

Jacques Commaille*

¿Es la justicia la nueva “razón” política universal? **

(Traducción de Mauricio García Villegas y Andrés Abel Rodríguez***)

Fecha de Recepción: Mayo 10 de 2010

Fecha de Aceptación: Mayo 15 de 2010

RESUMEN

El artículo estudia diversas vertientes del fenómeno de la *judicialización* de la esfera política, así como algunas manifestaciones de los vínculos entre justicia y globalización, argumentando que las cuestiones del derecho y la justicia no pueden disociarse de las transformaciones de lo político. Advierte además la necesidad de definir si estos procesos corresponden a la búsqueda de nuevos principios universales, en un contexto de supranacionalización de la justicia. Finaliza planteando la preocupación de estudiar las posibles relaciones de fuerza entre justicia y poder político.

Palabras claves: derecho y política, ciencias sociales del derecho, judicialización de lo político, acción colectiva, globalización, justicia supranacional.

ABSTRACT

This article studies the diverse aspects of the phenomenon of legalization in the political sphere, as well as some examples of the ties between justice and globalization. It argues that questions surrounding law and justice cannot be disassociated from political transformations, and it suggests the need to define whether these processes seek new universal principles within the context of the transnationalization of justice. To conclude, the article discusses a concern for analyzing possible relations of force between justice and political power.

Key-words: law and politics, social science of law, legalization of the political, collective action, globalization, transnational justice

* Jacques Commaille es profesor en la Escuela Normal Superior de Cachan (Francia) e investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Políticas (ENS Cachan - Universidad de Paris Oeste Nanterre La Défense - Centro Nacional de la Investigación Científica (CNRS), Francia). Es autor de numerosas publicaciones sobre el derecho y la justicia, entre las más recientes: *La fonction politique de la justice* (dirección con Martine Kaluszynski), París, La Découverte, 2007; *Pour une sociologie politique du droit*, coordinación de los números 1 y 2 (2009) de *l'Année Sociologique* y redacción de dos artículos: "Pour une sociologie politique du droit: présentation" (con Patric Duran); "Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la 'judiciarisation'" (con Laurence Dumoulin); "De l'Etat-Juriste" à "l'Etat-Manager". La réforme de la carte judiciaire française de 2008: un nouveau modèle d'action publique sans droit?", en *Du concept à l'analyse. Mélanges en hommage à François Chazel*, textos editados por Charles Henry Cuin y Patrice Duran, París, Presses de la Sorbonne, 2010; "A New Economy of Legality and the Process of Legitimization in Contemporary Societies", en Laurence Roulleau-Berger (ed.), *European and Chinese Sociology face-to-face*, Nueva York, Londres, Routledge (próximo a publicarse).

** Conferencia inaugural Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá), presentada el 7 de mayo de 2010.

*** Profesores de la Universidad Nacional de Colombia.

El análisis que quisiera proponer a continuación se fundamenta en una convicción: las condiciones del ejercicio del derecho y de la justicia en nuestras sociedades han cambiado al mismo tiempo que el estatus del derecho y de la justicia en relación con la política. Me propongo desarrollar esta tesis centrándome particularmente en la justicia, en la medida en que las mutaciones que experimenta a nivel internacional, en especial en el contexto de la globalización, revelan toda la importancia de la dimensión política de las cuestiones del derecho y la justicia.

Tomar en consideración la dimensión política de las cuestiones del derecho y la justicia exige en primer término establecer una perspectiva de investigación opuesta a la visión tradicional que en ocasiones el mundo jurídico se impone a sí mismo, y esto sin atender lo dicho por el filósofo del derecho Paul Amselek cuando nos recuerda oportunamente que “el derecho no puede ser concebido independientemente del ejercicio del poder público y de todo el contexto específico de actos y de relaciones sociales de autoridad en el cual está inserto y que le otorgan su verdadero relieve” (Amselek, 1989). Por ende, es importante tener en cuenta el carácter típicamente autóctono (*indigène*), interno a la esfera jurídica, de varios de los análisis que se ocupan del derecho, de la justicia y de sus vínculos con la política. Esta es la razón por la cual un autor como Martin Shapiro propone la idea de una “*political jurisprudence*”¹, pues considera que esta noción, así como la postura que implica, representa a la vez la prolongación y una forma de superación tanto de ciertos elementos internos a la producción de conocimiento sobre el derecho, como de la *sociological jurisprudence* o el *realismo judicial*. De acuerdo con Shapiro y Sweet, el recurso a los conocimientos fundamentales de la ciencia política alimenta y afianza esta postura (Shapiro y Sweet, 2002, p. 19). Así, en la literatura norteamericana, el juez es una figura política central del ámbito jurídico y las jurisdicciones son efectivamente reconocidas como “instituciones políticas” (Smith, 1997). Aquí resulta banal considerar que los asuntos de la justicia son percibidos como asuntos políticos, que la relación entre lo judicial y lo político es particularmente fuerte (Jacob, et al., 1996). Los tribunales no son “instituciones legales y formales influidas por un ambiente político, sino que son parte integral de la política de los Estados y de la política nacional (Glick, 1983, p. X). En este contexto, el estatus de los jueces locales está habitualmente asociado al destino de la comunidad (Auerbach, 1983). El juez está “conectado con la sociedad” (Smith, 1997) o, aún más, con la realización de una “*popular democracy*” (Champagne y Haydel, 1993), dado que en general la función de la justicia es un “elemento central del proyecto democrático” (Cannon y O’Brien, 1985). Estos análisis ponen de presente entonces que esta dimensión política de la justicia no sólo es válida para la Corte Suprema o las cortes superiores. Igualmente concierne a los tribunales locales, respecto de los cuales se parte del importante papel que juegan en el proceso de producción de las políticas de los gobiernos locales (Shapiro y Stone Sweet, 2002, p. 36). Por lo tanto,

¹ Esta y las demás expresiones que aparecen en inglés en el original, se mantienen de igual forma en esta traducción (*N. de los T.*).

es evidente que el estudio, tanto de la justicia como del derecho, es del dominio de la ciencia política, y en general de las ciencias sociales (sobre este aspecto de la literatura norteamericana acerca de la justicia, véase: Commaille, 2000).

Martin Shapiro plantea como objeto de investigación la constante afirmación que hacen los juristas de su independencia, de su neutralidad, de su apolitismo. Considera que la evocación de estos atributos no es más que un medio destinado a reforzar su legitimidad frente a lo político. En este sentido, se trata de romper con lo que sería la tendencia de los juristas de reivindicar su monopolio en el trabajo de observación e interpretación del derecho y la justicia. Esta ruptura es sin duda algo difícil de poner en marcha, sobre todo si se tiene en cuenta que los juristas tienen una propensión muy particular a servirse de la confusión de registros entre la práctica profesional, el trabajo de conocimiento, la búsqueda de intereses y la defensa de valores. Nada lo demuestra mejor que su capacidad para insertarse en comunidades epistémicas y para tomar ventaja en espacios intermedios entre el intercambio de conocimientos, la experticia y la contribución al ejercicio del poder (Shapiro y Stone Sweet, 2002). Esto explica que los juristas puedan ser considerados como una “*policy community*” que actúa sobre las otras comunidades políticas, especialmente a través de su actividad doctrinal, la cual es un instrumento sofisticado de ejercicio de un poder de influencia sobre la política (Shapiro y Stone, 1994). Se entiende entonces que pueda considerarse que “los profesores de derecho constitucional han hecho más que cualquier otro grupo perteneciente a las élites de la sociedad europea para favorecer y legitimar el desarrollo de la *constitutional review* y, por esta vía, contribuir a la promoción de la idea de judicialización (*judicialisation*)” (Shapiro y Stone Sweet, 2002, p. 415).

Detrás del fenómeno de la judicialización, sobre el cual voy a volver, puede destacarse el papel de los actores juristas, lo que hace aún más imperiosa la autonomía de la óptica de ciencias sociales respecto del objeto derecho-justicia. En este orden de ideas, los *lawyers scholars* son también *lawyers* y la constitución de una ciencia social autónoma del derecho y de la justicia es tan importante que “el derecho debe ser comprendido no como un fenómeno social específico, sino como parte integrante del sistema social” y, yo añadiría, del sistema político (Shapiro y Stone Sweet, 2002, p. 19). La práctica del derecho es en primer término una conducta humana antes de ser de derecho y, por ende, exige ser estudiada por investigadores de las ciencias sociales y no por los juristas. Para Lee Epstein y Jack Knight, sólo cuando se respetó esta exigencia los trabajos sobre los tribunales y los jueces en Estados Unidos pasaron de ser simples análisis doctrinales y se convirtieron en verdaderos trabajos de investigación en los que la teoría “guía la investigación empírica” (Epstein y Knight, 2004, p. 174).

Solamente a partir de esta perspectiva de investigación, que podemos denominar indistintamente *ciencia política del derecho y de la justicia*, como lo sugieren los autores que acabo de citar, *sociología política del derecho y de la justicia* –bajo este título es que inscribo mis propios trabajos– o incluso *ciencias sociales de lo jurídico y de lo judicial*, es que me es posible considerar que el derecho y su realización en el marco del ejercicio de la administración de justicia se ven durablemente afectados por las mutaciones del poder político. Esto lo ilustra particularmente la cuestión de los territorios de ejercicio del derecho y de la función judicial, a la cual consagraré lo esencial de mi análisis. En efecto, tradicionalmente el ejercicio del derecho y la justicia se efectuaba en territorios considerados como los del poder público, es decir,

en el marco del territorio del Estado-nación y del ejercicio de los poderes inherentes (*pouvoirs régaliens*) a este último (Commaille, 2000). Esta visión correspondía a la concepción de Max Weber que asociaba el ejercicio de la dominación legítima (cuyos instrumentos principales son el derecho y la justicia) a un territorio dado, en este caso el territorio del Estado (Weber, 1971). Con todo, actualmente no puede concebirse el orden jurídico estatal como una figura única; dicho orden se encuentra hoy en medio de un desarrollo concomitante de órdenes infra-estatales y de órdenes supra-estatales que en ocasiones tienden a imponerse a aquel. La extensión del sistema político a nuevos actores supra-nacionales (de los cuales Europa es un ejemplo entre varios otros), de una parte, y a colectividades territoriales locales infra-estatales, por la otra, marca de manera irremediable el final de una concepción de lo político que se identifica solamente con el Estado. Ha finalizado entonces este estrecho, cuando no exclusivo vínculo entre el derecho y el Estado y es significativo que se haya podido relacionar “crisis del Estado” y “crisis del derecho”.

En cualquier caso considero que este contexto de perturbación, que merece ser presentado de manera más profunda, justifica nuevos desplazamientos del conocimiento del derecho y de la justicia que le quiten al derecho el monopolio de decir la verdad sobre sí mismo. En esta perspectiva, el derecho y la justicia aparecen como si estuvieran en un sistema de fuertes interacciones con lo social y lo político, al mismo tiempo productos de lo social y lo político y produciendo lo político. Por consiguiente, lo que nosotros proponemos es un cambio de perspectiva sobre el derecho y la justicia asociado a una mutación histórica de las relaciones entre regulación jurídica y regulación política. Y es de esta mutación de la que quisiera ocuparme aquí, en particular interesándome sucesivamente en el fenómeno llamado “judicialización de lo político” y en el fenómeno llamado “judicialización de la política en un contexto de globalización”, en la medida en que es aquí donde se puede ver una de las manifestaciones más fuertes de lo político en relación con la cuestión del derecho y la justicia.

1. ¿ES LA JUSTICIA LA NUEVA “RAZÓN” POLÍTICA? EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LO POLÍTICO

La considerable literatura consagrada a la judicialización atestigua, desde mi punto de vista, cambios, o al menos la expresión de una voluntad de cambio, en el régimen de la legalidad, y transformaciones, reales o deseadas, de las relaciones entre legalidad y poder político. De hecho, el desarrollo de la literatura sobre la judicialización plantea tres tipos de preguntas: este desarrollo, 1) ¿hace parte de una evolución de las formas de la legalidad, el cual implica una transformación del principio de legitimidad de la dominación política?; 2) ¿representa una de las manifestaciones de la puesta en duda del monopolio del Estado moderno para producir el derecho?; 3) ¿anuncia una transformación de los modos de gobierno?

La judicialización hace referencia esencialmente a un “desplazamiento de gran envergadura del poder, que se observa a nivel internacional, del Ejecutivo y del Legislativo hacia el Judicial y otras instituciones jurídicas” (Ferejohn, 2002). El uso de los términos “*jurocracy*” (Horowitz, 1977), “*juristocracy*” (Hirschl, 2004) o “*courtocracy*” (Scheppele, 2002) reenvía a esta misma acepción: la de un sistema político en el que los profesionales de la justicia se convierten en los actores dominantes del juego

político; en el que “el poder de decidir se desplaza hacia los tribunales” (Fournier y Woehrling, 2000, p. 4). Este fenómeno de judicialización de lo político se manifiesta especialmente en dos ámbitos: en las políticas públicas y en la defensa de los derechos fundamentales.

El rol creciente de la justicia en el ámbito de las políticas públicas lleva a ciertos autores a hablar de la necesaria promoción de una *judicial policy making*, la cual debe tomar prestadas las técnicas y los procedimientos de trabajo de las agencias gubernamentales. Nada ilustra mejor esta ampliación del papel de lo judicial en el ámbito de las políticas públicas (que se observa en numerosos países, en particular en toda América Latina: Sieder, Schjolden y Angell, 2005) que... el ejemplo de Colombia, tal como lo señala nuestro colega Rodrigo Uprimny Yepes, quien destaca que, en efecto, a partir de 1998, la protección de los derechos sociales por vía judicial ha crecido sensiblemente, por ejemplo en lo que respecta al derecho a la salud contra las entidades de seguridad social. De igual forma, la Corte Constitucional colombiana ha ejercido una influencia creciente en materia de política económica, en especial anulando leyes que extendían el impuesto sobre el valor agregado a productos de primera necesidad, ordenando la indexación parcial de los salarios de los funcionarios, extendiendo el beneficio de ciertos elementos de la pensión de jubilación a grupos de la población que estaban excluidos, prohibiendo la supresión de ventajas para los pensionados en razón a que ponía en duda los derechos adquiridos de los trabajadores, etc. (Uprimny Yepes, 2007).

En lo que concierne a la defensa y promoción de los derechos fundamentales, una parte importante de la literatura sobre la judicialización se dedica a destacar el creciente papel que juegan las cortes supremas y en general los tribunales en esta defensa y promoción. La judicialización es un factor de progreso social y permite que sean más y mejor defendidos los derechos humanos y los derechos de los más débiles. Este rol de la justicia en la igualación de las condiciones de los miembros de la comunidad política es algo que esta literatura no sólo afirma sino que también celebra. Es así como, por ejemplo, se parte del supuesto de que la instauración de la Corte Europea de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha contribuido a la promoción de los derechos sociales, tomando la forma de derechos supranacionales, especialmente para los ciudadanos más vulnerables (Conant, 2006). De forma particularmente ilustrativa un autor como Charles Epp propone la idea de una “*Rights Revolution*”, que se caracteriza por el reforzamiento de las garantías constitucionales para los derechos individuales y de la independencia judicial, así como por el liderazgo (*leadership*) asegurado por jueces activistas (en particular los de las cortes supremas) que utilizan sus poderes para transformar la sociedad y promover un incremento de la conciencia de los derechos en la cultura de las sociedades (Epp, 1998). Un ejemplo continuamente citado es el de la actuación creciente de la Corte Suprema de la India en la promoción de los principios democráticos, de una concepción más substantiva de la igualdad, así como de un control de la regularidad de los procesos electorales (Mehta, 2007). La Corte Suprema india ha promovido una notable innovación: el “*Public Interest Litigation*” que permite a cualquier ciudadano recurrir a la justicia en la medida en que haya sido víctima de un “*alleged evil*”² o de una injusticia.

² “Daño presunto” (*N. de los T.*).

Esta judicialización de la justicia *top down*³, promovida en particular por las cortes supremas y por los profesionales del derecho, se conjuga con una movilización *bottom up*⁴ en la que el derecho y la justicia son menos una referencia que un recurso al servicio de una *causa*. El derecho y la justicia se convierten así en instrumentos de un nuevo repertorio de la acción colectiva. Este fenómeno resulta de las nuevas relaciones del derecho y de la justicia que los ciudadanos establecen por medio de movimientos sociales que se convierten así en actores dinámicos de la judicialización. Así, en una obra de referencia, *Rights at Work*, Michael McCann se interesa por la utilidad de la ley en el reforzamiento del poder de los ciudadanos marginalizados o incluso de los ciudadanos ordinarios (McCann, 1994). Frente a una representación de la ley que evoca un orden jerárquico, Michael McCann pretende demostrar que, en las manos de ciudadanos en ruptura con el orden establecido, la ley puede ser una fuente de desórdenes y de igualación de condiciones. Esta concepción se inscribe en una aproximación y en una definición de la acción colectiva que pone el acento en las luchas contra las jerarquías y las injusticias. En este sentido, la movilización del derecho participa directamente en un proceso político de contestación contra un orden establecido. Como lo subraya este autor en un artículo más reciente, el derecho proporciona “simultáneamente principios normativos y recursos estratégicos para la dirección de las luchas sociales” (McCann, 2004, p. 508).

Este nuevo lugar del derecho y de la justicia, tal como lo permite ver el fenómeno de la judicialización, es para algunos autores el anuncio de un nuevo régimen de gobernabilidad. Es así como un autor de referencia, Alec Stone Sweet, habla del paso de un modelo dinámico de gobernabilidad a un modelo triádico (Stone Sweet, 1999). Este modelo triádico constituye un elemento esencial del cambio político. La introducción novedosa de un tercero, que se manifiesta en el fenómeno de la judicialización, “estructura progresivamente los comportamientos estratégicos de los actores políticos implicados, en las interacciones de los unos respecto de los otros” (Stone Sweet, 1999, p. 71). Efectivamente, para un autor como Ran Hirschl, la “judicialización de lo político [representa] uno de los fenómenos más significativos de la gobernabilidad contemporánea” (Hirschl, 2002, p. 86).

2. ¿ES LA JUSTICIA LA “RAZÓN” UNIVERSAL DE LO POLÍTICO? EL EJEMPLO DE LAS RELACIONES ENTRE JUSTICIA Y GLOBALIZACIÓN

Esta redefinición de la economía de las relaciones entre lo jurídico, lo judicial y lo político que sugiere el fenómeno de la judicialización, toma una nueva dimensión en el marco de la globalización, así sólo sea por el hecho de que la relación tradicional entre derecho, justicia y territorio del Estado-nación es puesta en duda. Esto se evidencia, en concreto, cuando se preconiza una universalización de la justicia conforme a un “nuevo orden mundial” (véase por ejemplo: Helfer y Slaughter, 1997-1998; Martínez, 2003-2004; Delmas-Marty, 2004) o el advenimiento de una “*cosmopolitan pluralist conception of jurisdiction*”, independiente de todo vínculo con cualquier territorio, específicamente el del Estado-nación, en el marco de una transformación de la economía de las relaciones entre lo local, lo nacional y lo global (Berman, 2002). Ya

³ Descendente (*N. de los T.*).

⁴ Ascendente (*N. de los T.*).

sea en el orden de la realidad o en el de las aspiraciones o intenciones, este fenómeno de supranacionalización de la justicia se manifiesta de manera notable no sólo en la difusión internacional –que en ocasiones toma la forma de tentativas de imposición– de modelos y de prácticas de justicia exógena, sino también en la preocupación por ajustar la organización de la justicia nacional al contexto de la globalización. Esta supranacionalización, realizada o invocada, se inscribe en tres grandes tipos principales de procesos: político, económico y étnico.

Nada ilustra mejor el proceso *político* que la conformación de entidades que reagrupan varios Estados-naciones. Es el caso, por ejemplo, de la Corte Europea de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional del Consejo de Europa, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adscrito a esta entidad. Lo mismo sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionada con las alianzas regionales entre Norteamérica, Centroamérica y Suramérica. También la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, asociada a la Unión Africana. La principal consecuencia de este proceso de supranacionalización jurisdiccional es la de relativizar la influencia de las jurisdicciones nacionales, obligadas éstas cada vez más a ajustarse, a solicitar y a tener en cuenta este nivel superior (véase el ejemplo de las jurisdicciones europeas y los efectos de sus decisiones sobre las jurisdicciones francesas: Manin, 2001; Helfer y Slaughter, 1998).

El proceso *económico* se caracteriza por el desarrollo de una creciente circulación mundial de bienes, de trabajo, de capitales, de una internacionalización del capital y de las estructuras de las empresas, lo cual exige poner en práctica reglas y procedimientos, de lo que resulta, en consecuencia, una *global litigation* (Slaughter, 1999-2000). Esta evolución se muestra bien con la implementación de formas institucionalizadas de arbitraje como aquellas concebidas por el GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*)⁵ o por la WTO (*World Trade Organization*)⁶, bajo la forma de un *Dispute Settlement System*⁷ (Posner y Yoo, 2005). En este punto conviene poner de presente que, para algunos autores, la influencia de este proceso económico es preponderante y caracteriza la globalización en su forma más dominante, al punto de poner en duda la subordinación de la organización económica al principio de justicia social (Supiot, 2010), o de poner de presente que el argumento según el cual el desarrollo de esta organización económica es indisociable al establecimiento del Estado de derecho no sirve sino para enmascarar la voluntad de instaurar en la práctica un “Estado de derecho de los negocios” (Sen, 2000).

Lo que califico como proceso *ético* se relaciona con la preocupación transnacional por la protección de los derechos fundamentales y la promoción de los derechos humanos (Daedalus, 2003; Bernstein, 2007). De la afirmación de esta preocupación se deriva una calificación universal de actos y de prácticas cuyo control o sanción era antes de competencia de los Estados-naciones. Esto puede entonces desembocar en la

⁵ Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, firmado inicialmente por 23 países en 1948 (*N. de los T.*).

⁶ Organización Mundial del Comercio (*N. de los T.*).

⁷ Sistema de solución de diferencias. Este tipo de procedimientos para la solución de conflictos ha sido impulsado especialmente por la Organización Mundial del Comercio (*N. de los T.*).

reivindicación de un “constitucionalismo transnacional”, que limita la soberanía estatal y asegura un control jurisdiccional exógeno sobre los actos de los gobiernos (Dehousse, 2001). Puede además tomar la forma concreta de la creación de jurisdicciones supranacionales, por ejemplo, de jurisdicciones penales internacionales como la Corte Penal Internacional (Condé, 2007), o incluso la intervención de jurisdicciones nacionales diferentes de aquellas en las que se produjeron los hechos, esto en nombre de una “competencia universal” (Bailleux, 2005; Séroussi, 2009).

Aún si no corresponden a las formas clásicas de justicia, institucionalizadas y profesionalizadas, es posible preguntarse si las experiencias de las comisiones de *Verdad y reconciliación*, como las que se llevaron a cabo en Suráfrica y en Chile, no contribuyen a esta universalización de la noción de respeto o de restauración de principios éticos, y si no participan de esta función constitutiva de pertenencia a una comunidad internacional fundada en valores universales, a un “*communitarian cosmopolitanism*” (Addis, 2009), y esto a pesar de que su vocación sea, en principio, cumplir una misión de democratización y de pacificación social en el marco específico de un país que ha vivido una tragedia (Lefranc, 2007).

Es evidente que los profesionales del derecho aparecen como actores importantes de esta supranacionalización, en tanto que intentan promoverla, organizarla y ponerla en práctica (véase, en particular, el rol estructural reconocido a los juristas y a una “*new judicial theory of Europe*” en el proceso de europeización: Vauchez, 2010). Esto es lo que sugiere, por ejemplo, aquello que ciertos autores consideran como el advenimiento de un “*transjudicialism*” (Tawfik, 2006-2007), de un “*interconnected international judicial system*”. Este fenómeno se manifiesta en las interacciones cada vez más frecuentes entre jurisdicciones nacionales y supranacionales o entre jurisdicciones de países diferentes (Martínez, 2003-2004). Para los autores que militan explícitamente en este movimiento, esta transnacionalización de la actividad jurisdiccional anuncia el establecimiento de una “*global community of courts*”, que a su turno fundamenta una “*global jurisprudence*” (Slaughter, 2003). En todo caso, es esto lo que permite suponer, por ejemplo, cosas tales como: el uso en el razonamiento judicial de nociones jurídicas tomadas de derechos extranjeros o inspiradas en el derecho comparado en el marco de un proceso de “internacionalización del derecho” (Williams, 2004) (véase el ejemplo de la *South African Constitution* en la que se recomienda a los tribunales surafricanos, al interpretar el *South African Bill of Rights*, referirse no solamente a los derechos garantizados por el *Bill*, sino apelar también a la jurisprudencia extranjera e internacional: Walter, 2009); la creciente institucionalización de encuentros “cara a cara” (Slaughter, 1999-2000); la multiplicación de iniciativas de concertación con el fin de coordinar la acción de los jueces, por ejemplo, en lo concerniente al tratamiento de la corrupción política, siendo este el caso del “*Appel de Genève*” de 1996⁸ (Vauchez & Willemez, 2007), o la realización de dispositivos de formación bajo la forma de *Global Law School Programs* (Slaughter, 1999-2000).

Algunos no dudan en hablar del advenimiento de una “forma postmoderna de derecho natural” como expresión de una nueva “cultura jurídica” (Dupré, 2009).

⁸ El “*Appel de Genève*” fue una propuesta hecha en 1996 por siete magistrados anticorrupción consistente en crear una jurisdicción europea con el propósito de luchar contra los delitos financieros y fiscales (*N. de los T.*).

Así, las condiciones parecen estar dadas para asegurar “fertilizaciones cruzadas” y una socialización de los profesionales del derecho cada vez más pronunciada hacia una visión plurinacional, más allá de sus vínculos institucionales con su propio Estado, todo ello hasta el punto de favorecer prácticas en el seno de jurisdicciones supranacionales que engloban diversos sistemas de derecho, por ejemplo, derecho romano-germánico y derecho del *common law* (Condé, 2007), haciendo de aquellas verdaderos laboratorios. Formas de movilización militantes de profesionales de la justicia en el marco de una corriente denominada *cause lawyering*, caracterizada por el hecho de que la competencia jurídica es puesta al servicio de la defensa y la promoción de causas (Israël, 2001), pueden hacer parte de este movimiento. En efecto, si estas prácticas de *cause lawyering* se observan primero a nivel nacional, igualmente pueden ser transportadas a nivel supranacional y puestas al servicio de causas propias de una “sociedad civil mundializada” (Sarat y Scheingold, 2002; 2005).

A pesar de que está inspirado en una perspectiva de acción diferente, el movimiento conocido como *political lawyers*—para el cual se ha planteado la tesis de una relación positiva entre los profesionales del derecho y el advenimiento o el reforzamiento del liberalismo político (Halliday, Karpik y Feeley, 2007)— se inscribe en la misma lógica. De forma convergente con la acción de los profesionales del derecho, instancias internacionales o de competencia supranacional son por sí mismas vectores importantes en ese proceso de supranacionalización de la justicia por intermedio de sus intentos de imposición de “buenos” modelos de justicia. En efecto, estas instancias, entre las cuales se encuentran el Banco Mundial, USAID, el Banco Interamericano de Desarrollo o incluso la Unión Europea, conceden un papel importante al derecho y a la justicia, para lograr la seguridad y la certeza jurídica necesarias para el desarrollo económico y el establecimiento, aparentemente pretendido, del Estado de derecho. Por ejemplo, es significativo que la Comunidad Europea haya supeditado la entrada de Estados miembros al respeto de sus exigencias sobre el Estado de derecho, lo que no ha dejado de tener influencia en la transición política de los países del sur de Europa y de Europa central y oriental (Ethier, 2001). Esta posición justifica operaciones de “*policy transfers*” en materia de justicia, las cuales dan cuenta no sólo de las intenciones de los que exportan estos modelos de justicia, que se expresan específicamente en la tentativa de imposición de modelos (Sousa Santos, 2000), sino también de las prácticas de apropiaciones diferenciales de las que estos modelos son objeto por parte de los actores ubicados en los países “importadores” (Delpeuch, 2008).

Numerosos estudios sobre la supranacionalización de la justicia, que más que una justa apreciación de la realidad expresan la aspiración de establecer un “orden jurídico mundial”, parecen imponer la imagen de una evolución éticamente noble, al tiempo que cuasi lineal, de dicho fenómeno. Sin embargo, conviene romper con esta ilusión y llamar la atención sobre las tensiones, las contradicciones, las relaciones de fuerza... o incluso los riesgos de regresión hacia un “neo-tribalismo” (Halpin y Roeben, 2009), que también caracteriza este proceso. Es lo que nos invitan a considerar, por ejemplo, los análisis en los que se estima que este proceso de supranacionalización de la justicia se inscribe en una lógica neoliberal en la cual concurren las élites económicas, políticas y judiciales (Hirschl, 2004a). Este proceso de desplazamiento hacia lo judicial, que participa de un fuerte movimiento de neo-liberalización, puede entonces, lógicamente, acentuarse con la creación de jurisdicciones supranacionales, de instancias semi-autónomas, como los bancos centrales nacionales o el Banco Europeo o incluso

los tratados de comercio transnacionales. Semejante institución de procedimientos cuasi-judiciales en diferentes sectores, así como la transferencia de escenarios que funcionaban a partir del principio de mayoría política hacia cuerpos semi-autónomos de productores profesionales de políticas (Hirschl, 2004a), terminarán de hecho por proteger las élites políticas y económicas de las “vicisitudes de la política democrática” y favorecerán una evolución en el sentido de una eficiencia y de una predictibilidad del derecho y de la justicia conforme a la racionalización del capitalismo moderno, tal como lo había anunciado ya Max Weber (Hirschl, 2004b). Igualmente, esta influencia del neo-liberalismo es susceptible de manifestarse en la ejecución de reformas a la justicia inspiradas precisamente en la globalización económica. Nada ilustra mejor este fenómeno que el ejemplo de la reforma a la justicia en Japón. La inscripción de la justicia en la globalización se fomenta allí en la medida en que, como es el caso también de otros países, aquella resulta siendo un atributo del poder político de un Estado (Takamura, 2007).

En este orden de ideas, la supranacionalización de la justicia se expresa tanto por la difusión de valores comunes como por la imposición de principios de funcionamiento, de objetivos, de medios que se sustituyen a fines, todo ello en el marco de una evolución relacionada con el neo-liberalismo. La preocupación por la eficiencia parece que debe imponerse sobre cualquier otra, en especial sobre la finalidad de la misión de la justicia, al punto que los debates políticos en este ámbito se desvanecen detrás de los debates técnicos alrededor de la optimización organizacional de la práctica judicial (Vauchez y Willemez, 2007). En efecto, desde hace algunos años se observa en un gran número de países, especialmente europeos, una voluntad de ajustar la justicia a las otras instituciones públicas introduciendo la “nueva gerencia (*management*) pública” (Vigour, 2006). Se trata entonces de hacer prevalecer, en el ámbito de la justicia como en otros sectores de la acción pública y siguiendo lo que se consagra en el sector privado, las nociones de costo, de eficiencia, de calidad de la producción (mediante la medición de *performances* recurriendo a indicadores) y de evaluación de la acción. Es la preeminencia de una “lógica de resultados” que se afirma y la cual justifica la elección de los criterios de “buen trabajo” –este último definiéndose cada vez más por referencia a un modelo exógeno, válido para toda administración e importado a la justicia–, de racionalización del funcionamiento, de reducción de costos, de “economías de escala”, tal como en efecto lo estipula el *new public management* (Bezes, 2009).

Como otra manifestación de la pertinencia de una visión más agnóstica del proceso de supranacionalización de la justicia, conviene también recordar que temas tales como la internacionalización de las actividades económicas, la de los asuntos del medio ambiente o incluso la internacionalización del respeto por los derechos fundamentales y la constitución de una “sociedad civil mundializada” (*a new global civil society*, Hoffmann, 2003) que de allí resulta, han implicado una transposición a escala transnacional de estos usos del derecho y de la justicia como nuevos elementos del repertorio de la acción colectiva y de las estrategias, no sólo de los operadores económicos, sino también de los movimientos sociales –que se han convertido ellos mismo en transnacionales (Higgott *et al.*, 2000; Khagram *et al.*, 2002)–, y de las organizaciones no gubernamentales. Esto es lo que puede observarse en particular en el tema de la ecología, de lo urbano, de los derechos de las minorías, de los derechos de las mujeres y, por supuesto, en el ámbito económico. Así, en este

último, la internacionalización de los flujos financieros y la constitución de un espacio económico transnacional toman la forma de acuerdos económicos multilaterales, de “reconfiguración de aparatos productivos en red”, que liberan “a la empresa de las relaciones de fuerza que con anterioridad se negociaban nacionalmente” y que obligan “a los sindicatos del norte y del sur a reexaminar su forma de actuar, [esto en un contexto en el que] la subordinación de lo político a la economía, la concentración de los poderes en manos de los órganos ejecutivos y el déficit democrático tiene como consecuencia el hecho de relegar a un segundo plano el escenario político nacional” (Chaire de responsabilité sociale et du développement durable, Universidad de Québec en Montreal, en www.crsdd@uqam.ca, 2007).

Finalmente, hago una última advertencia en contra de una visión excesivamente consensualista y armoniosa del proceso de supranacionalización de la justicia. Habría que preguntarse si este proceso y su promoción, en concreto a través de la multiplicación de los foros judiciales o a través del protagonismo creciente de las cortes supremas, no están demasiado inspirados en una cultura del *common law* con propósitos universalistas, cuando no imperialistas, en mejor concordancia con las apuestas de la globalización, especialmente en relación con la cultura romano-germánica o civilista, de tal suerte que este proceso está también marcado por enfrentamientos entre culturas jurídicas (Allard y Garapon, 2005). Por sólo tomar un ejemplo entre muchos otros posible, una noción como la de “*judicial comity*”⁹, tan propia de la cultura anglosajona, puede concebirse, gracias a una de las grandes referencias de la literatura concerniente, como una modalidad paradigmática de la regulación judicial supranacional de la actividad económica (Slaughter, 1999-2000; 2003).

* * *

Frente al fenómeno de la judicialización evocado en la primera parte de mi exposición y a las diferentes manifestaciones posibles de los vínculos entre justicia y globalización, según se presentaron en la segunda parte, bien parece que la cuestión del derecho y de la justicia no puede dissociarse de la de lo político y de las transformaciones del estatus de este último, lo cual era mi hipótesis en la introducción. Por ejemplo, es ilustrativo que una autora de referencia como Anne-Marie Slaughter proclame la necesidad de una disociación entre lo judicial y la soberanía nacional, que tenga el mismo alcance para los otros dos poderes, el ejecutivo y el legislativo, para inscribirlos en un dispositivo mundial que tome la forma de un *government networks* (Slaughter, 2004). La pregunta que surge entonces es la de saber qué sentido debemos dar al fenómeno de la judicialización y al de la inscripción del derecho y de la justicia en la globalización. Estamos ante un contexto de incertidumbre en el cual han entrado los Estados-naciones; un contexto de crisis en el cual se hallaría lo político y más precisamente la democracia representativa, y un contexto de redefinición de las estrategias de los operadores económicos y de los actores sociales que el fenómeno de la globalización exige. Frente a esto es posible preguntar si lo que hemos observado

⁹ En derecho anglosajón la *judicial comity* es la institución que permite a un Estado o jurisdicción garantizar las decisiones judiciales o las leyes de otro, bajo el principio de reciprocidad (*N. de los T.*).

a partir de estos ejemplos de la judicialización y de la inscripción del derecho y de la justicia en la globalización no corresponde a la búsqueda de nuevos principios universales. Bajo esta perspectiva, la función de la justicia sería cada vez más esperada o promovida (en concreto por los profesionales del derecho) como una nueva “Razón” al lado o en lugar de lo político. Es lo que muestra a la perfección esta observación de Louise Arbour, en ese momento Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “La justicia tiene sus razones que la razón política no conoce” (*Le Monde*, 8 février 2007). Esto expresaría precisamente la idea de la necesidad de imponer a la política, a nivel supranacional, una racionalidad de orden superior que desde entonces solamente la justicia (y el derecho) podrían sostener. Pero este tipo de consideraciones introduce una última pregunta: la de las posibles relaciones de fuerza entre justicia y poder político y la de los fundamentos de su legitimidad respectiva.

Para finalizar, frente al alcance de las preguntas planteadas, ¿no ha llegado el tiempo, para el derecho y las ciencias sociales (entre las cuales se encuentran la ciencia política y la sociología) de no considerarse más como enemigos o servidores el uno del otro, sino como aliados en la búsqueda del sentido de las mutaciones que experimentan nuestras sociedades actuales, de las cuales el derecho y la justicia precisamente constituyen revelaciones excepcionales?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Addis A., "Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 129-162.
- Allard J. y Garapon A., *Les juges dans la mondialisation*, París, Le Seuil, 2005.
- Amselek P., "Le droit, technique de direction publique des conduits humaines", *Droits. Revue française de théorie juridique* (Définir le droit/1), 10, 1989, pp. 7-10.
- Auerbach J. S., *Justice without Law? Resolving Disputes without Lawyers*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- Bailieux A., "L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps: ouverture, étroitesse, modeste", *Droit et Société*, n° 59, 2005, pp. 107-136.
- Berman P. S., "The Globalization of Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, 151/2, 2002, pp. 311-545.
- Bernstein A. R., "Human Rights, Global Justice, and Disaggregated States. John Rawls, Onora O'Neill, and Anne-Marie Slaughter", *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 66, n° 1, 2007, enero, pp. 87-110.
- Bezes Ph., *Réinventer l'État*, París, PUF, 2009.
- Brock G., *Global Justice. A Cosmopolitan Account*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- Cannon M. W. y O'Brien D. M. (eds.), *Views from the Bench. The Judiciary and Constitutional Politics*, Chatham, New Jersey, Chatham House Publishers Inc, 1985.
- Champagne A. y Haydel J. (eds.), *Judicial Reform in the States*, Lanham, MD, University Press of America, 1993.
- Commaille J., *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, París, PUF, 2000.
- Conant L., "Individuals, Courts, and the Development of European Social Rights", *Comparative Political Studies*, Vol. 39, n° 1, febrero, pp. 76-100, 2006.
- Condé P-Y., "La Justice internationale entre conflits et espoirs de paix", dans J. Commaille y M. Kaluszynski (dir.), París, La Découverte, pp. 251-272, 2007.
- Daedalus, *On International Justice*, Vol. 132, n° 1, Winter, 2003.
- Dehousse R., "Naissance d'un constitutionnalisme transnational", dans *Pouvoirs*, n° 96, 1, 2001, pp. 19-30.
- Delmas-Marty M., *Le relatif et l'universel*, París, Le Seuil, 2004.
- Delpuech T., *L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques: un état de l'art*, París, CERI, 2008.

- Dupré C., "Globalisation and Judicial Reasoning. Building Blocks for a Method of Interpretation", en A. Halpin y V. Roeben (eds.), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, pp. 107-123, 2009.
- Epp C. R., *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Londres, University of Chicago Press, 1998.
- Epstein L. y Knight J., "Courts and Judges", *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden (Mass.), Oxford, Blackwell Publishing, 2004, pp. 170-194.
- Ethier D., "Des relations entre libéralisation économique, transition démocratique et consolidation démocratique", *Revue internationale de politique comparée*, 8/2, 2001, pp. 269-284, 2001.
- Ferejohn J., "Judicialization Politics, Politicizing Law", *Law and Contemporary Problems*, 65, 3, pp. 41-68, 2002.
- Fournier B. y Woehrling J., "Présentation du numéro *Judicialisation et pouvoir politique*", *Politique et Sociétés*, 2000, Vol. 19, n° 2-3, pp. 3-7.
- Glick H. R., *Courts, Politics and Justice*, Nueva York, McGraw Hill Book Company, 1983.
- Halliday T. C., Karpik L. y Feeley M. M. (eds.), *Fighting for Political Freedom. Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing (Oñati International Series in Law and Society), 2007.
- Halpin A. y Roeben V. (eds.), *Theorising the Global legal Order*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Helfer L. R. y Slaughter A.-M., "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale Law Journal*, Vol. 107, 1997-1998, pp. 273-391.
- Hoiggott R. A., Underhill G. R. D. y Bieler A. (eds.), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Nueva York, Routledge, 2000.
- Hirschl R., "Resituating the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XV, n° 2, julio, 2002, pp. 191-218.
- , *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 2004a.
- , "The Political Origins of the New Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11/1, 2004b, pp. 71-107.
- Hoffmann S., "World governance: beyond utopia", *Daedalus*, 132/1, 2003, pp. 27-35.
- Horowitz D. L., *The Courts and Social Policy*, Washington, The Brookings Institution, 1977.
- IID., *The Worlds Cause Lawyers Make. Structure and Agency in Legal Practice*, Stanford, Stanford University Press, 2005.
- , *Cause Lawyers and Social Movements*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

- Israël L., "Usages militants du droit dans l'arène judiciaire", *Revue Droit et Société*, 49, 2001, pp. 793-824.
- Jacob H. *et al*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, London, Yale University Press, 1996.
- Khagram S., Riker J. y Sikkink K. (eds.), *Restructuring World Politics: Transnational Social Movements Networks, and Norms*, Minneapolis, University of Minnesota, 2002.
- Lefranc S., "La justice dans l'après-violence politique", en J. Commaille y M. Kaluszynski (dir.), op. cit., 2007, pp. 251-272.
- McCann, M., *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, Chicago University Press, 1994.
- McCann, M. W., "Law and Social Movements", *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden (Mass.), Oxford, Blackwell Publishing, 2004, pp. 506-522.
- Manin B., "Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises", *Revue Pouvoirs*, 96/1, 2001, pp. 51-64.
- Martinez J. S., "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review*, Vol. 56, 2003-2004, pp. 429-529.
- Mehta P. B., "The Rise of Judicial Sovereignty", *Journal of Democracy*, Vol. 18, n° 2, abril, 2007, pp. 70-83.
- Posner E. A. y Yoo J. C., "Judicial Independence in International Tribunals", *California Law Review*, 93/1, 2005, pp. 1-74.
- Santos Sousa B. de, "Law and Democracy: (mis)trusting the Global Reform of Courts", en J. Jenson y B. de Sousa Santos, *Globalizing Institutions*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 253-284.
- Sarat A. y Scheingold S. A. (eds.), *Cause Lawyering and the State in a Global Era*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- Scheppele K.L., "Declarations of Independence: Judicial Reactions to Political Pressure", en S.B. Burbank y B. Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2002.
- Sen A., *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Paris, Odile Jacob, 2000.
- Séroussi J., "Les acteurs nationaux du droit pénal international: le cas Pinochet", dans *L'Année Sociologique*, 59/2, 2009, pp. 403-415.
- Shapiro M. y Stone A., "The New Constitutional Politics of Europe", *Comparative Political Studies*, 26:4, 1994, pp. 397-420.
- Shapiro M. y Stone Sweet A., *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- Sieder R., Schjolden L. y Angell A. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, Palgrave MacMillan, 2005.

- Slaughter A.-M., "Judicial Globalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999-2000, pp. 1102-1124.
- , "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, 44/1, 2003, pp. 191-219.
- , *A New World Order*; Princeton, Princeton University Press, 2004.
- Smith C. E., *Courts, Politics and the Judicial Process*, Chicago, Nelson-Hall Publishers, 2ª ed., 1997.
- Stone Sweet A., "Judicialization and the Construction of Governance", *Comparative Political Studies*, Vol. 32, n° 2, April, 1999, pp. 147-184.
- Supiot A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- Takamura G., "La Justice comme vecteur d'un nouvel ordre: l'exemple du Japon", en: J. Commaille y M. Kaluszynski (dir.), op. cit., 2007, pp. 213-228.
- Tawfik M. J., "No Longer Living in Splendid Isolation. The Globalization of National Courts and the Internationalization of Intellectual Property Law", *Queen's Law Journal*, 32/2, 2006-2007, pp. 573-601.
- Uprimny Yepes R., "La justice au cœur du politique: potentialités et risques d'une judiciarisation en Colombie", en: J. Commaille y M. Kaluszynski (dir.), op. cit., 2007, pp. 229-250.
- Vauchez A., "The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity", *European Law Journal*, 16/1, 2010, pp. 1-28.
- Vauchez A. y Willemez L., *La Justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, París, PUF, 2007.
- Vigour C., "Justice: l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques", *Droit et Société*, n° 63-64, 2006, pp. 425-455.
- Walter C., "Decentralised Constitutionnalisation in National and International Courts: Reflections on Comparative Law as an Approach to Public Law", en: A. Halpin y V. Roeben (eds.), op. cit., 2009, pp. 253-272.
- Weber M., *Économie et Société*, París, Plon (1ª ed., 1921), 1971.
- Williams D. Sir, "Courts and Globalization", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11/1, 2004, pp. 57-69.