

LUCIANA ALVAREZ

Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales

Nuestro trabajo se ocupa de la judicialización de la política en las sociedades democráticas contemporáneas en cuanto fenómeno que podría haber incidido en las formas en que se ejerce la soberanía popular y, más precisamente, en los modos en que es dable pensar los procesos políticos emancipatorios. En este sentido, y a partir de una consideración específica tanto del “pueblo” como de “lo político”, nos interesará problematizar las distintas interpretaciones (visión crítica y visión encantada) en torno de la judicialización de la política. Finalmente, nuestra indagación se pregunta por la posibilidad de explorar la potencialidad político-emancipatoria de las disputas judiciales.

Palabras clave: activismo social; democracia; derecho y política; poder político; soberanía popular.

Palavras-chave: ativismo social; democracia; direito e política; poder político; soberania popular.

Introducción

La relación entre derecho y política constituye siempre un nudo problemático, atravesado por las distintas concepciones de lo jurídico, lo político y lo social. Desde hace alrededor de una década en algunos países tanto centrales como periféricos (Estados Unidos, Israel, India, Canadá, diversos países de Latinoamérica y de Europa), ha comenzado a tematizarse y problematizarse —especialmente por parte de la sociología jurídica— lo que configuraría un fenómeno de juridización de la política. De acuerdo a una literatura variada, la juridización de la política implicaría un *status* y un rol específico y novedoso del derecho respecto a la política, cuya caracterización cabría considerar en diversos órdenes: si el fenómeno constituye una transformación de las formas de la legalidad que involucre a su vez una transformación del principio de legitimidad política; si representa una de las manifestaciones del replanteo o

cuestionamiento del monopolio del Estado en la producción del derecho; o si anuncia una transformación de los modos en que se ejerce el poder político (Commaille y Dumoulin, 2009: 69-70; Commaille, 2010: 72) o el gobierno en sociedades contemporáneas. Por otro lado, y en tanto fenómeno polimorfo y controvertido, la juridización habría dado lugar a dos grandes interpretaciones: una “visión encantada” y una visión fuertemente crítica. De todos modos, y en términos generales, la juridización de la política, especialmente bajo la forma de la “judicialización”¹ de la política, estaría relacionada con el hecho de haber operado un desplazamiento de poder desde instancias ejecutivas y legislativas hacia las judiciales, especialmente en la determinación de políticas públicas y la defensa de derechos humanos o fundamentales. La judicialización estaría caracterizada a su vez por lo que se conoce como “activismo judicial”: la asunción por parte de los jueces, sobre todo aquellos pertenecientes a las cortes supremas de justicia y las cortes internacionales de derechos humanos, de un rol activo en la producción del derecho y en la resolución de conflictos de carácter netamente político, vía una interpretación amplia o novedosa de la constitución, especialmente.² De esta manera, en detrimento de los poderes legislativo y ejecutivo, los judiciales estarían acrecentando su poder en lo que hace a los asuntos de gobierno pasando a ser actores decisivos en el juego político (Commaille y Dumoulin, 2009: 74).³ Ello a su vez repercutiría en las formas en que se ejerce la soberanía popular y, más precisamente, en los modos en que es dable pensar los procesos políticos emancipatorios en las sociedades democráticas contemporáneas, y justamente es este el eje que estructura nuestro trabajo: la tensión soberanía popular/judicialización.⁴ Comenzaré, siguiendo a Commaille y Dumoulin, por una caracterización de las dos interpretaciones en relación a la judicialización de conflictos políticos, la visión crítica y la visión encantada.

¹ “Judicialización es un término utilizado para designar lo que sería la extensión del rol de la Justicia como institución en el tratamiento de los ‘problemas de la sociedad’, entre ellos algunos problemas políticos, para los cuales la Justicia no había sido convocada anteriormente o sobre los cuales ella no preveía intervenir” (Commaille, 2002; traducción de la autora).

² Ello estaría relacionado con el hecho que antes de la creciente intervención judicial numerosos conflictos –laborales, sociales u otros– podían ser resueltos en instancias colectivas con fuerte incidencia de la negociación y la argumentación política. En ese sentido, para el caso de Argentina, Smulovitz sugiere cómo las reformas político-económicas de orientación neoliberal habrían incidido en el acrecentamiento de las instancias judiciales en la resolución de conflictos, de orden laboral o relativas a derechos de los consumidores (Smulovitz, 2011: 175-200).

³ Conviene señalar aquí lo desarrollado por Foucault en *Nacimiento de la biopolítica* (2007: 187-211) en relación al rol fundamental que desempeña la judicialización en el marco de una gubernamentalidad liberal, o neoliberal.

⁴ Ello se relaciona a su vez con la pregunta acerca de la medida en que la judicialización de la política involucra a su vez una transformación del principio de legitimidad política, que anunciamos párrafos arriba.

Luego, a partir de una de las observaciones más difundidas de la perspectiva crítica centrada en el perfil contramayoritario de la instancia judicial, problematizaré la noción de pueblo, soberanía popular y política emancipatoria con la intención de complejizar algunos supuestos de esta perspectiva así como de la visión encantada. Este artículo culmina con una breve referencia conclusiva que recupera los argumentos centrales del trabajo.

1. La judicialización: entre el encanto y la crítica

Desde las perspectivas críticas respecto de la judicialización de la política destacan los argumentos que invocan la dificultad para conciliar el activismo judicial con la democracia en cuanto al carácter no electivo y contramayoritario de la judicatura, junto con la afectación al principio de división de poderes. Desde otra mirada, la preocupación está relacionada con el efecto meramente ilusorio de la efectivización de los derechos fundamentales que los estudios empíricos no avalarían, pues en muchos casos las sentencias no se cumplen, y a ello se sumaría, de acuerdo con esta mirada, el efecto desmovilizador que genera en los movimientos u organizaciones sociales el hecho de trasladar el conflicto a la justicia (Rosenberg, 1991: 427). Por otro lado, la importante vinculación de la judicatura y los sectores dominantes dentro de la sociedad condicionaría ampliamente su actuación en beneficio de las elites políticas y empresariales (Bourdieu, 2000; Sieder *et al.*, 2011: 20), lo que algunos autores han denominado activismo judicial conservador (Niembro, 2013: 4). En esta línea, que constituye un cuestionamiento decidido al activismo judicial, encontramos evidentemente al constitucionalismo popular. Esta corriente que se desarrolló en Estados Unidos dentro del campo del derecho constitucional, a raíz del activismo conservador de la *Corte Rehnquist*, se caracteriza, en términos muy generales, por enfrentarse a la supremacía judicial y la revisión judicial de la constitución en la medida que ello limita injustificadamente la capacidad del pueblo de interpretar y decidir sobre asuntos constitucionales. De acuerdo con el constitucionalismo popular si en una democracia el pueblo se autogobierna y en tal sentido es el artífice de la constitución, de ello se deriva que la autoridad interpretativa de la constitución reside en última instancia en el pueblo (movimientos sociales, líderes y organizaciones políticas, legisladores, entre otros). A la base de su planteamiento reaparece el tema de la relación entre derecho y política y los límites de uno en relación a otro: hasta dónde se trata de lo legal y hasta dónde de lo político, lo que en gran medida permitiría determinar el ámbito relativamente legítimo de actuación de los tribunales en relación al respeto de la soberanía popular.

Uno de los problemas que se le plantea al constitucionalismo popular es aquel del “pueblo” en cuanto sujeto por excelencia de la política, respecto al que,

al menos algunos de los representantes más destacados, han ensayado distintos acercamientos. Kramer cree tanto en la existencia de un pueblo que actúa, o que actuó al menos en diversos momentos de la historia estadounidense, “como un cuerpo colectivo capaz de acción y expresión independientes” (Kramer, 2004: 962), como en la existencia de un pueblo en cuanto multiplicidad de comunidades que coexisten en su interior (*ibidem*: 975) generando posibilidades de interpretación y sentido diversos en relación a las normas que rigen las conductas individuales y sociales. De todos modos, a pesar de la multiplicidad constitutiva, cuando Kramer refiere al pueblo está pensando –también– en ese cuerpo colectivo con capacidad para expresarse como unidad, y que a través de dicha capacidad pretende disputar la autoridad interpretativa de la constitución a los jueces de la corte suprema (Kramer, 2005: 1344). Kramer defiende –por otro lado– aquello que el pueblo, los ciudadanos comunes, no necesariamente son: prejuiciosos, altamente manipulables, incapaces de reflexionar por sí mismos, receptores pasivos de los efectos ideológicos del discurso dominante, emotivos, irracionales (*ibidem*: 1002). Estos atributos configurarían el estereotipo respecto al pueblo y lo popular en relación al cual se ha desarrollado una sensibilidad antipopular por parte de las corporaciones y las elites judiciales, académicas y políticas, que habría permitido –de acuerdo con Richard Parker (1993: 553 ss.)– la identificación del pueblo con el peligro totalitario, y por lo tanto la necesidad consecuente de evitar todo cuanto sea posible la influencia de la opinión del pueblo en las cuestiones políticas de trascendencia. Es por ello que el problema central del constitucionalismo popular es la contradicción entre el ideal democrático de la soberanía popular y el elitismo judicial de adscripción aristocrática.

Tushnet (2006), por su lado, destaca, en relación a los desarrollos de Kramer, que en el marco de la interpretación constitucional la dimensión política juega un papel relevante y refiere a la pregunta por el pueblo: cómo nos hemos constituido y en quiénes hemos devenido en tanto pueblo a través de nuestra historia (*ibidem*: 993). Lo que Tushnet pretende hacer explícito es el hecho que en múltiples controversias constitucionales lo que se encuentra en juego es si una determinada interpretación de la constitución se corresponde con el pueblo –tal como este se ha conformado a través de su particular historia– que la consagrara como organización de su gobierno. La implicación política de una determinada controversia constitucional termina evidenciándose en la manera en que el pueblo se moviliza y se expresa con el fin de dotar de sentido a esta identidad construida históricamente (*ibidem*: 994). De acuerdo con Tushnet, lo que dota de sentido en cuanto “popular” y permite caracterizar como políticas a las diversas expresiones en el seno de una comunidad es su tendencia a actualizar, a través de un

determinado criterio interpretativo, aquello que el pueblo (en el caso que refiere Tushnet el pueblo norteamericano) es –o ha llegado a ser– históricamente. A partir de aquí la supremacía judicial resulta injustificable en la medida que sólo puede ser superior aquella interpretación –que independientemente del agente que la proponga– tenga el mérito de poner en acto lo que los norteamericanos (para el caso de Tushnet) como pueblo son. En este sentido no podría predicarse a priori qué órgano de gobierno desarrolla de una mejor manera esta capacidad. La argumentación de Tushnet nos permite sugerir que lo que podría considerarse una interpretación popular de la constitución, o el carácter popular de la interpretación de la constitución, estaría dado por el contenido y no por el agente que la emite. Lo popular se manifestaría como la actualización de lo que –a lo largo de su propia historia, con todas las contradicciones que un proceso de esta naturaleza encierra– el pueblo norteamericano ha devenido; lo constitucional de la constitución estaría dado por su dimensión política en cuanto expresa aquello que el pueblo es. Algunas consideraciones de Tushnet permiten problematizar el constitucionalismo popular respecto a cierta identificación que en el seno de dicha corriente algunos autores establecen entre “pueblo” y regla de las mayorías, en el sentido que esta última no permite necesariamente garantizar procesos políticos ni mucho menos político-emancipatorios. Por esta vía puede problematizarse cierta caracterización meramente sociológica, cuantitativa, de la categoría de pueblo como analizamos en el segundo apartado de nuestro trabajo.

De la misma manera, el denominado “activismo dialógico”,⁵ en una línea de reflexión cercana al constitucionalismo popular, funda su argumentación en una noción relativamente cuantitativa del pueblo. Ello en cuanto el carácter dialógico de las decisiones judiciales estaría dado, especialmente, por la apertura de los tribunales hacia la participación de la ciudadanía en general, o de ciertos grupos directa o potencialmente afectados por las decisiones en juego. Esta apertura al diálogo con distintos sectores de la sociedad acercaría, de acuerdo con Gargarella, uno de los exponentes de esta perspectiva, el activismo judicial al constitucionalismo democrático dado el protagonismo de las mayorías en la toma de decisiones. E igualmente, según aprecia Gargarella, permitiría ahuyentar “...los temores y las críticas relacionadas con la ‘imposición’ de soluciones ‘desde arriba’, que a veces se ha asociado con la revisión judicial de constitucionalidad (Tushnet 2008, Waldron 2001)...” (Gargarella, 2013: 3). El activismo dialógico promueve,

⁵ Para una presentación de estos desarrollos puede consultarse el “Dossier: Justicia Dialógica” (2013).

en definitiva, una alternativa al activismo judicial con vistas a sortear el obstáculo “contramayoritario” de la judicatura, a través de la posibilidad de que los ciudadanos o ciertos grupos interesados participen de un diálogo, que nunca deja de ser relativamente ideal, con quienes toman las decisiones, confiando en que ello garantizará mayores niveles de participación democrática. Así, la democracia es entendida en términos de cantidades de personas habilitadas para participar en la toma de decisiones.

Por otro lado, y en lo que podría considerarse una posición opuesta a la perspectiva crítica, y especialmente aquella del constitucionalismo popular, encontramos una “visión encantada” sobre el fenómeno de la judicialización. En este marco destacan los desarrollos de McCann (2004: 506-522; 2006: 17-38) quien sostiene la importancia de la judicialización en la reconfiguración de la relación entre la ley y los ciudadanos, especialmente las minorías o los sectores marginalizados, que han logrado cierto empoderamiento a través de la instrumentalización de la ley. El derecho, en manos de determinados grupos u organizaciones pasaría a desplegar un rol progresivo y no meramente dominante, ello no sólo producto del dinamismo de la organizaciones y movimientos sociales, sino por el carácter estructuralmente ambivalente y contradictorio de lo jurídico (Commaille y Dumoulin, 2009: 101).⁶ McCann asume una concepción interpretativa del derecho para la cual lo relevante no es la norma, los operadores jurídicos, ni las conductas sino cómo el discurso jurídico (discursos y símbolos legales) intersectan, y a su vez expresan, amplias formaciones ideológicas dentro de la sociedad. A partir de esta multidimensionalidad del discurso jurídico los movimientos sociales juegan un rol determinante y constitutivo en relación al derecho, por el hecho que este no sólo nos constituye (como sujetos, como ciudadanos, como propietarios, como padres, etc.) sino que al mismo tiempo es constituido a partir de nuestras propias prácticas (McCann, 2006: 21-22). Desde esta perspectiva el derecho sólo es comprensible en cuanto práctica social y a partir de allí no es posible determinar las consecuencias de una determinada norma. En un sentido similar se encuentra el trabajo de Epp (2013) quien –en relación a la revolución de los derechos en cuanto proceso sostenido y evolutivo que produjo o expandió nuevos derechos y libertades civiles en Estados Unidos a partir de los años sesenta–⁷ destaca la importancia de las organizaciones de defensa de derechos, los abogados y las fuentes de financiamiento en la conformación de una estructura de sostén de la movilización legal con capacidad para

⁶ En este sentido cabe tener en cuenta lo desarrollado por Cárcova en relación a la función paradójica del derecho (Cárcova, 1998).

⁷ Aquí Epp toma como punto de partida el fallo de la Corte Suprema en el caso “Monroe c. Pape” de 1961.

motorizar el activismo judicial en defensa de derechos individuales de carácter progresivo. El autor realiza un estudio de diversos países (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e India) en el que muestra cómo la ampliación de los derechos vía la judicialización de casos paradigmáticos se explica necesariamente a partir de la existencia de una estructura de sostén de la movilización legal sin la cual las causas difícilmente lleguen a los tribunales o, si lo hacen, las sentencias no llegan a cumplirse. De esta manera Epp se propone desplazar del centro del análisis la actuación de la judicatura en tanto sostiene que no hay activismo judicial sin movilización y organización social, lo que a su vez termina explicando también las posibilidades de éxito o fracaso en las transformaciones sociales derivadas de una determinada sentencia.

En Latinoamérica, especialmente luego de la restauración de las democracias, las ampliaciones de derechos sociales a nivel constitucional e internacional y cierta redefinición del rol del Estado, es igualmente observable el hecho que diversas organizaciones y movimientos sociales apelen al discurso jurídico –a distintos niveles: peticionando una reforma legislativa o la efectivización de leyes existentes– para estructurar y legitimar su intervención política. En este marco, en muchas ocasiones se recurre a la justicia como forma de garantizar el ejercicio de determinados derechos –que aun cuando sean planteados de manera individual– extienden sus efectos a nivel colectivo, y ello ha llevado a que uno de los ejes de la judicialización pase por la política de derechos humanos. Esta dinámica presenta mayor relevancia cuando se trata de reivindicaciones de colectivos minoritarios, marginalizados o claramente dominados cuyas demandas carecen del sostén mayoritario en una determinada comunidad (pueblos indígenas, comunidades campesinas, mujeres, grupos vulnerables por razones económicas, sociales, etarias, de género, entre otros). En el caso de Argentina, Catalina Smulovitz (2011: 175-200) analiza cómo diferentes peticiones judiciales –e independientemente del resultado final favorable o no– han permitido estructurar estrategias de resistencia de la población, que vía la judicialización permite legitimar demandas, siendo en el plano simbólico donde la judicialización tendría su mayor efecto. En otro sentido, en relación al derecho a la salud los efectos de la judicialización en Argentina presentan algunas aristas problemáticas respecto de su capacidad para potenciar procesos políticos de redistribución de recursos en base a criterios de justicia social, en la medida en que las peticiones se han centrado en la resolución de situaciones individuales –independientemente de la cantidad acumulada de reclamos– pero que por sí no apuntan a una redefinición estructural del sistema de salud contribuyendo, en cambio, a la fragmentación, desequilibrio, injusta y poco eficiente distribución de recursos. Sin perjuicio de ello,

un caso que podemos considerar paradigmático, en tanto permitió un (des) encuentro problemático entre la ciudadanía mayoritaria y la judicatura, en materia de judicialización de demandas políticas en la región, lo constituye el caso de la llamada “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado” de Uruguay. La Corte Suprema de Uruguay en el año 2009, jurisprudencia luego confirmada por el caso “Gelman” de 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró inconstitucional una ley dictada por el Poder Legislativo de Uruguay en el año 1986 poco tiempo después del retorno de la democracia, por la que quedaban sin investigarse ni juzgarse los crímenes cometidos durante la dictadura. Lo significativo es que la “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado” quedó en dos oportunidades confirmada por la voluntad mayoritaria de la ciudadanía uruguaya en los años 1989 y 2009. Con posterioridad a la disputa judicial surgida de un caso individual, la petición de una persona por la investigación de la muerte de su hermana en el año 1974, derivó en la modificación de dicha ley por el Parlamento en el año 2011 a fin de adecuar el derecho interno del Uruguay a los compromisos internacionales que este país había asumido en materia de derechos humanos, habilitando la investigación de los crímenes cometidos por militares durante la dictadura. Sin desconocer ni despreciar la complejidad que entraña el proceso uruguayo en torno de la “Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado”,⁸ resulta ilustrativo en este caso cómo las decisiones que toma la mayoría no necesariamente, ni en todos los casos, coincide con decisiones que podrían considerarse, desde distintas perspectivas, decisiones populares.⁹ Este caso, en cierto sentido, pone en evidencia algunos problemas derivados de la identificación de la soberanía popular con la voluntad mayoritaria y la política emancipatoria.

En el apartado siguiente, retomaremos algunos ejes del fenómeno de la judicialización de la política y las reflexiones teóricas que ha convocado, que hemos advertido problemáticos; especialmente nos centraremos en la identificación del pueblo con una voluntad mayoritaria y avanzaremos en el desarrollo de otras perspectivas teóricas que habilitan otras vías de reflexión en torno del pueblo y sus formas de actualización en prácticas jurídico-políticas.

⁸ Para un análisis de las complejidades de este proceso puede verse: Marchesi (2013).

⁹ Esta afirmación entraña, evidentemente, una consideración de lo popular que no se identifica, o al menos no necesariamente, con las decisiones o voluntades de la mayoría. Como explicitaremos más adelante, consideramos lo popular en tanto actualización del pueblo en la medida en que el pueblo es concebido como un operador de la política, capaz de desarrancar los cuerpos de la función social que se les ha atribuido en el orden policial.

2. Soberanía popular: regla de las mayorías y política emancipatoria

Si asumimos que los gobiernos democráticos se caracterizan por el hecho de que la soberanía es detentada por el pueblo, el soberano en el marco de una democracia es el pueblo. Aquí nos encontramos con el problema que señalamos precedentemente, el problema del pueblo: quién es ese sujeto que ejerce el poder y cómo lo ejerce. Ante este interrogante se han ensayado diversas propuestas, pues a partir de las crisis de la representación política y del vaciamiento de las formas de participación política, se ha actualizado la inquietud respecto a la identificación del pueblo en tanto sujeto político. Una noción de pueblo que podríamos considerar clásica sería aquella que lo comprende en tanto componente o elemento del Estado, en el marco de las teorías políticas de legitimación del poder político. En el marco del desarrollo de las diferentes perspectivas y teorías que se propusieron pensar la legitimidad del poder político, principalmente a partir del siglo xv, el “pueblo” aparece como un elemento clave que dará sentido y justificará la existencia de un gobierno: no podría existir un Estado sin la existencia de un pueblo¹⁰ al que organizar y administrar. Tal como lo ha desarrollado Foucault (2000, 2006, 2007), el ejercicio del poder político a partir de finales del siglo xvi y principios del siglo xvii se encontrará estructurado y legitimado por la noción de soberanía, según la cual para el gobernante no existen otros límites que aquellos fijados por el pueblo a través de las leyes.¹¹ Posteriormente, a esta concepción del poder político vendrá a sumársele, a partir del siglo xviii, aquella de la “gubernamentalidad” (Foucault, 2006: 403)¹² de acuerdo con la cual será necesario que el gobierno respete los procesos naturales intrínsecos a la economía y especialmente a la población. Es decir,

¹⁰ Del mismo modo el territorio será un elemento fundamental del Estado, pero si bien existen y han existido pueblos que carecen de territorio (no sólo el remanido caso del pueblo judío, sino el caso de muchos pueblos indígenas que reclaman autonomía y autodeterminación en relación a las tierras que ocupan), ello no es posible en relación a un territorio que no podría –evidentemente– reivindicar un pueblo para sí. De todos modos, en Argentina, tuvimos la tristeza de lidiar a fines del siglo xix con la “necesidad de poblar el territorio”: oficialmente se emprendió una campaña militar contra los pueblos indígenas que derivó en la aniquilación de la mayoría y desposesión de los sobrevivientes, y así las élites encargadas de la modernización del Estado Argentino se “encontraron” con un vasto territorio que requería ser poblado.

¹¹ “Desde la Edad Media, la teoría del derecho tiene como papel esencial fijar la legitimidad del poder: el problema fundamental, central, alrededor del cual se organiza toda esa teoría es el problema de la soberanía [...] el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de soberanía y, por la otra, la obligación legal de obediencia...” (Foucault, 2000: 33).

¹² Asimismo, Foucault ha definido a la gubernamentalidad como el conjunto constituido por las instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que permiten ejercer esta forma de poder que tiene por objetivo la población, por forma mayor la economía política y los dispositivos de seguridad como instrumento técnico esencial.

que para el Estado será menester enmarcar los fenómenos naturales de tal manera que no se desvíen o que una intervención torpe, arbitraria, ciega los haga desviar y, por ello, no se trata ya del derecho como límite externo, sino de la necesidad de conocer científicamente regularidades naturales: sobre todo aquellas que determinan a la especie humana¹³ en la medida que ellas determinarán la conformación de un determinado tipo de pueblo. En relación a esta última racionalidad política Foucault comenzará a hablar de biopolítica como la incorporación de la vida y la especie humana a las estrategias propias del poder político. Desde la perspectiva foucaultiana, que puede comprenderse como un marco desde el cual releer el devenir de las teorías modernas y contemporáneas que se han desarrollado para legitimar el poder político, el pueblo en tanto cuerpo político aparece evidentemente como el eje de la constitución del Estado y del ejercicio del gobierno desde fines del siglo XVI,¹⁴ y ello en la medida en que permite hacer del ejercicio del poder un ejercicio legítimo. Así, Foucault nos permitirá observar cómo el ejercicio del poder político estará legitimado a partir del siglo XVII por el respeto de ciertos límites que el derecho hará efectivos a través de los derechos individuales en tanto democratización de los derechos de soberanía: la soberanía popular no sería otra cosa –desde esta perspectiva– que la contracara que limita y habilita la figura del monarca o el gobernante (Foucault, 2000: 44). El pueblo, desde esta perspectiva, será además aquello que en el marco de la racionalidad biopolítica resulta medible y predecible, y aquello que será necesario predecir y medir a fin de no desviarlo de su naturaleza, y a ello se acompaña la conformación de diversas disciplinas sociales desde una matriz preponderantemente positivista (estadística, economía, demografía, geografía, sociología, urbanismo, entre otras). Hemos referido los desarrollos de Foucault en la medida que ellos nos permiten caracterizar una concepción relativamente cuantificable de pueblo, que entendemos se encuentra a la base de las teorías que promueven cierta identificación necesaria del pueblo con la regla de la mayoría. Además, entendemos que siendo Foucault uno de los pensadores más relevantes en torno de la problemática del ejercicio del poder en las sociedades contemporáneas, sus aportes resultan significativos a la hora de analizar las modulaciones del ejercicio del poder político, conforme señalamos al comienzo del artículo.

¹³ Aquellas regularidades relativas a los flujos de crecimiento y decrecimiento poblacional, la natalidad, la mortalidad, las enfermedades, los procesos migratorios, etcétera.

¹⁴ De ninguna manera creemos que los trabajos de Foucault se incluyen dentro de una perspectiva clásica de la noción de pueblo, simplemente hemos entendido relevante referir sus desarrollos en cuanto en ellos puede observarse con claridad cómo la noción de pueblo ha estado ligada a los procesos de legitimación del ejercicio del poder político que Foucault ha pretendido hacer explícitos.

Otro de los pensadores contemporáneos que, desde una perspectiva crítica, ha problematizado las nociones de democracia y pueblo es el filósofo Jacques Rancière, quien propone una noción de pueblo como operador de lo político, es decir no ya en su dimensión sociológica, demográfica, medible ni predecible, sino por el contrario como categoría que permite subjetivar en algún sentido procesos de emancipación. Nos referimos a “lo político” en el sentido que lo hace una parte significativa de la filosofía europea contemporánea, especialmente francesa, que ha entendido relevante la distinción entre “la política” y “lo político” (*la politique et le politique*). Este desdoblamiento interno de la política implica la distinción entre, por un lado, el dominio de lo fáctico que comprende las múltiples y contingentes formas de administración y gestión de lo común, los bienes e intereses de una comunidad dada; y por otro lado, lo propiamente “político” como aquello que excede constitutivamente a la domesticación o gobernabilidad, es decir aquello radicalmente antagónico, desde donde podrían habilitarse procesos emancipatorios. En desarrollos recientes de Oliver Marchart (2009)¹⁵ desplegados bajo la premisa de la existencia de una diferencia política, el autor sostiene que lo ontológico no se encuentra constituido por un fundamento estable y es por ello que no podemos acceder de manera directa a él. La noción de diferencia política conduciría –desde esta perspectiva– a sostener una imposibilidad de clausura, de identificación o identidad de la sociedad consigo misma, dada la escisión, o distancia infranqueable entre los dominios de lo óntico y lo ontológico (*ibidem*: 19).

Esta distinción se corresponde con la consideración del pueblo –o lo popular– como aquello cuya invocación permite tanto legitimar como denunciar el orden jurídico instituido. Aquello que evidencia la existencia de una tensión constitutiva en las formaciones sociales contemporáneas entre legalidad/legitimidad, regulación/emancipación, constitución/ revolución. El pueblo resulta, en este sentido y en algún punto, no identificable en términos sociológicos ni materiales, sino el nombre o el modo de designar esta diferencia y esta tensión entre lo instituido y su legitimidad, nombre que será invocado en distintos momentos históricos para designar la operación de lo político. Junto con Rancière nos hallamos tentados de expresarlo en estos términos: lo popular se manifiesta a través del pueblo, que no se identifica a partir de constituir una mayoría, sino por hacer operar la política, esto es desordenar la identidades fijadas en el orden policial (nosotros podemos

¹⁵ Los trabajos de Marchart se encuentran profundamente marcados por la obra de Heidegger, especialmente en relación a la tematización de lo ontológico y lo óntico.

decir: orden biopolítico); desarrancar un cuerpo, los cuerpos, de un lugar, del lugar asignado en el orden social (Rancière: 2007a). De acuerdo con el filósofo francés la política –opuesta a la policía– es la propuesta de un litigio, de una ruptura, del orden social dado y sus intuiciones, planteada por aquellos que en ese mismo acto litigioso se subjetivan, y en tanto dicha ruptura implique una reconfiguración de lo instituido. Por ello, un sujeto político no es un grupo predeterminado que toma conciencia de sí mismo, sino un operador que desordena las identidades fijadas en el orden policial, que nombra lo innombrable, que visibiliza lo invisible (*ibidem*: 58). Resulta relevante destacar la utilización de Rancière del término jurídico “litigio” en tanto práctica propiamente política, no policial. El término litigio es un término jurídico que alude a una confrontación de intereses en un marco de regulación estatal, al cual Rancière desplaza para instalarlo en el ámbito, casi podríamos decir opuesto, de la política. Desde esta ambivalencia del término litigio nos preguntamos si es posible una entrada en la exploración de la potencialidad político-emancipatoria de las disputas judiciales. La noción de “silogismo emancipatorio”, es concebida por Rancière como proceso discursivo por el cual se verifica la igualdad (Rancière, 2007b: 70) en el que la premisa mayor se refiere a lo que la ley dice, la premisa menor a lo que se dice o se hace en otro lugar contradiciendo la afirmación jurídico-política. La cuestión radica en el modo en que interpretamos la relación entre ambas premisas: como desmitificación de la afirmación jurídico-política denunciado el carácter ilusorio de la ley o, tal como él mismo propone,¹⁶ como creación de un espacio polémico que permita a partir de allí fundar una práctica emancipatoria. La frase igualitaria, de acuerdo con el pensador, no es una pura nada, sino que como toda frase posee el poder que se confiere: a partir de allí asignarse como tarea el verificar la igualdad que está escrita puede ser el comienzo de una práctica de emancipación. Es decir, si no se hace o dice la igualdad, puede lucharse para que lo que se dice o se hace se adecue a la igualdad cuya inscripción en la ley comienza a disputarse. En este proceso silogístico, deben tenerse en cuenta dos relaciones, la relación de dominación que organiza un cierto social como determinada distribución de los roles, cuerpos y funciones, lo social en tanto “policía”; y la relación –podríamos decir– interna a la ley, la igualdad inscrita en ella que permite crear otro social, un social de la igualdad, que a su vez habilita una dinámica de desplazamiento de la desigualdad, por la igualdad

¹⁶ Esta idea no es una propuesta teórica de Rancière, sino que él sostiene que este es el modo en que obreros franceses del siglo XIX han organizado discursivamente sus luchas, sus prácticas de emancipación.

inscrita en la ley (Rancière, 2007a: 72). Es por esto que no hay –de acuerdo a Rancière– actos o prácticas políticas por sí mismas, un mismo acto tendría potencialidad para configurar una práctica policial tanto como una práctica política, su estatuto depende de la capacidad para reconfigurar las divisiones de lo sensible, haciendo del mero ruido una palabra. Esto en relación a las perspectivas críticas de la judicialización de la política podría interpretarse de la siguiente manera: la politicidad en términos emancipatorios de una determinada decisión no se encuentra, al menos necesariamente, en el órgano de poder o el sujeto (partidos políticos, movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, protestas ciudadanas espontáneas, etc.) que la emite, sino en su capacidad de funcionar como operador de lo político.

Conclusiones

En la introducción del presente artículo nos comprometimos a trabajar en función del eje soberanía popular y judicialización que estructuraría nuestro trabajo. Así, luego de caracterizar las dos grandes visiones o interpretaciones en materia de judicialización de conflictos políticos, nos adentramos en la caracterización del pueblo o lo popular en tanto estas constituyen nociones centrales en los cuestionamientos formulados –sobre todo por el constitucionalismo popular y el activismo dialógico– a la judicialización y el activismo judicial, especialmente, por el carácter contramayoritario de la judicatura.

Al problematizar la noción de soberanía popular, y específicamente aquella de pueblo en tanto sujeto que ejerce el poder en la democracia como forma de gobierno, advertimos que el significante “pueblo” anuda una serie de semantizaciones no homogéneas, a veces contradictorias o en tensión, conforme lo señalamos a través de referencias breves a desarrollos de Kramer, Tushnet, Gargarella, McCann, Epp, Foucault, Rancière, entre otros. Introdujimos la perspectiva de la biopolítica en cuanto ella permitiría comprender cómo se configuró históricamente una noción cuantificable de pueblo, en tanto cuerpo u organismo que puede medirse, ordenarse, en el cual pueden distribuirse funciones, roles, lugares en virtud de ciertas regularidades que le son atribuibles. En tensión con esta concepción de pueblo, concepción tradicional en la teoría jurídico-política moderna, presentamos aquella de Rancière para quien el pueblo en cuanto sujeto político nada tiene que ver con su dimensión sociológica sino que constituye un operador de la política capaz de desordenar la asignación naturalizada de cuerpos y funciones, que atraviesa y desordena el orden la dominación. De acuerdo con Rancière, sólo en esta dimensión es dable hablar de pueblo en cuanto sujeto político en el marco de una democracia.

A partir de aquí y de esta forma determinada de concebir lo político y lo popular, la caracterización de las distintas interpretaciones respecto de la

judicialización queda necesariamente cuestionada. Respecto de la perspectiva crítica nada indica que determinadas decisiones judiciales no contribuyan de manera decisiva a catalizar procesos propiamente políticos o político emancipatorios. De la misma manera, frente a la perspectiva encantada cabe señalar que nada indica que en todos los procesos de reivindicación de derechos (legislativa o judicial) llevados adelante por diversos colectivos se encuentre en juego el pueblo en cuanto operador de lo político. Muy por el contrario, lo que la caracterización de Rancière en torno del pueblo nos indica es que el carácter político de las acciones y las prácticas no se encuentra en sí mismas. Un mismo acto tendría potencialidad para configurar una práctica policial tanto como una práctica política, su estatuto depende de la capacidad para reconfigurar las divisiones de lo sensible, haciendo del mero ruido una palabra. Así, los desarrollos de Rancière en torno al pueblo y lo propiamente político operan por sí mismos un desplazamiento del eje del debate en torno de la legitimidad de las instancias judiciales en relación a causas que se consideran políticas: el pensamiento de Rancière permite abrir otras vías de indagación de lo político que no son reductibles a un esquema institucional.

Revisión de Silvia Rodríguez Maeso

Referencias bibliográficas

- Bourdieu, Pierre (2000), *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Ed. Desclée de Broker.
- Cárcova, Carlos María (1998), *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- Commaille, Jacques (2002), “La judiciarisation. Une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique?”. Consultado el 05.10.2012, en <http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/congreslille/cong2002crat18.pdf>.
- Commaille, Jacques (2010), “¿Es la justicia la nueva ‘razón’ política universal?”, *Pensamiento Jurídico*, 27, 69-80. Traducción de Mauricio García Villegas y Andrés Abel Rodríguez.
- Commaille, Jacques; Dumoulin, Laurence (2009), “Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la ‘judiciarisation’”, *L’Année sociologique*, 59(1), 63-107.
- “Dossier: Justicia Dialógica” (2013), *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2), Buenos Aires, diciembre de 2013. Última consulta el 01.03.2015, en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858.
- Epp, Charles (2013), *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, Michel (2000), *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Foucault, Michel (2006), *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France: 1977-1978*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel (2007), *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France: 1978-1979*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gargarella, Roberto (2013), “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2), Buenos Aires, diciembre de 2013. Consultado el 01.03.2015, en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858.
- Kramer, Larry (2004), “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, 92(4), 959-1011.
- Kramer, Larry (2005), “Undercover Anti-populism”, *Fordham Law Review*, 73(4), 1343-1359.
- Marchart, Olivier (2009), *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Marchesi, Aldo (org.) (2013), *Ley de caducidad: un tema inconcluso. Momentos, actores y argumentos (1986-2013)*. Montevideo: Universidad de la República.
- McCann, Michael (2004), “Law and Social Movements”, in Austin Sarat (comp.), *The Blackwell Companion to Law and Society*. Malden (Mass.)/Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 506-522.
- McCann, Michael (2006) “Law and Social Movements. Contemporary Perspectives”, *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 17-38.
- Niembro Ortega, Roberto (2013) “¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad”, in Alterio Micaela y Roberto Niembro Ortega (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. México: Purrúa.
- Parker, Richard D. (1993), “‘Here, the People Rule’: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, 27(3), 531-584.
- Rancière, Jacques (2007a), *El desacuerdo. Política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Rancière, Jacques (2007b), *Los bordes de lo político*. Buenos Aires: Ediciones La Cebra.
- Rosenberg, Gerald (1991), *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: Chicago University Press.
- Sieder, Rachel; Schjolden, Line; Angell, Alan (comps.) (2011), *La judicialización de la política en América Latina*. Colombia: Universidad del Externado de Colombia, Publicaciones de la Chata.
- Smulovitz, Catalina (2011), “Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina”, in Rachel Sieder; Line Schjolden; Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*. Colombia: Universidad del Externado de Colombia, Publicaciones de la Chata, 175-199.
- Tushnet, Mark (2006), “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago-Kent Law Review*, 81, 991-1006.

Recibido: 06.06.2014

Aceptación comunicada: 06.07.2015

Luciana Alvarez

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

Universidad Nacional de Cuyo, Centro Universitario s/n, Ciudad de Mendoza, Mendoza, CP

M5502JMA, Argentina

Contacto: lalvarezbauza@gmail.com

***Judicialization of Politics and
Popular Sovereignty:
On the Political Status of Judicial
Resolutions***

The subject of this paper is the judicialization of politics in democratic contemporary societies, which is a phenomenon that could have a certain relevance regarding the way popular sovereignty is exercised. Furthermore, it could affect the ways that social practices of emancipation might be regarded. In this respect, and starting out with a very specific consideration of the notion of “people” and “the political”, my intention is to analyze the different interpretations (critical and enthusiastic perspectives) about the judicialization of politics. Finally, I ask about the possibility of exploring the political-emancipatory potential of judicial disputes.

Keywords: democracy; law and politics; political power; popular sovereignty; social activism.

***Judiciarisation de la politique
et souveraineté populaire:
sur le statut politique des résolutions
judiciaires***

Cet article se penche sur la judiciarisation de la politique dans les sociétés démocratiques contemporaines en tant que phénomène qui pourrait avoir affecté les formes d'exercer la souveraineté populaire et, plus précisément, les façons de penser les processus politiques émancipatoires. En ce sens, et à partir d'une conception spécifique tant du “peuple” comme du “politique”, nous nous intéressons à problématiser les différentes interprétations (vision critique et vision enchantée) à propos de la judiciarisation de la politique. Finalement, notre étude s'interroge sur la possibilité d'explorer la potentialité politico-émancipatoire des disputes judiciaires.

Mots-clés: activisme social; démocratie; droit et politique; pouvoir politique; souveraineté populaire.