible en un país como Argentina, que experimentó una transición de ruptura, que en Chile, Uruguay y Guatemala, que experimentaron

22 O'Donnell y Schmitter (1986, 29) también argumentan que la clara magnitud y calidad de la represión física afectó el carácter de la transición.

una transición negociada o pactada. Sin embargo, a comienzos de los años noventa todos los países estaban en una situación similar, pues las leyes de amnistía bloqueaban efectivamente casi todas las formas de responsabilidad legal por las violaciones de los derechos humanos en el pasado. A pesar de esta semejanza de la situación nacional, los movimientos argentinos de derechos humanos buscaron oportunidades nacionales, regionales e internacionales para anular o debilitar las leyes de amnistía, usando una amplia gama de tácticas legales innovadoras que pusieron a las leyes de amnistía bajo una crítica permanente. Esos juicios llevaron a la cárcel a decenas de miembros del ejército argentino y a sus asociados. En Chile y Uruguay, sin embargo, las leyes de amnistía se mantuvieron firmes hasta finales de los años noventa. Pero finalmente, en 1999 en Chile, y después de 2001 en Uruguay, se montaron grandes desafíos legales contra la total impunidad bajo las leyes de amnistía. ¿Cómo podemos explicar esos cambios?

Los cambios de los años noventa en Argentina, Chile y Uruguay no se pueden entender sin tener en cuenta la interacción de las estructuras nacionales e internacionales de oportunidades. En Argentina, los grupos de derechos humanos utilizaron el derecho internacional en los tribunales nacionales y ganaron acceso a los tribunales extranjeros para ejercer presión contra la ley de amnistía. En Chile, la detención de Pinochet en Londres dio impulso a los desarrollos legales que ya estaba en marcha en el sistema judicial chileno para reabrir el espacio para los juicios nacionales de derechos humanos. En Uruguay, el impacto nacional de los desarrollos de Argentina y Chile, y la detención de Pinochet, vigorizaron y motivaron a un movimiento popular inmovilizado más de diez años antes por el voto plebiscitario en favor de la ley de amnistía. En cada caso, existe una combinación de factores nacionales e internacionales que ayuda a explicar los resultados. Pero los casos chileno y uruguayo se ajustan más a la caja B del cuadro 1, donde la ley de amnistía creó una estructura nacional de oportunidades esencialmente más cerrada para los juicios de derechos humanos. El caso argentino, sin embargo, es un ejemplo de la caja C, donde los juicios anteriores y los esfuerzos de los grupos nacionales de derechos humanos nunca permitieron una situación de plena clausura de las estructuras nacionales de oportunidades para los juicios de derechos humanos.

Algunas de las diferencias corresponden a diferencias objetivas de los casos, especialmente el mayor alcance de la represión en Argentina. Algunas diferencias corresponden al carácter de la transición, en especial la transición de ruptura en Argentina, que debilitó la legitimidad y la influencia del ejército, y le dificultó imponer condiciones para la transición. Sin embargo, al final, el mayor número

y el mayor dinamismo de los movimientos de derechos humanos de Argentina ayuda a explicar porqué tuvieron mayor capacidad para crear nuevas oportunidades políticas en los niveles nacional e internacional mediante tácticas legales y políticas innovadoras. El caso argentino también ilustra un punto que frecuentemente reiteran los teóricos de los movimientos sociales, el de que las oportunidades políticas no solamente son percibidas y aprovechadas, sino que también son creadas por los actores sociales. Los grupos uruguayos eligieron una estrategia electoral contra la ley de amnistía, y cuando perdieron la votación, hasta hace muy poco casi renunciaron a usar estrategias judiciales innovadoras para limitar la impunidad. Los activistas argentinos no sintieron esa obligación con respecto al sentimiento mayoritario sobre los temas de derechos humanos, y siguieron estrategias legales pese a la oposición política. Estos movimientos sociales y estrategias legales son tan vastos que considero que los activistas argentinos del movimiento social y, a veces, incluso los miembros del gobierno argentino están entre los protagonistas más innovadores en el área del activismo nacional de los derechos humanos. No imitan las tácticas que descubren en otras partes, sino que desarrollan nuevas tácticas. En numerosas ocasiones, luego han exportado o difundido sus innovaciones institucionales y tácticas al extranjero. Argentina, que nunca fue un receptor pasivo de la acción internacional de derechos humanos, sino un caso clásico del efecto bumerán, ha ido "más allá del bumerán" para convertirse en un importante protagonista internacional en el dominio de los derechos humanos, involucrado activamente en la modificación de la estructura internacional de oportunidades para el activismo de los derechos humanos. Por ejemplo, Argentina fue uno de los cuatro o cinco países más activos en el desarrollo de la Corte Penal Internacional, y un activista argentino fue nombrado fiscal de la CPI, quizá el cargo más importante de la corte. El dinamismo del sector argentino de derechos humanos es aún más interesante e importante en el contexto de la activa oposición de Estados Unidos a la expansión del derecho internacional humanitario, porque indica que el avance de las instituciones de derechos humanos puede proseguir aun contra la oposición de la potencia hegemónica del sistema, justamente porque han surgido nuevos actores comprometidos con la construcción, o al menos con el mantenimiento, de las estructuras internacionales y regionales de oportunidades existentes en el área de derechos humanos.

## REFERENCIAS

Abuelas de la Plaza de Mayo (2001). *Juventud e identidad*, vol. 2, Buenos Aires, Espacio Editorial.

Angell, Alan (2003). "The Pinochet Factor in Chilean Politics", Madeleine Davis (ed.), *The Pinochet Case: Origins, Progress and Implications*, London, Institute of Latin American Studies, 63-84.

Bravo López, Francisco (2003). "The Pinochet Case in the Chilean Courts", Madeleine Davis (ed.). *The Pinochet Case: Origins, Progress and Implications*, London, Institute of Latin American Studies, 107-22.

Davis, Madeleine (ed.) (2003). *The Pinochet Case: Origins, Progress and Implications,* London, Institute of Latin American Studies.

Detzner, John A. (1988). *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Santiago, Edit. Tiempo Nuevo.

Epp, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.

Filippini, Leonardo (2004). "La Corte Suprema Argentina y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial", llm thesis, Palermo University.

Gamson, William y David S. Meyer (1996). "Framing Political Opportunity", en Doug McAdam, John McCarthy y Mayer Zald (eds.). *Comparative Perspectives on Social Movements: Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings*, New York, Cambridge University Press.

Goldstein, Judith, Miles Kahler, Robert O. Keohane, y Anne-Marie Slaughter (eds.) (2001). *Legalization and World Politics*, Cambridge, mit Press.

Gourevitch, Peter (2002). "Domestic Politics and International Relations", en Walter Carlsnaes, Thomas Risse y Beth Simmons (eds.). *The Handbook of International Relations*, New York, Sage Publications.

Hathaway, Oona (2003). "The Cost of Commitment", *Stanford Law Review*, vol. 55, n.º 5, 1821-1862.

Higgins, Rosalyn (1994). *Problems and Process: International Law and How we Use It*, New York, Oxford University Press.

Hilbink, Lisa (2003). "An Exception to Chilean Exceptionalism? The Historical Role of Chile's Judiciary", en Susan Eckstein y Timothy Wickham-Crowley (eds.). *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 64-97.

Kahler, Miles (2001). "Legalization as Strategy: The Asia-Pacific Case", en Judith Goldstein, Miles Kahler, Rober O. Keohane y Anne-Marie Slaughter (eds.). *Legalization and World Politics*, Cambridge, mit Press.

Keck, Margaret y Kathryn Sikkink (1998). *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press.

Loveman, Brian y Elizabeth Lira (1999). *Las suaves cenizas del olvido: Vía chilena de reconciliación política 1814-1932*, Santiago, lom Ediciones.

Loveman, Brian y Elizabeth Lira (2000). *Las ardientes cenizas del olvido: Vía chilena de reconciliación política 1932-1994*, Santiago, lom Ediciones.

Loveman, Brian y Elizabeth Lira (2002). *El espejismo de la reconciliación: Chile 1990-2002*, Santiago, lom Ediciones.

Lutz, Ellen y Kathryn Sikkink (2001). "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials", *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, n.º 1, 1-33.

McAdam, Doug (1996). "Conceptual Origins, Current Problems, Future Direction", en Doug McAdam, John McCarthy y Mayer Zald (eds.). *Comparative Perspectives on Social Movements: Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings*, New York, Cambridge University Press, 23-40.

McAdam, Douglas, Sidney Tarrow y Charles Tilly (2001). *Dynamics of Contention*, New York, Cambridge University Press.

Moravcsik, Andrew (2000). "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe", *International Organization*, vol. 54, n.º 2, 217-252.

Natanson, José (ed.) (2004). *El Presidente inesperado: El gobierno de Kirchner según los intelectuales argentinos*, Buenos Aires, Homo Sapiens.

O'Donnell, Guillermo y Phillippe C. Schmitter (1986). *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, MD, The Johns Hopkins University Press.

Peralta, Ariela (2002). Servicio Paz y Justicia Uruguay, manuscrito no publicado.

Putnam, Robert (1988). "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games", *International Organization*, vol. 42, n.º 3, 427-60.

Risse, Thomas (2002) "Transnational Actors and World Politics", Walter Carlsnaes, Thomas Risse y Beth Simmons (eds.). *Handbook of International Relations*, New York, Sage Publications.

Risse, Thomas y Kathryn Sikkink (1999). "The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices", Thomas Risse, Stephen C. Ropp y Kathryn Sikkink (eds.). *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1-38.

Risse-Kappen, Thomas (1995). "Bringing Transnational Relations Back In: An Introduction", Thomas Risse-Kappen (ed.). *Bringing Transnational Relations Back In: Non-State Actors, Domestic Structures, and International Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press.

Roht-Arriaza, Naomi (2004). *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press.

Romano, Cesare (1999). "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n.º 4, 709-751.

Servicio Paz y Justicia (serpaj) Uruguay (1989). *Uruguay Nunca Más: Informe sobre la violación a los derechos humanos* (1972-1985), Montevideo, Altamira, 417-430.

Stepan, Alfred (1986). "Paths toward Redemocratization: Theoretical and Comparative Considerations", Guillermo O'Donnell, Phillippe C. Schmitter y Laurence Whitehead (eds.). *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives*, Baltimore, MD, The Johns Hopkins University Press, 64-84.

Stone Sweet, Alec (1999). "Judicialization and the Construction of Governance", *Comparative Political Studies*, vol. 32, n.º 2, 147-84.

TARROW, SIDNEY (1994). *Power in Movement: Social Movements, Collective Action, and Politics*, 2.ª ed., Cambridge University Press.

TARROW, SIDNEY (1996). "States and Opportunities: The Political Structuring of Social Movements", en DOUG MCADAM, JOHN MCCARTHY y MAYER N. ZALD (eds.). *Comparative Perspectives on Social Movements: Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings*, New York, Cambridge University Press.

GUILLERMO O'DONNELL

# *Epílogo*

Me complació la invitación como comentarista a la conferencia que dio lugar al presente volumen. También me preocupó porque, aunque he hecho algunos escritos sobre el Estado de derecho[1], no soy especialista en el sistema judicial. Mi placer fue confirmado porque aprendí mucho de una conferencia animada y desafiante, un espíritu al que hace eco el presente volumen. Y mi preocupación fue confirmada cuando los organizadores de la conferencia y de este volumen me invitaron a poner por escrito los comentarios, variados y poco sistemáticos, que presenté al final de las sesiones. Esos comentarios son los siguientes.

La judicialización de la política se debe concebir, en parte, como un aspecto del fenómeno más amplio de la judicialización de las relaciones sociales en su conjunto. En gran medida, la *judicialización* de la relaciones sociales (mediante la cual las demandas sociales se procesan en los tribunales o en estructuras similares a los tribunales) es quizá una expresión de la creciente *juridización* de las relaciones sociales: el grado ascendente en que las relaciones sociales, que antes se dejaban a una regulación autónoma o informal, se entretejen mediante normas legales formales. Esta juridización ascendente es un fenómeno mundial que ha sido señalado y discutido extensamente. La juridización, por supuesto, no es idéntica a la judicialización. Pero podemos presumir que cuanto más se legalizan y regulan las relaciones sociales, más incentivos y oportunidades surgen para reclamarlos en las cortes. Así, cabría esperar una correlación positiva, aunque de una magnitud imposible de determinar a priori, entre juridización y judicialización.

Con respecto a la *judicialización*, el mismo concepto alude a una especie de exceso o superávit de acción judicial en relación con un estándar comparativo implícito. Este estándar puede ser diacrónico, referido a la acción judicial en algún período del pasado de un caso dado; o puede ser sincrónico, relacionado con algún promedio o grado de acción judicial en otros casos (países o regiones) que se juzgan relevantes para propósitos de comparación. Obviamente, la elección del estándar de comparación depende de las preguntas que se hace el investigador, y usualmente las conclusiones dependen profundamente de esa elección.

A la luz de los comentarios anteriores, para cada caso examinado se podría desear dibujar mapas que muestren, a través del tiempo, los diversos grados de lo que llamaría la penetración y densificación de todo el sistema legal, que abarca diversas normas e instituciones, a través de la sociedad. Esta, sin embargo, es una tarea hercúlea, que no parece factible en el futuro previsible de América Latina.

---

1 Cfr., por ejemplo, O'Donnell (1999).

Como aproximación a los futuros borradores de esos mapas, sin embargo, se puede considerar que el proceso de judicialización (y, añado, de juridización) que los capítulos de este volumen detectan y discuten ha estado acompañado simultáneamente por algunos procesos importantes de *desjudicialización* "de facto" y "de jure". Me refiero en particular a los siguientes.

Primero, el fuerte incremento del arbitraje y de otros tipos de "mecanismos alternativos de resolución de disputas" (MARC) en asuntos comerciales (ampliamente definidos), dentro de cada país y, discutiblemente, más dramáticos y con mayores consecuencias, transnacionalmente. Además, hasta donde sé, ha habido un no menos fuerte incremento del número de asuntos comerciales así como de acuerdos con las instituciones financieras internacionales, en la abdicación de la jurisdicción nacional en favor de tribunales localizados en los grandes centros financieros del mundo[2]. Esto significa que cuando los gobiernos establecen o aceptan mecanismos nacionales o transnacionales de arbitraje o cuando ceden jurisdicción a los tribunales extranjeros, están *desjudicializando* decisiones que a veces involucran intereses y consecuencias trascendentales para sus países. Segundo, existe una tendencia preocupante en un gran número de países a desjudicializar diversos aspectos del derecho y el procedimiento penales. Demasiado a menudo las demandas de "orden" y "seguridad" llevan a una tolerancia judicial sistemática –incluida de hecho la total inacción– de acciones ilegales perpetradas por la policía y los diversos grupos de vigilancia. Esto equivale a una renuncia *de facto* de la jurisdicción judicial. Tercero, aún más alejados de las relaciones legales formales, debemos tener en cuenta la existencia y, en algunos países, la expansión reciente de lo que denomino "áreas marrones"[3], aquellas áreas en las que la legalidad del Estado tiene a lo sumo un tenue cumplimiento. En estas áreas (tanto en las periferias geográficas de los países como en algunas partes de sus grandes ciudades) lo que rige realmente son las diversas versiones de la ley de la mafia aprobada por una mezcla de traficantes de drogas, contrabandistas, grupos de vigilancia y jefes políticos violentos. Cuarto, en una dirección diferente, pero en este caso benéfica, está el reconocimiento que algunos países, muchos de ellos siguiendo cambios constitucionales recientes, han dado a los sistemas legales y a las pautas de adjudicación de los pueblos indígenas[4]. Estos son apenas algunos

---

2 Para un interesante comentario crítico sobre estos asuntos, cfr. JAYASURIYA (2002).

3 Cfr. O'DONNELL (1993).

4 Cfr. el capítulo de JULIO FAUNDEZ en este volumen, y SIEDER (2002).

ejemplos de los cambios que van en dirección contraria al proceso de judicialización de la política y de otras relaciones sociales que constituye el centro de atención de este volumen. En consecuencia, parece que estamos ante un mapa complejo de expansiones y contracciones simultáneas de la judicialización y, en gran medida, también de la juridización de las relaciones sociales, todas las cuales tienen implicaciones políticas importantes.

Por supuesto, nada de esto niega la gran importancia de la judicialización que este volumen examina de una manera provechosa y oportuna. Simplemente busca inducir esfuerzos adicionales para hacer el mapa de las contracciones y expansiones complejas que parecen animar a nuestros sistemas legales actuales. Las expansiones que se registran en este volumen indican, en general, un aumento de la actividad del Estado por medio de uno de los conjuntos de instituciones que los constituyen, el sistema judicial. En contraste, muchas de las contracciones que he mencionado señalan un abandono del Estado de algunas de sus tareas más tradicionales y, se puede argumentar, centrales. La abdicación del Estado para adjudicar en asuntos comerciales puede ser de gran importancia para el país; su clara imposibilidad (o su renuencia) para imponer la ley en las áreas marrones, y el hecho de pasar por alto los procedimientos jurídicos básicos en aspectos importantes del derecho penal, indican una abdicación de las responsabilidades básicas del Estado. Por otra parte, el reconocimiento formal de los pueblos indígenas y de sus sistemas legales en América Latina, aunque se haya implementado de mala gana y con deficiencia, debería verse como una devolución constructiva de derechos largamente usurpados.

Este volumen presenta amplia evidencia de la vigorosa juridización y judicialización que ha ocurrido en América Latina durante las tres últimas décadas. Esto es innegable, aunque me pregunto en qué medida los cambios hacen eco a los procesos mundiales de juridización que mencioné antes, por una parte, y si pueden obedecer a una coyuntura específica de la región, por la otra. A este respecto, me refiero a las transiciones a regímenes democráticos que ocurrieron en América Latina durante las décadas de los ochenta y noventa. A menudo estas transiciones estuvieron acompañadas por cambios en las constituciones respectivas. Quizá aún más importante, durante estas transiciones surgieron amplias y vigorosas demandas de modificaciones legales. En consecuencia, ocurrieron numerosas actualizaciones y revisiones de diversos aspectos de la legislación que estuvieron pendientes durante el gobierno autoritario. Esto afectó el derecho de familia, de género, de algunas minorías, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la asociación, la expresión, los procedimientos judiciales y similares, para no mencionar

las normas que se refieren a los procesos electorales y sus concomitantes. Este proceso de actualización y corrección de los estatutos no sólo amplió la juridización de las relaciones sociales; también abrió caminos a través de los cuales se puede canalizar la movilización legal documentada en los diversos capítulos de este libro, incluida la judicialización de muchas de esas demandas. Aún está por ver si la tasa de incremento de la judicialización disminuirá, o llegará a ser negativa, una vez que muchas de las oportunidades legales que resultan de las transiciones lleguen a ser, por decirlo así, normalizadas por la práctica repetida y el establecimiento de precedentes relevantes.

Tomando las valiosas sugerencias de algunos capítulos de este volumen, también sería relevante crear una tipología de áreas, o arenas, donde está ocurriendo la judicialización (y hasta donde sea posible, la juridización). Este ejercicio sería valioso en sí mismo. También sería un paso útil hacia una complementación tipológica de le meditada lista de pros y contras de la judicialización que los editores presentan en su introducción. Sin ninguna pretensión de ser exhaustivo, creo que puede ser útil considerar las siguientes arenas en las tipologías futuras.

### PROCESOS EN LOS QUE LA ACTIVIDAD JUDICIAL ES EN PRINCIPIO UNA BUENA COSA, AL MENOS HASTA DONDE ES EL RESULTADO DE DEFICIENCIAS EN LA ACCIÓN DE OTRAS AGENCIAS RESPONSABLES DEL ESTADO O DE BRECHAS EN LAS LEYES O EN SU IMPLEMENTACIÓN

La juridización y eventualmente la judicialización de la protección de la integridad del proceso democrático electoral, en los niveles nacional y subnacional.

– La instalación de instituciones, de carácter judicial o no judicial, que en trabajos anteriores denominé "rendición de cuentas horizontal", es decir, acciones encaminadas a prevenir y eventualmente castigar presuntas acciones ilegales u omisiones de los funcionarios del Estado (O'Donnell, 2003).

– La instalación de instituciones, de carácter judicial o no judicial, en relación con acciones u omisiones indebidas de las agencias del Estado en asuntos de derechos humanos y civiles.

– La instalación de instituciones, de carácter judicial o no judicial, en relación con la protección del medio ambiente.

Las arenas mencionadas se refieren principalmente, aunque no exclusivamente, a interacciones dentro del Estado. Existe otra clase de relaciones, principalmente entre actores de la sociedad, en las que también parece posible la ampliación de la

juridización y la judicialización concomitante. Me refiero aquí al establecimiento de estatutos y, cuando sea necesario, al procesamiento legal de los derechos de género, la prevención de la violencia privada, los derechos de los consumidores, la legislación laboral, la prevención de los accidentes laborales y similares. Como ya señalé, la expansión de la juridización en estos asuntos es un fenómeno mundial, que, con algunos rezagos significativos (especialmente en la implementación de las normas respectivas), parece estar siguiendo América Latina.

## PROCESOS EN LOS QUE LAS CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL PARECEN AMBIVALENTES

Las consecuencias de la legislación o del activismo judicial que hacen punibles los derechos sociales y económicos me parecen cuestionables en muchos casos. Los tribunales pueden ignorar irresponsablemente las restricciones fiscales, provocar la formación de poderosas coaliciones hostiles y, en general, debilitar su autoridad adjudicando enérgica y legítimamente en asuntos como los que he mencionado. Además, la adjudicación de los derechos sociales y económicos por parte de las cortes tiene un componente intrínsecamente paternalista, porque históricamente esos derechos han sido adquiridos y, aún más importante, garantizados como consecuencia de luchas políticas.

También existe problema de quién y en qué circunstancias se promueve la judicialización. Obviamente, ésta no es sólo un resultado del activismo judicial. Aquí no profundizo este tema porque la introducción de los editores y diversos capítulos de este volumen lo tratan provechosamente.

En síntesis, ha sido un placer y un desafío comentar este volumen, por lo cual debo agradecer a los organizadores de la conferencia que lo precedió y, en esas mismas personas, a los editores de este volumen. Este tiene los atributos de un trabajo verdaderamente pionero sobre un tema importante y complejo: revisa un campo multifacético, presenta una serie de hallazgos e hipótesis interesantes, y plantea numerosas preguntas intrigantes que la investigación futura se empeñará en responder.

## REFERENCIAS

JAYASURIYA, KANISHKA (2002). "Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?", *Constellations*, vol. 8, n.º 4, 442-460.

JAYASURIYA, KANISHKA (1999). "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusion", en JUAN E. MÉNDEZ, GUILLERMO O'DONNELL y PAULO SERGIO PINHEIRO (eds.). *The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 303-337.

JAYASURIYA, KANISHKA (2003). "Horizontal Accountability: The Legal Institutionalisation of Mistrust", en SCOTT MAINWARING y CHRISTOPHER WELNA (eds.). *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 34-54.

O'DONNELL, GUILLERMO (1993). "On the State, Democratization and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Post-communist Countries", *World Development*, vol. 21, n.º 8, 1355-1369.

SIEDER, RACHEL (ed.) (2002). *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, New York and Basingstoke, Palgrave, Institute of Latin American Studies.

Alan Angell fue director del Centro Latinoamericano, St Antony's College, Universidad de Oxford, profesor en política latinoamericana, y miembro de St Antony's College. Sus libros incluyen *Politics and the Labour Movement in Chile* (1972); *En busca de la utopía: la política chilena entre Alessandri y Pinochet* (1994); con Benny Pollack, *The Legacy of Dictatorship: Political, Economic and Social Change in Pinochet's Chile* (1993); con Rosemary Thorp y Pamela Lowden, *Decentralising Development: the Political Economy of Institutional Change in Colombia and Chile* (Oxford, OUP 2001) Su libro más reciente fue *Democracy after Pinochet: Politics, Parties and Elections in Chile* (London, Institute for the Study of the Americas, 2007).

Rogério B. Arantes tiene un doctorado en ciencias políticas de la Universidad de São Paulo y es profesor del departamento de política en la Pontifícia Universidad Católica de São Paulo, Brasil. Desde 1990 se ha especializado en el análisis de las instituciones judiciales. Su investigación actual examina la relación entre la constitución, la democracia y la tomas de decisiones en Brasil desde una perspectiva comparada. Es autor de varios artículos sobre temas judiciales y dos libros sobre el papel político de las instituciones judiciales: *Ministério Público e Política no Brasil* (São Paulo, Sumaré/Educ, 2002) and *Judiciário e Política no Brasil* (São Paulo, Idesp/Sumaré/Educ, 1997).

Manuel José Cepeda Espinosa es magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes donde impartió clases sobre derecho constitucional. Fue consejero presidencial a la asamblea constituyente del presidente César Gaviria Trujillo y asesor presidencial durante el periodo del presidente Virgilio Barco. Ha fungido como embajador de Colombia ante la UNESCO y a Suiza. Es autor de varios libros sobre derecho constitucional. Obtuvo el titulo de Magna Cum Laude en derecho de la Universidad de los Andes y un LLM de Harvard Law School.

Javier A. Couso es profesor asociado de derecho y sociología de la Universidad Diego Portales en Santiago, Chile. También dirige el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO), de la misma institución. Es titular en derecho por la Universidad Católica de Chile y tiene un doctorado en jurisprudencia y política social de la Universidad de California, Berkeley. Se especializa en estudios

socio-legales, derecho público comparado y política judicial. Sus publicaciones recientes incluyen "La Judicatura como organización" (Santiago, Chile: Instituto de Estudios Judiciales y Expansiva, 2007), co-editado con Fernando Atria; "The Seduction of Judicially Triggered Social Transformation: The Impact of the 'Warren Court' in Latin America", en *Earl Warren and the Warren Court. The Legacy in American and Foreign Law*, editado por Harry Scheiber (Plymouth, UK: Lexington Books, 2007), y "When the 'Political Complex' takes the Lead: The Configuration of a Moderate State in Chile", en *Fighting for Political Freedom. Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, editado por Halliday, Karpik & Feeley (Oxford, U.K., Hart Publishing, 2007).

Pilar Domingo es profesora-investigadora en el Instituto para el Estudio de las Américas, de la Universidad de Londres. Hasta hace poco fue investigadora en el Instituto de Estudios de Iberoamerica en la Universidad de Salamanca, España. Sus intereses de investigación incluyen el estudio del estado de derecho, la política judicial y los derechos humanos en América Latina. Sus publicaciones recientes incluyen "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America," en *Democratization* (2004); *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, co-editado con Roberto y Theunis Roux (Aldershot, Ashgate, 2006); *Proclaiming Revolution: Bolivia in Comparative Perspective*, co-editado con Merilee Grindle (London/Harvard, ilas/Harvard University Press, 2003), y *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, co-editado con Rachel Sieder (London, Institute of Latin American Studies, 2001).

Julio Faundez es profesor de derecho en la Universidad de Warwick, Inglaterra y es graduado de la Universidad Católica de Chile (lcj), y de la Universidad de Harvard (llm y sjd). Sus libros recientes incluyen *Democratization, Development and Legality: Chile 1831-1973* (New York, Palgrave-Macmillan, 2007); *On the State of Democracy* (coordinador) (London, Routledge, 2007); *Governance, Development and Globalization* (co-editor) (Blackstone Press, 2000); *Good Government and Law* (editor) (Macmillan, 1997), y *Affirmative Action: International Perspectives* (ilo, Geneva, 1994 y Defensoria del Pueblo, Lima 2000). Recientemente completó un informe para la oit sobre las micro empresas y las normas internacionales del trabajo. También ha asesorado a los gobiernos de Sudáfrica y Namibia en la redacción de leyes para promover la igualdad en el trabajo y a la República de Corea del Sur sobre los tratados de libre comercio.

Fiona Macaulay es profesora en estudios del desarrollo en el departamento de estudios de paz, Universidad de Bradford, Inglaterra. Anteriormente fue profesora en sociología política en el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Londres e investigadora asociada en el Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Oxford. Trabaja en el área de política comparada, sobre temas de género, derecho, derechos humanos, política social, instituciones políticas y justicia criminal, con un enfoque particular en Brasil. Sus publicaciones recientes incluyen *Gender Politics in Brazil and Chile: The Role of Political Parties in Local and National Policy-making* (New York, Palgrave Macmillan, 2006); "Justice sector and human rights reform [en Brasil]" en *Latin American Perspectives* (2007); "Knowledge production, framing and criminal justice reform in Latin America", *Journal of Latin American Studies* (2007), y; "Política carcerária e prisões" en Liana de Paula y Renato Sérgio de Lima (eds.), *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* (São Paulo, Editora Contexto, 2006).

Guillermo O'Donnell es Helen Kellog Professor of Government en la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos, donde fue director académico del Instituto Helen Kellogg de Estudios Internacionales entre 1983 y 1998. También es profesor de ciencia política en la Universidad Nacional de San Martin, Argentina. O'Donnell tiene un doctorado en ciencia política de la Universidad de Yale y ha publicado ampliamente sobre el estado, la democracia, desarrollo y el estado de derecho en América Latina. Sus libros recientes incluyen *The Quality of Democracy: Theory and Applications*, co-editado con Osvaldo Iazzetta y Jorge Vargas Cullel (Universidad de Notre Dame, 2004); *Counterpoints: Selected Essays on Authoritarianism and Democratization* (Universidad de Notre Dame 1999); *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, co-editado con Juan Méndez and Paulo Sérgio Pinheiro (Universidad de Notre Dame, 1999) y; *Dissonances: Democratic Critiques of Democracy* (Universidad de Notre Dame 2007).

Rogelio Pérez Perdomo es Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela. Es autor de *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004), publicado en ingles como *Latin American Lawyers: A Historical Introduction* (Stanford, CA, Stanford University Press, 2006). También es co-editor, con Lawrence Friedman, de *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe* (Stanford University Press, 2003), publicado en español como *Culturas jurídicas Latinas en Europa y América en tiempos de globa-*

*lización: América Latina y Europa* (México: Universidad Nacional Autónoma de México 2003); con John Merryman, *The Civil Law Tradition*, 3.ª edición (Stanford CA, Stanford University Press, 2007).

Line Schjolden es profesora de historia y cultura de América Latina en la Universidad de Bergen, Noruega. Anteriormente fue investigadora posdoctoral en derecho y política de América Latina en el Instituto para el Estudio de las Américas, Universidad de Londres, y el Centro de Estudios Latinoamericanos, de la Universidad de Oxford. Tiene su doctorado en historia de la Universidad de California, Berkeley. Su investigación se centra en la historia legal y laboral de Argentina en la primera mitad del siglo xx.

Rachel Sieder es profesora-investigadora en el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (ciesas) en el Distrito Federal, México. También es investigadora asociada del Christian Michelsen Institute en Bergen, Noruega. Anterioremente fue profesora en política latinoamericana en el Instituto para el Estudio de las Américas de la Universidad de Londres, donde sigue siendo investigadora asociada. Sus intereses incluyen los derechos indígenas, acceso a la justicia y reforma judicial, justicia indígena, y derechos humanos y entre sus libros están *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (New York, Palgrave-Macmillan, 2002) y; *Promoting the Rule of Law: Perspectives on Latin America* (London: Institute of Latin American Studies, 2001), co-editado con Pilar Domingo. Sus artículos y capítulos recientes incluyen "Derechos indígenas, reformas multiculturales y globalización legal: ¿La construcción del "Estado de derecho" en Guatemala?" en Juan Manuel Palacio y Magdalena Candioti (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina* (Buenos Aires, Prometeo, 2007), y; 'The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala', *International Journal of Constitutional Law* (2007). Ha sido co-editora del *Journal of Latin American Studies* (Cambridge University Press) desde 1999.

Kathryn Sikkink es Regents Professor and McKnight Distinguished University Professor en la Universidad de Minnesota, Estados Unidos. Tiene una maestría y un doctorado en ciencias política de la Universidad de Columbia. Sus publicaciones incluyen: *Mixed Signals: U.S. Human Rights Policy and Latin America* (Cornell University Press, 2004); *Restructuring World Politics: Transnational Social Movements, Networks and Norms*, co-editado con Sanjeev Khagram y James Riker (University of Minnesota Press, 2002); *The Power of Human Rights: International*

*Norms and Domestic Change*, co-editado con Thomas Risse y Stephen Ropp (Cambridge University Press, 1999), y *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, co-autora con MARGARET KECK (Cornell University Press, 1998). Es miembro de los consejos editoriales de las revistas *International Organization*, *the American Political Science Review*, y *International Studies Quarterly*, y es una asociada del Council on Foreign Relations y la American Association for Arts and Sciences.

CATALINA SMULOVITZ es profesora y directora del departamento de ciencia política y estudios internacionales en la Universidad Torcuato Di Tella en Buenos Aires, Argentina. También es investigadora en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET). Ha editado, junto con Enrique Peruzzotti, *Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas* (Temas, 2002), publicado en inglés como *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in New Latin American Democracies* (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006). Sus capítulos y articulos recientes incluyen: "How Can the Rule of Law Rule?" en José María Maravall y Adam Przeworksi (eds.), *Democracy and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2003); "The Discovery of the Law: Political Consequences in the Argentine Experience" en YVES DEZALAY y BRYANT GARTH (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* (University of Michigan Press, 2002) y "Societal Accountability in Latin America" en *Journal of Democracy* (October, 2000) (con E. PERUZZOTTI).

BRUCE M. WILSON tiene un doctorado de la Universidad de Washington, St. Louis y es profesor de ciencia política en la Universidad de Central Florida, Orlando. Actualmente es investigador asociado del Chr. Michelsen Institute (CMI), Bergen, Noruega. Por seis años fue el editor de *The Latin Americanist*, una revista multi-disciplinaria dictaminada. Su trabajo sobre la economía política de Costa Rica fue publicado como *Costa Rica: Politics, Economics, and Democracy* (Lynne Rienner Publishers, 1998). Sus artículos han sido publicados en varias revistas académicas, incluyendo: *Comparative Political Studies*, *Journal of Latin American Studies*, y *Comparative Politics*. Su proyecto actual de investigación, desarrollado en colaboración con CMI Bergen, es un análisis colaborativo que busca examinar litigación sobre los derechos a la salud como derechos humanos en países en vías de desarrollo.

-A-

Abraham, Henry 135
Abuelas de la Plaza de Mayo 326, 333, 337-8
acceso a la justicia 26, 29, 254, 257, 261, 267, 270, 277, 292-300
acción de tutela 29, 102-5, 106, 109, 110-1, 118-20, 123, 125, 129-30
ACNUR 329, 340
acoso sexual 211
*actio popularis* (acción pública) 97, 102-3, 104, 105, 110, 126
Alcohólicos Anónimos 264
Amazonia 227
*amicus curiae* 110, 338
Amnistía Internacional 62, 165, 338-9
amparo 29, 49, 50, 51, 54, 74, 75, 76, 179, 182, 200, 201-202, 204, 213
"áreas marrones" 16, 225, 354
Argentina 13, 19, 22, 23, 27, 193-221, 315-6, 317, 322, 325-7, 329-30, 332-8
    CONADEP 332
    corralito 198, 200, 201-2, 203, 204, 214, 215, 217
    corte suprema 336
    Defensoría del Pueblo de la Nación 207
    Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial 207
    disputa sobre fondo de pensiones 198, 200, 203, 204, 217
    Ley de obediencia debida 325, 327, 336
    Ley de punto final 325, 327, 336
    Partido Justicialista 200
    Procuración del Tesorero Nacional 201
    reforma constitucional de 1994 213, 322
    Superintendencia de Seguros de la Nación 210
Arias Sánchez, Oscar 78-9, 81, 82
Arriechi, Franklin 178-9
Asociación de Bancos de la Argentina (BCRA) 202
Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPPRA) 202
Astiz, Alfredo 333-5
Audiencia Nacional (España) 335
Austria 280, 281, 287
Ayacucho 228-9, 237, 242, 243, 244
Aylwin, Patricio 139, 140, 143, 145
Aymara 227, 228

-B-

Banco Central de la República Argentina (BCRA) 202
Banco Mundial 13, 30, 169, 257
Battle, Jorge 340
Bélgica 328
Berruecos, Susana 53
Blanco, Juan Carlos 341-2
Bordaberry, Juan María 341-2
Brasil 17, 18, 19, 20, 23, 25-6, 28-9, 127, 166, 253-70
acción civil pública 297
acción directa de inconstitucionalidad (ADIN) 282, 286, 287, 288, 290-2
acceso a la justicia 292-300
código penal 261, 265, 268
Consejo Nacional sobre los Derechos de la Mujer 268
Conselho Nacional de Justiça 307
constitución de 1988 17, 23, 25, 261, 277, 282, 284, 286, 297, 305
Iglesia Católica 269
iglesias pentecostales 262
juzgados especiales criminales (JECrims) 254, 262, 263-70
Ley 9.099 261, 267, 268
Ley contra la Tortura 268
Ley de Delitos Atroces 260
medidas provisionales 284
Ministerio Público (MP) 26, 277, 179, 292, 297-9, 300, 301, 304-6
Partido de los Trabajadores (PT) 290, 291, 301, 303-4, 306, 307-8
partidos políticos 286, 290-3, 301
Plan Collor 284
Procurador General 286
recursos electorales 295
Recursos extraordinarios (RE) 285-6
sistema federal 282-3
sistema político 277, 289
Sumario de efecto vinculante (SEV) 302-3, 304, 307-8
Supremo tribunal federal (STF) 279, 289, 292, 301, 302, 303, 305, 307, 308
Tribunal Superior Electoral 296
tribunales laborales 283, 295, 296, 297
Bush, George 321

-C-

"Caceroleado" 174
Cajamarca 230-2, 234-6
Caldera, Rafael 163-4
Canadá 324
Cappelleti y Garth 294
Cappelletti 46
Caravana de la Muerte 331
Carmona, Pedro 177
Carter, Jimmy 166, 190, 330
"cascada de justicia" 317
"cascada de normas" 30
caso de Barrios Altos (Perú) 327
caso Pinochet 133, 142-3, 328, 330-1, 333, 334, 335, 340, 342, 344
casos de VIH 71, 86, 87, 112, 144, 152
Cavallo, Domingo 200
Cavallo, Ricardo Miguel 315
CDCP 329, 330
CELS 210-1, 326, 335-6, 338
Central Unificada Provincial de Rondas Campesinas de la Provincia de Hualgayoc 236
Centro Carter 187
coeficiente estabilización de referencia (CER) 202, 203
Collor de Melo, Fernando 284, 290, 291
Colombia 13, 17, 22, 23, 29, 93-130, 226, 242
    acciones de tutela 102-5, 106, 109, 110-1, 118-20, 123, 125, 129-30
    asamblea constituyente 97, 1 05, 127-8
    casas de justicia 242
    constitución de 1886 95, 96, 97
    constitución de 1991 95, 96, 99, 101, 102, 103, 104, 106, 121, 127, 128, 226
    corte constitucional 22, 96, 99, 101-30
    corte suprema de justicia 95-6, 97, 98, 99, 102, 106, 110-1, 127
    Defensor del Pueblo 102
    Estatuto Antiterrorista 110
    Frente Nacional 97-8
    M-19 99
    procurador general de la nación 103
    reforma constitucional de 1910 97
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 144, 165, 257, 327, 338
conciliación 253, 258-61, 262, 263, 264-70
Convención Americana sobre Derechos Humanos 111, 324, 327, 329, 338

Convención de Belém do Pará 257, 261
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer 257
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas 327, 341
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) 210
Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra 336
Convención sobre los Derechos del Niño 337
corporativismo 49, 61
"corralito" 198, 200-4, 217
Correa, Jorge 141
Corte Interamericana de Derechos Humanos 62, 111, 144, 150, 165, 324, 327, 329, 343
Corte Penal Internacional (CPI) 317, 345
Costa Rica 13, 17, 18, 23-4, 29, 31, 69-91, 260
  comportamiento parlamentario 82-4
  constitución de 1949 72, 77, 78, 84
  corte suprema 72-3
  grupos sociales marginados 85-8
  Partido de Liberación Nacional (PLN) 78, 81 , 82, 85
  partidos políticos 71 , 74, 75, 77
  políticas económicas 81 -2, 87
  recurso de amparo 74, 75, 76
  reelección presidencial 78-80
  reforma constitucional de 1 989 71 , 72, 73-4
  sala constitucional (sala IV) 73-6, 77-9, 80, 82-4, 85, 86-9, 146
  sindicatos 71, 82, 86, 87
  tribunal supremo de elecciones (TSE) 78
cultura judicial 260
cultura legal 26-7, 155, 157, 167, 191, 240-2
Cuyumalca 230

-Ch-

Chávez Frías, Hugo 18-9, 163-6, 168, 169, 172-179, 183, 185, 186
Chile 13, 16, 23, 29, 31, 131-159, 166, 315-6, 322, 325, 326, 328-31, 338-9, 343-4
  código de procedimiento penal 155
  Comisión de Verdad y Reconciliación 140, 143
  Concertación de Partidos por la Democracia 31, 141
  constitución de 1980 25, 137, 138, 148, 322
  Convenio sobre Pueblos Indígenas 147

corte suprema 138, 139-41, 143
cultura legal 155, 156
garantías de igual protección 151-6
golpe militar de 1973 137
Ley de Amnistía de 1978 139, 143
leyes de violencia intrafamiliar 264-5
libertad de expresión 149-51
Mapuche, movimiento 154
Partido Demócrata Cristiano 142, 147
recurso de inaplicabilidad 138
recurso de protección 138, 148
Renovación Nacional, partido (RN) 147-8
tribunal constitucional 138, 1 44-8
Unión Demócrata Independiente (UDI) 147
Chirac, Jacques 334

-D-

Declaración de Beijing 257
Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer 256
"democracia delegativa" 39
derecho consuetudinario 228, 235
"diligencia debida" 256, 269
De la Rúa, Fernando 200, 336
demandas por mala práctica médica 209-10
derechos humanos 18, 22, 27, 28, 29, 46, 47, 55, 57, 60, 61, 62, 102, 103, 107, 110, 122, 133, 138-9, 142, 143-4, 148, 151, 244-5, 258, 259, 260, 267, 315-45, 353-57
desjudicialización 354
discursos de derechos 104-5, 206-11, 217-8
Domont, Alice 333
Duhalde, Eduardo 200
Duquet, Leonie 333

-E-

Echeverría, Luis 61
ECOSOC 321, 323
"efecto búmeran" 319, 320, 330-1, 332, 338, 345
El Barzón 62
Elster, Jon 278
Epp, Charles 15-6, 32, 46, 136-7, 143, 156-7, 212, 298, 315, 318

*erga omnes* 50, 102, 118
España 166, 328, 330-1, 335, 336,
estaciones de policía para la mujer (Brasil) 253, 261 , 262, 265, 266
Estado/régimen de derecho 14, 39, 40, 41-7, 48, 49, 52, 53, 56-58, 60, 61, 63, 64, 156
Estados Unidos 15, 16, 121, 127, 128, 164, 166, 210, 268, 279-81, 298, 317, 324, 330
    Corte suprema 134, 280, 285
estructuras internacionales de oportunidades 315, 316, 318, 320-3, 325-8, 343, 344-5
estructuras legales de oportunidades 315-316, 318-319
estructuras nacionales de oportunidades 315, 320-5, 343, 345
estructuras políticas de oportunidades 315-23, 345

-F-

favelas 262
Fedecámaras 176, 177
federalismo 16, 48, 51-3
"firmazo" 188
Fobaproa 54
Fondo Monetario Internacional (FMI) 13, 320, 321
formalismo legal 163, 172
Fox, Vicente 48, 58, 61
Friedman, Laurence 26
Fujimori, Alberto 234-5
Fundación Ford 20

-G-

Garzón, juez 334, 336
Gaviria, César 166, 190
Gelman, Juan 340
general Gallardo 62
general Vásquez, Velasco 182
globalización legal 13
Guatemala 242, 343
Guevara, Otto 83

-H-

*habeas corpus* 28, 74, 213, 355
*habeas data* 198, 213, 355
Hagelin, Dagmar 333

Hietala, Hannah 333
Holland, Kenneth 1 35-6
Human Rights Watch 149, 165
Huanta 237, 238

-I-

instituciones comunitarias de justicia 17, 21, 28, 223-50
*inter partes* 102, 126
IPAZ 228-9, 237-8

-J-

"judicialización en pro de los derechos" 15, 315
"juridificación de las relaciones sociales" 21, 353
jueces de paz 229, 240, 258, 263
juzgados de familia 315

-K-

Keck, Margaret 319
Kelsen, Hans 280
Kirchner, Néstor 336-7, 340

-L-

Latinobarómetro 25
leyes de amnistía 139, 143, 315, 322, 325, 326-8, 330, 332-3, 335-8, 339-42, 344-5
Lusinchi, Jaime 169
Lutz, Ellen 316-7

-M-

Marrero, Evelyn 183
Massera, Emilio 334-5
mediaciones comunitarias 225-46, 253
Menem, Carlos 22, 27, 327, 332, 333-4
México 19, 23, 29, 31 , 37-68
    Acuerdos de San Andrés 61
    amparo de inconstitucionalidad 49, 50, 51, 54
    amparo de legalidad 49, 50

Comisión Nacional de Derechos Humanos 57
Partido de Acción Nacional (PAN) 52, 53, 57, 59
Partido Revolucionario Institucional (PRI) 49, 52, 53, 57, 58, 59
partidos políticos 53, 55, 59, 62
reformas constitucionales de 1994 y 1996 50, 51, 53, 59
suprema corte 39, 47-60, 63-4
transición política 53, 57-63
tribunal federal electoral 52
Minow, Martha 211, 216, 217-8
Miquilena, Luis 164, 165, 173
"modelo espiral" 267, 277
"momento constitucional" 23-4, 72
Mora Mora, Luis Paulino 79
movilización legal 13, 15-6, 17, 18, 20, 24, 25, 28, 31-2, 41, 43, 46, 53, 60-3, 195-205, 318
movimiento anti-globalización 164

-N-

Naciones Unidas 321, 323, 331
Nicaragua 259
NURAJS 226, 237-40, 241-5

-O-

O'Donnell, Guillermo 16, 24, 42, 225
OMC 320, 321
ONGS 13, 18, 20, 26, 28, 61, 110, 166, 230, 237, 240, 266, 320, 321, 323, 326
Operación Cóndor 331, 342
Organización de Estados Americanos (OEA) 166, 190, 257

-P-

Pérez, Carlos Andrés 169
Pérez Perdomo, Rafael 186
Perú 23, 26, 223-250, 259, 264
Código de procedimientos civiles 229
Código penal 232
Comités de Autodefensa 234-5
Comunidades campesinas 227, 232, 235, 238
Comunidades indígenas 228

Comunidades nativas 227, 228, 235
Constitución de 1993 226, 228, 235
"pesificación" 200, 201, 204
Pinochet, Augusto 133, 137, 140, 143, 328, 330-1, 333, 334, 335, 340, 342, 344
Plan Ávila 176
pluralismo legal 226, 241
Porto Alegre 266
Portugal 166
pueblos indígenas 20, 21, 24, 29, 53, 54, 61, 99, 118, 112-3, 114, 125, 144, 147, 154, 225-6, 227-8, 231, 232-3
Puerto Rico 259

-Q-

Quechua 227, 1 1 8, 238, 240, 242
Quinteros, Elena 341

-R-

Relator Especial de Violencia contra la Mujer 256
"rendición de cuentas horizontal" (*horizontal accountability*) 32, 41-2, 47-8, 51, 55, 60, 61, 63, 356
"rendición de cuentas social" 32, 41, 43-4, 56, 61
resolución alternativa de conflictos 225-46, 254, 257
República Dominicana 259
"revolución de los derechos" 15-6, 32, 136, 148, 157, 212, 298
Reyes, Rafael 97
Rincón Urdaneta, Iván 170, 174
Rincón, Lucas 176, 177
Rio de Janeiro 262, 268
Rio Grande do Sul 262
Risse, Thomas 31 9
Rodríguez Saá, Aldolfo 200
rondas campesinas 226, 230-6, 241, 243
Russo, Gerardo 209-10

-S-

Salinas de Gortari, Carlos 57
Santos, Boaventura de Sousa 293
São Paulo 267, 268

Sendero Luminoso 228, 234-5, 237, 238-9
Sistema Interamericano de Derechos Humanos 47, 62, 324, 325-8, 338
Solano Carrera, Luis Fernando 79
Solís Fallas, Otón 75
Solís, Román 88
Sosa, Cecilia 169, 170
Starn, Orin 232, 233-4
Stone Sweet, Alec 322

-T-

Tate y Vallinder 15, 18, 134, 300
Themis 266, 267
TLCAN 57, 58
Tocqueville, Alexis de 121, 305

-U-

Uganda 226
Unapetrol 182
Unión Progresista de Fiscales (España) 330
Uribe, Álvaro 22, 109
Uruguay 259, 315-6, 325-7, 329, 338-42
    Acuerdo del Club Naval 339
    caso Bordaberry 341-2
    caso Juan Carlos Blanco 341
    comisión de paz sobre los desaparecidos 340
    golpe de estado de 1973 72
    Ley de Caducidad de la Prevención Punitiva del Estado 339
    plebiscito de 1989 339

-V-

Vargas, Getulio 295
Venezuela 13, 18-9, 22, 23, 161-92
    Acción Democrática (AD) 163
    antejuicio de mérito 175, 178
    asamblea nacional constituyente 163, 164, 169-70, 178, 183, 187
    Asociación Venezolana de Derecho Administrativo 184
    Bandera Roja 164, 165
    Causa R 165

código orgánico de justicia militar 176, 177
Comisión de emergencia judicial 169–70
Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial 183
Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI) 163
consejo de la judicatura 167, 169, 170, 180
consejo moral republicano 173, 186, 189
consejo nacional electoral 186–90
Constitución Bolivariana 163, 170
constitución de 1961 167, 175–6, 179
constitución de 1999 164, 166, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 184
Coordinadora Democrática 166
corte primera de lo contencioso administrativo 179–84
corte suprema 163–91
CTV 176
Dirección de Servicios de Inteligencia Policial (DISIP) 183–4
Estatuto Anticorrupción 183
Ley Orgánica del Tribunal Supremo 184–6
ministerio público 184
Movimiento al Socialismo (MAS) 164, 165
Movimiento V República (MVR) 164, 165, 173, 185
Partido Comunista 164, 166
Patria Para Todos 164
PDVSA 182
Plan Barrio Adentro 181–2
poder ciudadano 187
sala constitucional 170, 174, 175, 179, 182, 185, 186, 187–8, 189
sala electoral 170, 186, 187, 189
sala federal 180
sala penal 170, 183
sala político administrativa 169, 170
Solidaridad 165
tribunal supremo 1 63–91
Videla, Rafael 333–5
violencia doméstica 20–1, 29, 119, 211, 229, 233–4, 238, 251–74

-Z-

Zapata, Patricio 146–7
Zapatistas 58, 61
Zedillo, Ernesto 50, 55, 57, 58, 59
Zemans, Frances 197

La versión original de este libro, *The Judicialization of Politics in Latin America* (publicada por Palgrave Press, New York, en 2005) fue el resultado de un proyecto organizado por el Instituto para el Estudio de las Américas (Institute for the Study of the Americas, ISA), de la Universidad de Londres.

El Instituto promueve, coordina y provee un enfoque para la investigación y docencia al nivel de pos-grado sobre las Américas –Canadá, los EE. UU., América Latina y el Caribe– en la Universidad de Londres.

ISA se estableció en agosto 2004 como resultado de la fusión del Instituto de Estudios Latinoamericanos (Institute of Latin American Studies) y el Instituto de Estudios de los Estados Unidos (Institute of United States Studies), ambos establecidos en 1965.

El Instituto publica en las disciplinas de historia, estudios políticos, economía, sociología, antropología, geografía y medio ambiente, estudios de desarrollo, cultura y literatura y sobre los países y regiones de América Latina, los EE. UU., Canadá y el Caribe.

ISA ofrece un programa activo de seminarios, conferencias y talleres para facilitar la investigación sobre las Américas en las humanidades y las ciencias sociales en el Reino Unido. También ofrece un programa de estudios de pos-grado interdisciplinarios y con un enfoque en ciertas disciplinas, como estudios políticos o estudios de desarrollo. Detalles sobre las publicaciones, eventos y cursos del Instituto se encuentra en www.americas.sas.ac.uk.

Institute for the Study of the Americas
School of Advanced Study, University of London
31 Tavistock Square, London WC1H 9HA

Tel. 020 7862 8870, Fax 020 7862 8886,
Email americas@sas.ac.uk, Web www.americas.sas.ac.uk

TÍTULOS RECIENTES Y EN PRENSA EN LA SERIE DEL INSTITUTO PARA EL ESTUDIO DE LAS AMÉRICAS (ISA):

*Making Institutions Work in Peru: Democracy, Development and Inequality since 1980*, editado por JOHN CRABTREE

*Right On? Political Change and Continuity in George W. Bush's America*, editado por IWAN MORGAN & PHILIP DAVIES

*Francisco de Miranda: Exile and Enlightenment*, editado por JOHN MAHER

*Caciquismo in Twentieth-Century Mexico*, editado por ALAN KNIGHT & WIL PANSTERS

*Democracy after Pinochet: Politics, parties and elections in Chile*, ALAN ANGELL

*The Struggle for an Enlightened Republic: Buenos Aires and Rivadavia*, KLAUS GALLO

*Mexican Soundings: Essays in Honour of David A. Brading*, editado por SUSAN DEANS-SMITH & ERIC VAN YOUNG

*America's Americans: Population Issues in U. S. Society and Politics*, editado por PHILIP DAVIES & IWAN MORGAN

*Football in the Americas: Fútbol, Futebol, Soccer*, editado por RORY MILLER

*Bolivia: Revolution and the Power of History in the Present. Essays*, JAMES DUNKERLEY

*American Civilization*, CHARLES A. JONES

*Caribbean Literature After Independence: The Case of Earl Lovelace*, editado por BILL SCHWARZ

*Contesting Clio's Craft: New Directions and Debates in Canadian History*, editado por CHRISTOPHER DUMMITT & MICHAEL DAWSON

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2008

Se compuso en caracteres Ehrhard MT Regular y Expert MT
de 11.5 puntos y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos
Bogotá, Colombia

*Post tenebras spero lucem*