



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

TESIS DOCTORAL

Activismo judicial dialógico en América Latina. La lucha por los derechos

Autora:

Ana Karina Timm Hidalgo

Directores:

Mario Giuseppe Losano y Luis Manuel Lloredo

Tutor:

Carlos Lema Añón

Getafe, enero, 2017.

A las y los desobedientes que contribuyen a la titánica labor de impedir que los derechos humanos sean un instrumento más de dominación.

A Pablo y a Lautaro

A Andrés

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: ACTIVISMO JUDICIAL DIALOGICO EN AMÉRICA LATINA	
I. PRECISIONES ANALÍTICAS	21
1. Génesisde la expresión.....	21
2. Concepto.....	23
3. Desarrollo del concepto.....	23
3.1 Activismo judicial	23
3.2 Activismo judicial progresista.....	28
3.3 Activismo dialógico	37
3.4 Innovaciones procesales. Sentencias y ejecución.....	42
3.5 Conflictos graves y estructurales.....	49
3.5.1 Estados fallidos, aparentes, abigarrados, cooptados, capturados.....	55
3.5.2 Tensión entre neoliberalismo y constitucionalismo social.....	62
3.6 Movimiento social y litigio estratégico	74
II. DIFERENCIAS TEÓRICAS.....	82
1. Diferencias con el activismo judicial clásico	83
2. Diferencias con el neoconstitucionalismo.....	94
3. Diferencias con el constitucionalismo popular.	108
III. ACTIVISMO DIALÓGICO Y CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.....	113
1. Consideraciones preliminares	113
2. Nuevo constitucionalismo latinoamericano	116
3. Principales rasgos comunes	124
4. Diferencias fundamentales.....	138
IV. RECAPITULACIÓN.....	142

**CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN SOCIO-JURÍDICA AL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO EN
LATINOAMÉRICA**

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	144
II. ACTIVISMO DIALÓGICO Y DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA.....	147
1. El conflicto armado en Colombia.....	148
2. La Corte Constitucional Colombiana	153
3 La tragedia humana del desplazamiento forzado	166
4. El caso T-025-2004	171
4.1 Las partes del proceso	173
4.2 Rasgos centrales de la decisión.....	175
4.3 Sentencia.....	177
4.4 La declaración de Estado de Cosas Inconstitucional	179
4.5 El Estado Social de Derecho	183
4.6 Proceso de seguimiento	185
4.7 Comisión de seguimiento	190
4.8 Audiencias públicas de rendición: de información y de cuentas	193
4.9 Efectos de la sentencia	194
4.9.1 El efecto desbloqueo.....	196
4.9.2 El efecto deliberativo o participativo.....	199
4.9.3 Efecto políticas públicas	201
4.9.4 Efecto socioeconómico	202
4.9.5 Efecto de reestructuración del marco	204
II. ACTIVISMO DIALÓGICO Y CONFLICTO SOCIO AMBIENTAL EN ARGENTINA	206
1. El precedente Verbitsky.....	206
2. El conflicto socio ambiental en Argentina.....	212
3. Contaminación del Riachuelo.....	221
4. El caso Mendoza	226
4.1 Las partes del proceso.....	226
4.2 Decisión del tribunal.....	228
4.3 Proceso de ejecución y seguimiento	230

4.4 Monitoreo social del cumplimiento de la sentencia	234
4.4 Audiencias públicas en la etapa de ejecución	234
4.6 Efectos de la sentencia.....	236
4.6.1 Productividad territorial.....	240
4.6.2 Productividad jurídica	241
4.6.3 Productividad institucional	242
IV.RECAPITULACIÓN.....	242

CAPÍTULO III: ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO A DEBATE

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	247
II. TRES RELATOS SOBRE EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO	248
1. Democracia Deliberativa	248
1.1 Es una teoría crítica de la democracia.....	256
1.2 Es una teoría ideal	259
1.3 Su <i>ethos</i> republicano.....	262
1.4 Modelo procedimental de democracia	266
1.5 Teoría moral cognitivista.....	268
1.6 La teoría de la esfera pública	272
2. El relato agonista	280
2.1 El pensamiento agonista en sentido amplio.....	281
2.2 Agonismo y deliberación.....	283
3.3. Populismo	290
3. El diálogo de los y las oprimidas.....	296
3.1 Las tensiones de la modernidad	296
3.2 Contra el desperdicio de la experiencia.....	298
3.3 Ecología de saberes y traducción intercultural	301
3.4 Democracia y participación	307
4. Balance y recapitulación	312
III. PODER JUDICIAL Y DIÁLOGO DEMOCRÁTICO	322
1. Procedimentalismo judicial.....	322

2. Los jueces en el esquema agonista. La tesis de involucramiento crítico	328
3. El análisis socio-jurídico de Santos del poder judicial	335
4. Excurso: ¿Y la separación de poderes?	342
IV. ¿PUEDE SER EL ACTIVISMO DIALÓGICO UNA MANIFESTACIÓN <i>CONTRA HEGEMÓNICA</i>	
DEL USO DEL DERECHO?	350
CONSIDERACIONES FINALES DE LA INVESTIGACIÓN.....	371
BIBLIOGRAFÍA	383

INTRODUCCIÓN

Despertemos, despertemos humanidad, ya no hay tiempo

Berta Cáceres

No corren buenos tiempos para el respeto de los derechos humanos. La gran mayoría consideramos aberrante la sola posibilidad de ponerlo en duda. Sin embargo, los disensos comienzan a aparecer al preguntarnos por las diversas formas de subvertir las múltiples violencias que nos afectan y se multiplican si buscamos las posibles respuestas sobre el lugar que el Derecho puede o no tener en ello. Esta investigación tiene por objeto lo que consideramos como un digno capítulo de este orden de reflexiones: el activismo judicial dialógico.

Sin perjuicio de que las investigaciones sobre el activismo judicial dialógico son de incipiente desarrollo, aquí queremos plantear que este se sostiene en presupuestos que permiten la construcción de un marco teórico sólido. Además, ha sido una práctica jurídica que, más allá de la posibilidad de hablar de un patrón sistemático o de un nuevo paradigma de activismo jurídico, admite una aproximación socio-jurídica y con ella una investigación dinámica y con vocación de interdisciplinariedad. El objetivo principal ha sido emprender una investigación que ayude a reflexionar en torno a la pertinencia de identificar una dimensión emancipadora en el activismo judicial dialógico, entre otras razones porque se trata de una práctica que puede contribuir a enfrentar institucionalmente conflictos de gran intensidad, a sortear con mejores herramientas las críticas canónicas hacia los activismos judiciales y a ampliar la precariedad de las nociones de democracia hegemónicas.

Por tanto, el cuestionamiento central de nuestra investigación busca reflexionar sobre la conveniencia de que el activismo dialógico pueda ser defendido como una práctica

jurídica emancipadora. En tal sentido, busca ser una contribución a una discusión que forma parte de una reflexión mayor y que inquiriere respecto a cómo se puede contribuir al cambio social desde el Derecho.

La hipótesis inicial con la que comenzó la investigación planteaba que el activismo judicial dialógico no tiene capacidad para generar cambios profundos en el entramado de injusticias y violencias que nos afectan. Esto se deriva de la impotencia del Derecho para enfrentar las dimensiones económicas, culturales y simbólicas de las opresiones, en la medida que este mismo resulta un fruto de ellas y que el discurso de los derechos humanos, cooptado de su dimensión contra hegemónica, termina por legitimar la violencia que atraviesa la organización de la vida social. Asimismo, partimos con la intuición de que este tipo de activismo puede contribuir a la desmovilización social y a la disminución de la reflexión crítica y, por otra parte, el supuesto diálogo democrático que promueve carece de la dinámica y representatividad social propia de una idea seria de autogobierno colectivo.

Sin embargo, como irá viéndose a medida que avancemos en la ruta investigativa, esta hipótesis será matizada, especialmente por el conjunto de conocimientos y emociones que comprendió el análisis de los casos que se expondrán en el segundo capítulo, así como por la mayor reflexividad alcanzada durante todo el proceso de investigación teórica y las mayores precisiones analíticas, históricas y filosóficas que durante ella hemos podido adquirir.

La investigación ha tenido diversos grados de complejidad, que nos han llevado a asumir una serie de posicionamientos metodológicos y conceptuales. Entre estas dificultades, algunas que nos parece pertinente advertir desde esta introducción son las siguientes:

En primer lugar, el activismo dialógico se ha desarrollado lejos de los principales centros de producción del saber; no ha existido como práctica en Europa ni en Estados

Unidos, pero se relaciona con debates que han tenido gran importancia para el norte global. Por ello, si no aceptamos la importancia de la tesis contextual, es decir, que ciertos fenómenos, al ser analizados en sus contextos, pueden asumir matices importantes en su descripción y también en la discusión normativa que generan, corremos el riesgo de analizarlo exclusivamente desde la perspectiva de las dificultades que se producen en otros marcos socioculturales y con ello empobrecer el análisis. Sin descontar la posibilidad de que la investigación y su objeto de estudio sean considerados una excentricidad de países poco ordenados.

En segundo lugar, la posibilidad de emancipación a través del Derecho es un cuestionamiento tan complicado como esencial, una de esas preguntas que jamás deberíamos abandonar. Pese a que es difícil de contestar teóricamente, en el caso del poder judicial un poco de sentido histórico y sociológico nos obliga a desconfiar. Pensemos por ejemplo en los dobles criterios para sancionar a derecha e izquierdas radicales en la Alemania de Weimar, la histórica arremetida contra el *New Deal* que protagonizó la Corte Suprema de Estados Unidos, los procesos contra las Brigadas Rojas, la política de reformas judiciales promovidas desde el Banco Mundial y la Usaid, la amplia complicidad y rol activo que sostuvo el poder judicial durante las dictaduras que asolaron a Latinoamérica durante la década de los 80, la reciente legitimación judicial del golpe de Estado en Honduras y del *impeachment* en Brasil y porque no mencionar su complicidad con la esclavitud, del apartheid o de la segregación racial. Los casos mencionados son solo algunos buenos ejemplos en los que poder judicial ha dado muestras de que puede estar no solo al servicio del statu quo, sino que también favoreciendo la generación de las peores injusticias.

En tercer lugar, el poder judicial es la rama del Estado más cuestionada por la filosofía política contemporánea. El problema de la legitimidad democrática de sus decisiones ha sido

centro de una de las discusiones más importantes del último tiempo. Conviene decir desde ya que el activismo dialógico es una manifestación sofisticada de lo que se ha venido denominando *judicialización de la política*. Esto quiere decir que asuntos tradicionalmente decididos por medios políticos con legitimidad representativa –parlamentos y ejecutivos– empiezan a ser crecientemente despachados por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por resoluciones judiciales. Esto implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales¹. Decimos sofisticada porque la forma tradicional en la que se han desarrollado las críticas a la judicialización de la política no calza del todo con los activismos dialógicos y en gran medida este nos plantea el desafío de reflexionar sobre este tema crucial en nuestros tiempos con nuevos matices relevantes.

Finalmente, otra complejidad recurrente de la investigación y de los activismos judiciales en general es la que suele explicarse como los problemas técnicos, o *caja negra* de los activismos, que tendría que ver con la imposibilidad técnica de desplegar la implementación de las decisiones judiciales activistas. En este sentido, siendo conscientes de que la centralidad del problema deriva de la dimensión política que toda decisión técnica conlleva², los comprendemos como dificultades políticas e institucionales para obtener la efectiva ejecución o cumplimiento de las resoluciones judiciales generadas en procesos dialógicos.

¹ UPRIMNY, RODRIGO, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°6, año 4, 2007, p. 53. La expresión judicialización de la política es utilizada por Guizot y tiene un capítulo protagónico en el trabajo de Carl Schmitt y su paradigmática crítica al tribunal constitucional en su disputa con Hans Kelsen. Pueden verse ambas discusiones en KELSEN, HANS, *¿Quién debe defender la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995 y SCHMITT, CARL, *La defensa de la constitución*, Tecnos, Madrid, 1983. Sobre esto véase: PULIDO, BERNAL, *El derecho de los derechos*, Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 30 y ss.

² Sobre el concepto de técnica que inspira la reflexión indicada, véase BRONCANO, FERNANDO, *Entre ingenieros y ciudadanos: filosofía de la técnica para días de democracia*, Montesinos, Madrid, 2006.

La propuesta metodológica de una investigación cuyo objeto se encuentra insoslayablemente vinculado a intensas discusiones sobre qué es el Derecho no es tarea fácil. ¿Cómo investigar un objeto de estudio novedoso, cuyos presupuestos no lo son? ¿Cómo investigar un fenómeno jurídico periférico? ¿Cómo analizar con perspectiva contextual? ¿Es posible que los complejos contextos puedan ser solo una referencia central del análisis y no apoderarse del análisis mismo? ¿Cómo responder a la pregunta por las posibilidades de emancipación a través del Derecho? Esas preguntas representan algunos de los cuestionamientos que han tensionado el trabajo de investigación y que nos han conducido a la adopción de los siguientes ejes metodológicos:

1) En primer lugar, hemos intentado realizar un análisis que no solo comprenda una aproximación abstracta al activismo judicial dialógico y nos manifestamos reacios a cotejar su adecuación o no a los paradigmas teóricos que se han constituido como los referentes explicativos de las prácticas jurídicas sin considerar el contexto del cual emana el objeto de estudio. En otras palabras, una mirada excesivamente abstracta del activismo dialógico puede derivar en un ejercicio que reproduzca lo que se ha denominado colonialidad del saber, en el sentido de solo otorgar valor a las explicaciones que son realizadas desde las potencias colonizadoras y de excluir a todas las experiencias y explicaciones que no se correspondan con los marcos epistemológicos producidos e importados por las metrópolis del conocimiento. En este sentido, hemos encontrado lugar en el ámbito de las epistemologías situadas y en las epistemologías del sur, no solo para guiar nuestra investigación, sino también para advertir las injusticias cognitivas que tensionan discusiones centrales de la investigación³. Esta afirmación no debe conducir a defender un saber esencial

³ Cuestión que ha conllevado a intentar tomar en serio los consejos de Anzaldúa: “Tu camino del conocimiento requiere que encuentres tu lado oscuro y confrontes que te has programado a ti mismo (y has sido programado

autóctono y puro, ya que el mestizaje de los saberes también existe, y en el ámbito jurídico es especialmente intenso. No obstante, debe conducir, como mínimo, a valorar las metodologías que permitan una aproximación entre el Derecho y la realidad social a la que este se vincula, pese a la perplejidad que ello a veces conlleva. En particular, como se expondrá detenidamente en el primer capítulo, este planteamiento metodológico nos ha llevado a asumir el desafío de otorgar contenido a la noción de conflicto grave y estructural como categoría analítica básica de los activismos dialógicos que nos convocan.

2) En orden a lo anteriormente indicado, nuestro segundo eje metodológico es trabajar desde una visión del Derecho y de las ciencias sociales que supere el paradigma del formalismo jurídico y cuyo representante insigne es el positivismo teórico. En la práctica este eje conlleva estudiar el activismo dialógico no solo atendiendo a las normas que a propósito de él han surgido, sino también indagando en los condicionantes sociales, económicos y culturales en los que las normas son emitidas, enfrentando una serie de complejidades, entre las que se encuentra reconocer la inextricable relación entre el Derecho y la política. En otras palabras, este eje metodológico se anuda a una perspectiva antiformalista del Derecho que adopta el método de casos como fundamental, no solo para comprender mejor el activismo dialógico en sí mismo, sino también para evaluar sus buenos o malos resultados y para analizarlos desde el conflicto social que los casos contribuyen a superar. Por eso, como se verá, una parte central de la tesis está dedicada al examen pormenorizado de dos procesos dialógicos concretos, que además se realiza con un enfoque contextual, es decir, procurando ir más allá de la exégesis formal de las sentencias.

por tu cultura) para evitar (desconocer)” Cfr. ANZALDÚA, GLORIA, “Now Let us Shift...The Path of Conocimiento”, en VV.AA. *This Bridge We Call Home*, Routledge, Nueva York, 2002, p. 540-541. Citado en: FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2015, p. 2133 (Edición Kindle). Y que, de todos modos, en buena medida es una consecuencia del inspirador trabajo de Boaventura de Sousa Santos, su obra será citada durante toda esta investigación.

3) El tercer eje metodológico viene dado por el esfuerzo de ampliar la perspectiva estrictamente constitucional predominante en el estudio de nuestro objeto de estudio, y la marcada tendencia a analizarlo en función de las tensiones entre constitución y democracia. Sin perjuicio de que esta aproximación es un aporte esencial para pensar en el activismo judicial dialógico, los desafíos teóricos que este representa exceden dicha tensión. En efecto, las discusiones sobre los problemas contramayoritarios surgen con especial claridad en el marco de las facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes, pero este no es el caso del activismo dialógico, pues este normalmente se desenvuelve en el ejercicio de facultades judiciales de protección de derechos. Además, en los casos en los que estas facultades se encuentran descentralizadas jerárquica y territorialmente, es necesario dejar de circunscribir el activismo dialógico a las grandes Cortes y ampliar la reflexión a la judicatura en general. Con ello la crítica contra-mayoritaria no desaparece por completo, pero puede ser matizada y contextualizada.

4) Finalmente, el último eje metodológico viene dado por la pretensión de contribuir a las discusiones que el objeto de estudio debe generar, adoptando como perspectiva de análisis a la sociedad civil, y no al juez o al magistrado. Como es conocido, el protagonista de las aproximaciones a los activismos y de la teoría jurídica en general es el juez, dejando para un segundo plano otros sujetos del derecho que, sin embargo, nos resultan centrales para reflexionar sobre los activismos dialógicos, sobre todo porque lo que nos interesa indagar tiene que ver con las potencialidades de transformación social que ellos pueden o no posibilitar. Es por ello que, sobre la base de las transformaciones experimentadas por la acción colectiva y el progresivo ingreso a los ordenamientos jurídicos de contenidos materiales, entendemos el activismo judicial dialógico como una forma de acercamiento de los movimientos sociales al Derecho. Con ello, podríamos decir que se produce la

traducción de los conflictos sociales en conflictos jurídicos, pero no por la intermediación unilateral de un juez sensible a la problemática social, sino como resultado de la presión y la participación activa de los movimientos.

Teniendo en cuenta los anteriores ejes metodológicos, la estructura diseñada para la investigación es la siguiente:

1) En el capítulo I se realiza una presentación del objeto de estudio. Partimos con unas consideraciones analíticas destinadas a identificar y delimitar adecuadamente el significado que para esta investigación tendrá la expresión activismo dialógico. Para ello se traza una génesis histórica, se propone un concepto y un desarrollo de dicho concepto (§ 1). En segundo lugar se exponen algunas diferencias teóricas con otras orientaciones académicas relevantes: con el activismo judicial clásico y con dos corrientes de gran actualidad: el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular, preferentemente en Europa el primero y en Estados Unidos y Canadá el segundo (§ 2). Establecemos, finalmente, el contexto socio jurídico de nuestra investigación, es decir, el constitucionalismo latinoamericano de las últimas dos décadas (§ 3).

2) En el capítulo II realizamos una aproximación socio-jurídica al activismo judicial dialógico. Esta parte de la investigación se ha realizado con el apoyo del método cualitativo de caso extendido, que ha inspirado el trabajo de la sociología pública y de la Escuela de Manchester, cuyas características se explican en la introducción de este capítulo (§ 1). Por ello se ha optado por reducir la cantidad de casos a analizar y se ha preferido la investigación en profundidad, centrando la atención en los conflictos sociales que originan los casos y no solo en el tenor literal de las resoluciones judiciales. Así, en la primera parte de este capítulo estudiaremos el caso T-025-2014, de Colombia, que trata sobre desplazamiento forzado de personas (§ 2). En la segunda parte analizaremos el caso

Riachuelo, de Argentina, que se relaciona con los conflictos sociambientales urbanos en el contexto extractivista que atraviesa el Cono Sur (§ 3).

3) Finalmente, el capítulo III comprende una propuesta de análisis filosófico del activismo dialógico que se centra en la noción de diálogo democrático subyacente a las diferentes versiones contemporáneas de la democracia. En primer lugar se trazará un bosquejo de tres grandes modelos teóricos del debate actual: el deliberativo, el agonista y el participativo (§ 1). En segundo lugar tratará de trasladarse esta discusión a las nociones y roles del poder judicial que se plantean en cada uno de dichos modelos (§ 2). En tercer lugar se realizará un excursus crítico respecto del ideal de la separación de poderes, ya que este ha sido uno de los aspectos más censurados a la hora de plantear la cuestión del activismo judicial (§ 3). En último lugar, ensayaremos una explicación sobre las posibilidades contra hegemónicas del activismo judicial dialógico, tomando como marco de reflexión las nociones de dialogo democrático previamente analizadas (§ 4). La investigación finaliza con la exposición de las principales conclusiones a las que se ha arribado durante su desarrollo.

Termino esta introducción con algunos agradecimientos a personas e instituciones que contribuyeron a que esta investigación pudiese desarrollarse:

El primer agradecimiento es para mis directores de tesis, Dr. Mario Losano y Dr. Luis Lloredo, porque ha sido un equipo magnífico y esta investigación ha superado muchísimos errores gracias a sus correcciones. Sobre todo les agradezco el respeto y la amistad que ha permitido que estos años de trabajo sean una auténtica alegría.

En Chile, agradezco fraternalmente a los profesores: José Luis Guzmán Dalbora, Claudio Oliva, Luis Villavicencio, Jaime Bassa, Cristian Viera y especialmente a Fernando

Lobos, por sus consejos y ánimos para emprender una etapa de estudios de post grado. Mención aparte preciso para agradecer a Agustín Squella y Aldo Valle, porque contribuyeron de modo inestimable a que diera todos los pasos necesarios para iniciar esta ruta con alegría y convicción.

Agradezco a todas las personas que integran el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y especialmente a su taller permanente de teoría crítica y derechos humanos, porque los aprendizajes adquiridos en dicha instancia fueron determinantes de algunas de las decisiones más importantes de mi iniciación en la investigación y por ser uno de los primeros espacios de estudio en los que verdaderamente he podido vivir qué es aquello de sentipensar.

También agradezco a los profesores Vincenzo Ferrari, Roberto Gargarella, María Eugenia Rodríguez Palop, Javier Dorado, María José Fariñas, Francisco Javier Ansuátegui, Carlos Lema, Paola Bolado, Silvina Ribotta, Maristella Svampa, Gabriela Merlinsky, Rodrigo Uprimny, César Rodríguez Garavito, Mauricio García Villegas, pues con cada uno de ellos pude sostener conversaciones que me ayudaron a comprender y valorar diversos aspectos de la tesis. Gracias a Carlos Lema pude conocer al profesor Boaventura de Sousa Santos, sus textos eran parte de un curso de sociología jurídica en el que tuve la dicha de ser su alumna, durante esta tesis he podido leer gran parte de su obra, participar de sus cátedras, tanto en Madrid como Coimbra, conocer el proyecto Alice, y a estas alturas me parece sensato reconocer que veo en él a un referente intelectual importantísimo.

Tuve la inmensa alegría de poder desarrollar el capítulo II en contacto directo con los principales referentes académicos de los casos elegidos. En Colombia, y gracias una estancia de investigación en *Dejusticia*, pude sostener algunas de las conversaciones más hermosas y estimulantes de este trabajo. Son un admirable grupo de personas que me inspiraron y me

comenzaron a enseñar qué es un investigador anfibio, con lo que me ayudaron a encontrar uno de mis lugares en este mundo. Por ello siempre les estaré agradecida. También agradezco a sus investigadores más jóvenes, que con un talento impactante y fraternidad ayudaron a que mis objetivos de investigación en Colombia fueran alcanzados y superados. Especialmente agradezco a Carlos Andrés Baquero, Diana Guzmán, José Espinosa, Sebastián Villamizar, Paula Rangel, Sylvia Cristina, Luz María Sánchez, Paola Molano.

A mis amigos y compañeros de estudio en Madrid, especialmente a Rubén García, Carmen Montesinos, Gabriela Morales, Micaela Alterio, María Isabel Tallavas, Camila Gomes, Gianfranco Penneta, Edith Cresan, Julián Gaviria, Ana Arango, Ana Cristina Portillas, Diego Peña y a la gran Mónica Mazariegos, las conversaciones y lecturas compartidas han sido un aporte valioso del que les estoy muy agradecida. También agradezco a Andrea Medalla, Paula Arangio, María José Techera, Santiago Urraza, Jacqueline Comenares, Ricardo Espitia, Mar Indo y Francisco Vega; la familia madrileña.

A mis amigos en Chile, especialmente a los lolosaurios, Silvia Prado, Catalina García, Alejandra Silva, Marcela Rey, Iván Piña, Francisco Rebolledo, Daniela Bassignan y Christopher Corvalán, este último además de ser un amigo hermoso, ha sido un contertulio sensato y estimulante desde que esta tesis no pensaba siquiera existir hasta los últimos esfuerzos por terminarla. A Rene Squella, Sergio Carderón, Mellanie Collins, Nicol Martínez y Constanza Grau les agradezco infinitamente todas las veces que me han cargado de confianza y de pensamientos sabios y rebeldes.

El más especial de los agradecimientos es para Lautaro, porque tuve el honor de comenzar a ser su mamá cuando esta tesis comenzaba y llenó todo el proceso de vida linda. También a mi comunidad política de cuidados: mi club de abuelos, tíos y sobrinos, infinitas

gracias por impedir el temible choque entre la tesis y la vida y por apoyar con tanto amor cada una de las decisiones de mi vida. Finalmente, muy emocionada, agradezco a Pablo.

CAPÍTULO I: ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO EN LATINOAMÉRICA

El miedo se va perdiendo con el conocimiento

Graciela Huinao

I. PRECISIONES ANALÍTICAS

1. Génesis de la expresión

La génesis de la expresión activismo judicial dialógico es reciente. Se trata de un fenómeno del siglo XXI, con ascendente presencia en la literatura especializada. Preliminarmente podemos decir que se produce por una simbiosis de los trabajos académicos sobre deliberación política, que desde los años setenta protagonizan la reflexión filosófica sobre la democracia, con ciertos procesos judiciales sobre derechos humanos innovadores tanto en el contenido de las decisiones como en los procedimientos para su ejecución, y con el trabajo cada vez más sofisticado de organizaciones de derechos humanos y del movimiento social.

Esta noción ha sido utilizada por diferentes profesores que trabajan en la comprensión del funcionamiento de ciertos tribunales de justicia que actualmente constituyen verdaderos faros para el mundo de los derechos humanos. Uno de los primeros trabajos en los que pudo verse esta expresión es el de César Rodríguez Garavito⁴, a propósito de un agudo estudio sobre la labor de la Corte Constitucional Colombiana. También encontramos la expresión en el difundido texto de Rosalind Dixon⁵ a propósito de la Corte Constitucional Sudafricana y

⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010, p. 55 ss.

⁵ DIXON, ROSALIND, “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, volume 5, N° 3, 2007, pp. 391-419.

referencias muy similares pueden verse en Víctor Abramovich⁶, Roberto Gargarella⁷, Rodrigo Uprimny⁸, entre otros.

Junto a ello, la expresión es utilizada por una serie de activistas que hacen del litigio judicial una vía de acción en el marco de sus reivindicaciones⁹. Así encontraremos escritos dedicados al activismo dialógico en lugares tan heterogéneos como los informes anuales del trabajo realizado por una organización no gubernamental, las publicaciones más recientes de editoras jurídicas locales o la prestigiosa revista internacional de Derecho constitucional de Oxford.

En algunos casos la expresión utilizada es precisamente activismo judicial dialógico, mientras que en otros se hace referencia a un constitucionalismo deliberativo¹⁰, o a un constitucionalismo dialógico, y en otros simplemente a un activismo judicial. Estas divergencias son una consecuencia normal de su corta edad. Por ello es necesario asumir un concepto inicial de modo que comprendamos en específico a qué nos estamos refiriendo, sin mayores disquisiciones sobre las etiquetas, es decir, sobre cuál es la forma correcta o no de denominarlo. No obstante, como veremos, nuestra opción por *activismo judicial dialógico* se justifica en la perspectiva de análisis que nos interesa desarrollar.

⁶ VVAA., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, compilado por Víctor Abramovich y Laura Pautassi, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009.

⁷ Un trabajo fundamental y reciente sobre el tema es: VV.AA., *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella, S. XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

⁸ UPRIMNY, RODRIGO, RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.

⁹ Por ejemplo: CELS, *Derechos Humanos en Argentina: informe 2011*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

¹⁰ Un texto central con el que trabajaremos es: NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, traducción de Pedro Saba, Gedisa, Barcelona, 2003. Un ejemplo reciente es ALTERIO, MICAELA Y NIEMBRO ROBERTO, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso ‘vacantes’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, N°15, enero-junio 2011.

2. Concepto

Por activismo judicial dialógico comprenderemos un tipo de acción jurídica que, impulsada por los tribunales de justicia y por la sociedad civil, busca generar *diálogos democráticos* que conduzcan a decisiones judiciales, y a sus respectivos procesos de ejecución, que contribuyan a generar los cambios sociales necesarios para poner fin a vulneraciones de derechos fundamentales propias de los *conflictos graves y estructurales* que se padecen en los países en los que este se ha desarrollado¹¹.

A continuación desgranaremos uno por uno los elementos de esta definición inicial.

3. Desarrollo del concepto

3.1 Activismo judicial

La significación sociopolítica del poder judicial cambió de forma significativa desde el surgimiento de los Estados de bienestar en los países centrales y desde los procesos transicionales a la democracia de países periféricos y semi periféricos, transformaciones que llevaron a que los poderes judiciales asumiesen un rol respecto del contenido social del Estado de Derecho y que la pasividad dejara de ser el rasgo definitorio e indiscutible de su labor¹². Esta precisión inicial es fundamental, porque es el marco histórico y social en el que se ha generado el activismo judicial en la forma en que hoy lo entendemos y del cual forma parte el activismo dialógico.

También, nos permite adoptar una perspectiva actual y considerar solo en una justa medida la reflexión liberal decimonónica en torno al juez, especialmente preocupada por su

¹¹ Al utilizar la palabra *acción jurídica* no aludimos a la acepción procesal de la expresión, sino a su acepción sociológica. En efecto, buscamos desarrollar una comprensión que trascienda su etapa estrictamente judicial y también a aquellas concepciones Derecho que presuponen que este es un fenómeno autónomo, para analizarla en su vinculación dinámica y compleja con otros ámbitos sociales, como la moral, la economía o la cultura. Somos conscientes que este punto de partida asume compromisos epistemológicos determinados, los cuales serán desarrollados a lo largo de esta investigación.

¹² SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, revisión de la traducción de Carlos Lema Añón, Trotta-ILSA, Madrid, 2009, p.80

neutralización política y por su pasividad, cuestión que se constituyó a superar la estructura del poder feudal¹³. Es en este marco que se fue construyendo un poder judicial con altas exigencias técnicas, destinado a ser la boca de la ley, éticamente muy débil¹⁴. Uno de los argumentos medulares para que el proceso de neutralización del poder judicial se desencadenara fue la soberanía popular o principio democrático de autogobierno, que confiere la legitimidad de las decisiones políticas al parlamento y que priva a los jueces de la posibilidad de adoptar resoluciones que sobrepasen los márgenes que el legislador impone a su actuar¹⁵.

Pese a todos los cambios que han influido en que el juez hay abandonado cuotas de pasividad, no es prudente desatender el modelo decimonónico de juez, pues sigue siendo de gran influencia en las culturas jurídicas de países semi periféricos, como lo son los países latinoamericanos. Es más, en dicho contexto las ideas de pasividad, racionalidad y

¹³ Hacemos referencia al modelo continental europeo: "...en el modelo tradicional británico -orientado en un sentido historicista- la garantía de los derechos se resuelve *con la prioridad del poder judicial sobre el gobierno y sobre el poder legislativo*. El primero, que por su naturaleza parte de la práctica consuetudinaria, tutela los derechos afirmados por la experiencia contra las pretensiones de monopolio de los gobernantes y de los legisladores. En la revolución francesa este esquema no era posible por una serie de motivos que ya hemos analizado, y que separa decididamente la experiencia revolucionaria francesa de una cultura de los derechos y libertades de impronta historicista. En concreto, la revolución no puede ni quiere conceder un papel garantizador importante a los jueces, porque parte de la experiencia histórica del Estado absoluto que la condena a ver los jueces o como funcionarios de Estado, o como enemigos de la unidad política de la nación en el caso de que éstos, como herederos de privilegios aristocráticos, hubiesen querido independizarse de la voluntad política soberana, hasta el punto de poderla contestar eficazmente. En una situación de este género no se reconocía la raíz del gobierno limitado, a la inglesa, sino la existencia de un peligro concreto para la unidad y la soberanía de la nación y de sus representantes..." FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007, p. 72.

¹⁴ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, citado, p.88

¹⁵ Cabe destacar que diversos romanistas advierten que esta característica del juez tiene una explicación históricamente más fuerte en el aislamiento de la política que generó el sistema germánico tanto para el juez, como para el Derecho en general. Véase: SCHIAVONE, ALDO, *Ius. La invención del Derecho en occidente*, traducción de German Prósperi, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2011, p. 209 y ss.

perfección técnica judicial ingresaron por doble vía: por la herencia colonial del Derecho hispánico y por el modelo francés que inspiró el Derecho civil¹⁶.

Un paréntesis relevante para una distinción de interés: en la tradición inglesa la situación es bien diversa, y tener este aspecto presente puede ser relevante, ya que la doctrina anglosajona ejerce una gran influencia en la academia y en las diversas discusiones que tienen que ver con el poder judicial. La diferencia más importante tiene que ver con la diversa jerarquía entre las fuentes del Derecho. Para el *common law* la fuente más importante es el precedente judicial, la decisión adoptada por un juez anterior en un caso análogo. En cambio, en el sistema continental la principal fuente es la norma codificada, de carácter general y abstracta. Estas diferencias precisan matización pues en los últimos decenios se ha venido produciendo un proceso de aproximación entre ambos sistemas: mayor influencia de la jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos del sistema romano-germánico, por un lado, y mayor importancia de la ley o *statute law* en los ordenamientos del *common law*¹⁷.

Retomando el argumento, el interés de esta reflexión también surge para indicar que la escuela decimonónica es mucho más que un modelo de actuación de juez, ya que termina siendo una “respuesta a la pregunta de cómo se estructura, sistematiza, enseña y aprende el Derecho¹⁸”. Muchas generaciones de abogados se han formado bajo el alero de la pasividad judicial, por lo que este modelo y los fundamentos que le subyacen sigue formando parte de la cultura jurídica de los países periféricos.

¹⁶ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 141 y ss.

¹⁷ Véase LOSANO, MARIO, *I grandi sistema giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 262 y ss. BARBERIS, MAURO, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, passim.

¹⁸ LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2012, p. 158. Más específicamente, la idea básica es que la tradición civilista francesa y la exégesis que la representa es mucho más que un método de interpretación.

Esta apretada explicación busca destacar que estos dos paradigmas, el decimonónico tendente a la pasividad judicial y el contemporáneo tendente al activismo judicial, desde la segunda post guerra, se encuentran en una enérgica tensión. Esta tensión se resignifica en función de las diversas circunstancias históricas, políticas y geográficas que tomemos como referencia y ha influido en la reflexión filosófica política sobre el poder judicial. Explica, entre otras cosas, la obsesión de la teoría jurídica canónica por la figura del juez¹⁹.

Pese a los poderosos cimientos de la pasividad judicial, el activismo ha generado un camino extenso. Por eso resulta central indicar qué entendemos por activismo. En este sentido, comprendemos que el sustrato común a los diversos activismos consiste en considerar que los procesos judiciales contribuyen de diverso modo a los cambios sociales. La idea central es que el juez no se encuentra separado del acontecer social, político, económico y cultural. Los jueces contribuyen, por acción u omisión, a las transformaciones; sus acciones no son neutras, objetivas o asociales, porque el Derecho mismo no lo es. Profundizar en dichas afirmaciones nos permitiría entrar en discusiones de filosofía del Derecho muy importantes y problemáticas. Esta no es la ocasión para ello, pero sí para indicar que el activismo judicial tensiona la tradición positivista y expone dimensiones antiformalistas de la reflexión sobre el Derecho que son fuente de discusiones perennes y que iremos viendo más adelante.

Dos buenos ejemplos de activismo judicial son: 1) el de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declara la inconstitucionalidad de la segregación racial en establecimientos educacionales, poniendo fin a la doctrina *separados pero iguales* (caso

¹⁹ LLOREDO ALIX, LUIS, “Una propuesta de redefinición de la teoría jurídica a la luz del movimiento de los indignados”, en VV.AA, *Educación la mirada, documentales para una enseñanza crítica de los derechos humanos*, editado por José Antonio García Sáez y Raquel Vañó Vicedo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 211.

Brown v. Board Education, 1954²⁰. 2) El de algunos jueces de Brasil a propósito del movimiento de *Los Sin Tierra*, como el *Grupo de Magistrados Gauchos*, ligados a la Asociación de Jueces de Rio Grande del Sur, que trabajan en desarrollar *Derecho alternativo* e incluso participan en cursos de preparación de nuevos jueces en la Escuela Superior de Magistrados de Rio Grande del Sur, concienciando a los futuros funcionarios sobre la importancia de desarrollar un *nuevo Derecho*²¹. Para ellos el nuevo Derecho comprende: a) el positivismo de combate o militante, cuando se puede aplicar el Derecho vigente; b) el uso alternativo del Derecho: como actitud hermenéutica respecto del Derecho positivo vigente; c) Derecho alternativo, como superación de la legalidad, que de todas formas se plantea como excepcional²².

Ambos casos nos ayudan a desvelar una idea básica que forma parte del sentido común actual: los activismos judiciales son problemáticos y controvertidos. Retomaremos este argumento más adelante, pero resumidamente advertimos desde ya que son activismos judiciales tradicionales, pues en su fundamentación y desarrollo conservan un matiz eminentemente *clásico*, en el sentido de que no replantean la función judicial, ni su relación con los demás poderes del Estado y la sociedad civil. Argumentaremos que los activismos

²⁰ PUGA, MARIELA, *Litigio estructural*, tesis doctoral, dirección de Carlos Rosenkrantz, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 58 y ss. Un trabajo clásico sobre la Corte Suprema de EEUU es: CHAYES ABRAM, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, N°89, 1976, p.1281-1316. SIEGEL, REVA, "El discurso de la igualdad: los valores de antisubordinación y anticlasificación en las luchas constitucionales en torno al caso Brown", en *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, traducción de Leonardo García Jaramillo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 44 y ss. Véase también, BERGALLO, PAOLA, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de Derecho público en Argentina", p.11.

²¹ WOLKMER, ANTONIO, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de potosí, San Luis de Potosí, 2006, p. 135.

²² LOSANO, MARIO, "La ley y la azada: orígenes y desarrollos del Derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", en *Derechos y libertades*, N°19, 2000, p. 315; *Función Social de la propiedad y latifundios ocupados. Los sin tierra de Brasil*, traducción de Laura Calvo Valdivieso, Dykinson, Madrid, 2006. Cfr. WOLKMER, ANTONIO, "Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva Latinoamericana", en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, Porrúa, México, 2002, p.166. HOUTZAGER, PETER, "El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil", en *Revista el Otro Derecho*, N°35, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2006, pp. 135-168.

dialógicos comprenden un ámbito de reflexión innovador que permite transitar nuevas rutas argumentativas para discutir acerca de su legitimidad.

3.2 Activismo judicial progresista

Antes de avanzar, es necesario un paréntesis para una reflexión central: la importancia de no confundir activismo judicial con progresismo jurídico. Muchas veces, al hablar de activismo pareciera ser que este siempre es progresista, pero la realidad está muy lejos de ello. Los activismos también pueden ser conservadores, antidemocráticos y oligárquicos, incluso dictatoriales y totalitarios. Una manifestación de dicha aseveración la encontramos en el trabajo de Philipp Heck quien, pese a encontrarse en las listas de los más ilustres antiformalistas alemanes, contribuyó a la teoría jurídica del régimen nazi, proporcionando un buen brazo teórico para desprenderse de las incomodidades que les representaban las normas de la constitución de Weimar²³.

Son múltiples los casos que nos permiten reflexionar sobre el progresismo y conservadurismo del poder judicial. Roberto Bergalli lo ha estudiado en Latinoamérica, indicando que “la función de administrar justicia ha participado en los países latinoamericanos de una manera de reflexión jurídica que ha contribuido decididamente en la construcción de una forma-Estado autoritaria²⁴”. Es decir, lejos de ser un bastión de

²³ LLOREDO ALIX, LUIS, “La socialización del Derecho: el antiformalismo y los Derechos económicos, sociales y culturales” en VV.AA, *Historia de los derechos fundamentales S. XX*, V 1, libro 2, Dykinson, Madrid, 2014, p.933-1002. PRIETO SANCHÍS, LUÍS, *Ideología e interpretación Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 40.

²⁴ BERGALLI, ROBERTO. “El Estado democrático en América Latina y la cuestión judicial: el caso argentino”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, N°3, 1984 p. 49. El patrón de relación entre jueces y regímenes autoritarios es bastante generalizado, Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, citado, p. 108 y ss, 468; VV.AA. *Transition to democracy in Latin America: the role of the judiciary*, editado por Irwin Stotzky, Westview Press, Boulder, 1993. Para el caso chileno la extraordinaria obra de HILBINK, LISA, *Judges Beyond Politics in Dictatorship and Democracy. Lessons from Chile*, Cambridge University Press, New York, 2007 y MATUS, ALEJANDRA, *El libro negro de la justicia chilena*, Planeta, Santiago, 1999. Para el italiano véase SENESE, SALVATORE, “La institución Judicial

emancipación, ha sido cómplice de los autoritarismos. En este sentido, el profesor Eduardo Novoa Monreal, refiriéndose a Chile, señala: “ese poder, particularmente la Corte Suprema, es un incondicional defensor del status social, económico y político vigente y reprueba a quienes luchan por cambios sociales. Para pertenecer a él se exige adhesión a posiciones tradicionalistas y de conformismo social. Los miembros de la Corte Suprema tienen vínculos y relaciones con los sectores más conservadores de la sociedad chilena y, generalmente, proceden de ellos²⁵”. Y por retomar el caso estadounidense, al que ya hemos hecho referencia, la Corte Suprema se pronunció en contra de la segregación racial, durante el periodo en que Earl Warren fue su presidente (1953 a 1969). En cambio, también se pronunció persistentemente a favor de las oligarquías en los tiempos de Ronald Regan²⁶.

La interminable lista de actuaciones judiciales progresistas y conservadoras nos interpela a no incurrir en esencialismos. Que indagemos en los progresismos jurídicos no conlleva que consideremos que éstos son abundantes, normales o propios de la labor judicial. Mucho menos en esta etapa de la investigación.

Esta advertencia es cardinal, pues nos interesa circunscribir el estudio a los activismos progresistas, ya que son éstos los que nos conducen a reflexionar sobre la posibilidad

en Italia de la segunda post guerra hasta hoy”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, editado por Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, p. 36 y ss. En Argentina, véase VERBITSKY, HORACIO, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto, sin justicia ni control*, Planeta, Buenos Aires, 1993; BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, *¿Usted también, doctor?: Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015. En España véase, JIMÉNEZ VILLAREJO, CARLOS Y DOÑATE MARTÍN, ANTONIO, *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial*, Pasado y Presente & Presente, Barcelona, 2012.

²⁵ EDUARDO NOVOA MONREAL, “Justicia de clases”, en *Revista Mensaje*, N°187, Santiago, marzo-abril de 1970.

²⁶ Véase: LAMBERT, EDOUARD, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la constitución social en EEUU*, Tecnos, Madrid, 2010. Cfr. PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 144 y 173. Para una actualización del conservadurismo de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la identificación de sus intereses con la élite empresarial, véase: BERTOMEU, JUAN Y SAFFON, MARÍA PAULA, “Raza, sexo, clase, empresas y Corte Suprema Reflexiones en torno a la problemática mirada de la Corte Suprema estadounidense sobre la igualdad”, en *Revista Sin Permiso*, 15 de septiembre 2013.

emancipadora del Derecho. Qué entendemos por *progresismo* jurídico es una cuestión no pacífica, es de aquellas palabras con un gran contenido ideológico, por lo que lo más sensato es indicar en qué sentido la utilizaremos. Vamos a entender como progresista a aquellas *normas, decisiones y prácticas jurídicas que se comprometen con una noción robusta de igualdad, por la cual entenderemos una que cruce a todos los derechos*. Somos conscientes que en la práctica este proceso es evolutivo, tal como nos indica Epp en su *La revolución de los derechos*, pero buscamos una categoría normativa que pueda constituirse como un parámetro de evaluación de las decisiones jurídicas y dejar establecido con claridad de qué hablamos cuando atribuimos el calificativo de progresista a una norma²⁷.

Esta noción de igualdad comprende, en primer lugar, un compromiso serio con el desarrollo de derechos sociales²⁸. En segundo lugar, también comprende igualdad para decidir sobre la propia vida, sobre las nociones de vida buena y, en este sentido, se opone a cuestiones tan profundas como el patriarcado o la dominación de la religión católica, por ejemplo, el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos²⁹. Finalmente, la igualdad de participación por ningún motivo puede estar ausente de una “noción robusta de igualdad”.

²⁷ Revolución de los derechos refiere a un proceso sostenido y evolutivo de expansión de los derechos y las libertades. Cfr. EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.

²⁸ Véase: VVAA. *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Courtis, y Ramiro Ávila Santamaría, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2006; BUSTOS BOTTAI, RODRIGO, *Derechos sociales. Exigibilidad y justicia constitucional*, Librotecnia, Santiago, 2014; VV.AA, *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, coord. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010; COURTIS, CHRISTIAN, ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

²⁹ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Penguin Random House, Bogotá, 2014, p. 209. Entre los desarrollos jurisprudenciales de derechos sexuales y reproductivos destacan los casos de despenalización del aborto por inconstitucionalidad de las normas que lo penalizan. Véase: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-335-2006, Magistrada Ponente: Clara Inés Hernández y Jaime Araújo Rentería. En este ámbito también encontramos la paradigmática sentencia del caso *Roe v. Wade*, 1973, en que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de las leyes que penalizan el aborto. Sobre este caso, véase: SIEGEL, REVA, Y POST, ROBERT, “La furia contra el fallo «Roe»” constitucionalismo democrático y reacción violenta”, en *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, citado, p. 173 y ss.

Por ejemplo, en este ámbito, una práctica jurídica progresista sería la creación de una acción positiva³⁰, que sin duda puede y ha tenido generación jurisprudencial en muchas ocasiones³¹.

Una muestra de las contradicciones que pueden surgir en estas diversas dimensiones de la noción de progresismo es las tendencias conservadoras de líderes de izquierda, que se manifiestan en sus posiciones ante temas como el aborto o los matrimonios de personas del mismo sexo. Por ello preferimos utilizar la expresión progresista y no la palabra izquierda, pensemos, ya que no todas las políticas de izquierda son progresistas en el sentido que queremos utilizar³². Estas inconsistencias del pensamiento y de las prácticas de izquierda han sido visibilizadas y criticadas por los feminismos de todas las tendencias³³.

Finalmente, la noción de progresismo tiene otras complejidades más profundas, a las que podemos abrir paso a través de preguntas como las siguientes: ¿quién determina el progreso? ¿Cuál es su vara de medida? ¿Podemos dar una noción general y abstracta del mismo? Immanuel Wallerstein señala que una de las acusaciones que se pueden hacer al eurocentrismo en las ciencias sociales precisamente se encuentra en imponer una idea de

³⁰ Las acciones positivas son medidas de igualdad que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y tienen como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos. Sus tres características principales son: dividen a la sociedad en colectivos cuya desigualdad material se manifiesta desde un punto de vista grupal, esto es, tiene como fundamento la igualdad material entre colectivos; tienen como finalidad compensar la desigualdad material que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo; el rasgo que determina la diferencia es la característica que los cohesionan como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros del mismo (ej.: el sexo, raza, orientación sexual).

³¹ Precisamente así sucedió en España, pues fue el Tribunal Constitucional, con la sentencia 128/1987, quien generó el primer precedente de reconocimiento de una acción positiva. Sobre esto, véase GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 65 y ss.

³² Esta situación ha sido foco de atención para diversos medios de comunicación. Entre ellos, véase: http://www.eldiario.es/sociedad/Derecho-progresia-America-Latina-socialista_0_212428880.html (visitado en agosto de 2014)

³³ La reflexión sobre el sentido de la palabra izquierda tiene una extensa literatura, un texto clásico es BOBBIO, NORBERTO, *Derecha e izquierda ¿existe aún la izquierda y la derecha?*, traducción de Alessandra Picone, Taurus, Madrid, 2000. Respecto de la crítica feminista a las prácticas de izquierda y a la teoría marxista, véase FEDERICI, SILVIA, *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, traducción de Carlos Fernández y Paula Martín, Traficantes de Sueños, Madrid, 2013. MACKINNON, CATHARINE, *Hacia una teoría feminista del Estado*, traducción de Eugenia Marín, Cátedra, Madrid, 1995.

progreso, noción que siempre ha tenido una identificación europea³⁴. Su reflexión es parte de múltiples investigaciones y teorías que se cuestionan la idea de progreso. Entre ellas encontramos a la Teoría de la Dependencia³⁵, el trabajo de grupos de investigación como modernidad/colonialidad³⁶, el equipo del Centro de Estudios Sociales de Coimbra (CES)³⁷, o el trabajo del grupo Comuna³⁸, entre muchos otros.

Dicha forma de comprender el progreso es parte de lo que el profesor Boaventura de Sousa Santos denomina *pensamiento abismal* moderno, caracterizado por trazar una línea respecto de todos los otros saberes que quedan al margen del canon occidental, a los cuales trata como inexistentes. Por ello no existe el saber indígena, campesino, popular, laico, plebeyo. Desaparecen como conocimientos relevantes o conmensurables porque se encuentran más allá de la verdad y de la falsedad, y son incapaces de llegar a ser un conocimiento real, a diferencia de la ciencia, la filosofía o las teologías: “la asimetría entre los saberes ocurre sobrepuesta a la simetría de los poderes. En términos de tipos ideales, hay dos modos opuestos de accionar esa asimetría. La primera consiste en maximizarla, llevando

³⁴ WALLERSTEIN, IMMANUEL, “El eurocentrismo y sus avatares: los dilemas de las ciencias sociales” *Revista de sociología Universidad Chile*, V. 15, 2001, p. 33.

³⁵ La teoría de la dependencia surge en América Latina en las décadas del 60 y 70. En sus planteamientos más característicos estuvo el señalar que: 1. el subdesarrollo está directamente ligado a la expansión de los países industrializados; 2. Desarrollo y subdesarrollo son dos aspectos del mismo proceso; 3. El subdesarrollo no es precondition del desarrollo, ni un paso previo a este, es una condición en sí misma.; 4. La dependencia no se limita a las relaciones entre países, sino que se proyecta a relaciones en la estructura interna de las sociedades. Esta teoría, junto a la *teología de la liberación* y la *investigación acción participativa*, son las aportaciones más importantes que Latinoamérica realiza al pensamiento crítico del siglo XX.

³⁶ El grupo de trabajo Modernidad-Colonialidad, desde 1996, reúne a connotados profesores que trabajan desde una perspectiva crítica temas vinculados a la colonialidad (del ser, del saber y del conocer). Para consultar algunas claves de su pensamiento, véase: VV.AA. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, coordinado por Edgardo Lander, Clacso, Buenos Aires, 1994.

³⁷ El centro de Estudios Sociales de Coimbra reúne a una serie de investigadores, entre ellos el profesor Boaventura de Sousa Santos. Desde hace algunos años vienen ejecutando un proyecto sobre epistemologías del sur. Su página es: <http://alice.ces.uc.pt/en/?lang=pt> (visitada en julio 2015)

³⁸ El *Grupo Comuna* es un equipo de investigación Boliviano que se reúne para reflexionar en torno a ideas como plurinacionalidad o buen vivir y para apoyar el actuar los movimientos sociales que protagonizaron los cambios constitucionales del 2008 en Bolivia. En este grupo han participado Álvaro García Linera, Luis Tapia, Raúl Prada, Óscar Vega, Raquel Gutiérrez, entre otros. El grupo se encuentra en una etapa de transición, producto de divergencias respecto de la conducción del gobierno de Evo Morales y específicamente por la incapacidad de avanzar en el proyecto plurinacional. Para conocer más de este grupo, véase: <http://dinamicas-moleculares.webnode.es/comuna/>

al máximo la ignorancia al respecto de los otros saberes, o sea, declarando su inexistencia. A este modo le llamo fascismo epistemológico porque constituye una relación violenta de destrucción o supresión de otros saberes. Se trata de una afirmación de fuerza epistemológica que oculta la epistemología de la fuerza. El fascismo epistemológico existe bajo la forma de epistemicidio cuya versión más violenta fue la conversión forzada y la supresión de los conocimientos no occidentales llevada a cabo por el colonialismo europeo y continúa hoy bajo formas no siempre tan sutiles³⁹”. Por tanto, todas las visiones de progreso diversas que conforman esos otros saberes inexistentes no han participado de la construcción de nuestras subjetividades, del poder, ni del conocimiento reconocido como tal.

Diversos autores que iremos estudiando en el desarrollo de esta investigación destacan como punto central que la dominación basada en la colonialidad y el colonialismo han sido ignorados por la izquierda latinoamericana y que ésta se ha centrado en las luchas de clases y los problemas relativos a la desigualdad, denostando a las comunidades indígenas y afrodescendientes⁴⁰. Una tesis fuerte que no encuentra excepción en los gobiernos de Evo Morales o Rafael Correa, pese a que ambos asumían sus cargos en un momento constitucional que se presentaba como descolonizador y transformador⁴¹. Lejos de lo que se

³⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “¿Un occidente no occidentalista? La filosofía a la venta, la docta ignorancia y la apuesta de Pascal”, en *Para descolonizar occidente más allá del pensamiento abismal*, traducción de Rebeca Peralta Mariñelanera, Clacso, Buenos Aires, 2010, p. 68.

⁴⁰ Sobre esta tensión clave en la historia del pensamiento Latinoamericano, véase LÖWY, MICHAEL, *El marxismo en América Latina. Antología, desde 1909 hasta nuestros días*, LOM Ediciones, Santiago, 2015, p. 9-65; CUEVAS, AGUSTÍN, *Entre la ira y la esperanza y otros ensayos de crítica Latinoamericana*, compilado por Alejandro Moreano, Siglo del Hombre Editores, Clacso, Buenos Aires, 2008, p. 177 y ss.

⁴¹ Cada vez tenemos más casos, son realmente inconmensurables. Solo por mencionar algunos: en Ecuador la explotación petrolera en territorios del pueblo *Sarayaku* que fundamentó una de las decisiones más importantes del sistema interamericano respecto de consulta indígena (Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador), o los problemas en el *Yasuni*, también en Ecuador. En Bolivia el caso de la carretera que atraviesa el *Tipnis* (Parque Nacional Isiboro Secure). En Brasil la represa de *Belo Monte*. A propósito de ella, el sistema interamericano emitió una medida cautelar para impedir continuar con la obra hasta la realización de una Consulta previa libre e informada. El proyecto minero *Pascualama* en Chile y Argentina. Todos estos casos son expresión de conflictos ambientales que contemplan las tensiones y contradicciones que estamos intentando ilustrar. Para una comprensión de estos conflictos, véase MAZARIEGOS, MÓNICA, “Extractivismo y precariedad de la vida. Una realidad que transcurre sin pedir permiso”, en *Derecho a la*

esperaba, sus mandatos han sido especialmente agresivos para las comunidades indígenas como consecuencia de la profundización del *modelo extractivista* que se basa en la extracción masiva de minerales, petróleo, animales para la ganadería y la pesca, el agro-negocio y sus monocultivos –especialmente graves son el caso de la soja, la palma aceitera, los pinos y los eucaliptos–, y los múltiples proyectos energéticos que se deben desarrollar para poder realizar dichas operaciones. Estas prácticas retroalimentan un modelo económico en un marco de *racismo ambiental*, pues las comunidades indígenas y afrodescendientes son especialmente afectadas⁴².

Por ello, los movimientos indígenas, socioambientales, el mundo de los derechos humanos y también algunos sectores de las izquierdas latinoamericanas, confluyen en manifestación de una idea fuerte: la lucha anticolonial no puede realizarse de espaldas a la lucha anticapitalista, ya que “la dominación de clase y la dominación étnico-racial se alimentan mutuamente, por tanto, la lucha por la igualdad no puede estar separada de la lucha por el reconocimiento de la diferencia⁴³”. Esta es una cuestión que en el ámbito que estudiamos se entrelaza y coge fuerza en los fundamentos del *buen vivir*, por el que comprendemos, preliminarmente, la traducción al castellano del *Suma Qamaña* en aymara, y el *Sumak Kawsay* en quichua o el *Küme Mongen* en mapuzugun, que en lo esencial

consulta y disenso. Por el uso contrahegemonico del Derecho, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid, p. 16 y ss.

⁴² MARTÍNEZ ALIER, J., *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*, Quimantú, Santiago, 2014, p. 210 y ss. Tomamos la noción de racismo ambiental del movimiento ecologista estadounidense, en cuanto denunciaba que los barrios de las comunidades afrodescendientes eran los más afectados por los residuos tóxicos, para realizar un símil con lo que sucede con los pueblos indígenas de América Latina, pues los grandes proyectos extractivos suelen situarse en territorios ancestrales. Para una visión en clave eurocéntrica de la importancia de la reflexión mediambiental en el análisis de los actuales problemas que atraviesa la humanidad, véase, SOTELO, IGNACIO, *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, citado, p. 403 y ss.

⁴³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el estado en américa latina*, Instituto de Derecho y Sociedad, Lima, 2010, p. 29. GARAVITO, CÉSAR, CARLOS ANDRÉS, BAQUERO, *Reconocimiento con redistribución. El Derecho y la justicia étnico racial en América Latina*, Dejusticia, Bogotá, 2015, p. 18; Cfr. PRADA, RAÚL, *Descolonización y transición*, Abya-Yala, Quito, 2014, p. 35.

comprenden una concepción de la vida en respeto profundo con la naturaleza, que se confronta no solo con las consecuencias de la lógica del desarrollo, sino además y principalmente con propia idea occidental que vincula desarrollo con crecimiento económico⁴⁴. Son prácticas que inspiran las tradiciones andinas, que en los últimos años han tenido diversos adherentes políticos e investigadores interesados en comprenderlos, cuestión que ha ido ampliando el horizonte de su influencia política y transformadora⁴⁵. En este sentido, el profesor Alberto Acosta señala que, sin perjuicio de que el anclaje se encuentra en el mundo indígena andino, también se puede sustentar desde otros principios: aristotélicos, marxistas, ecologistas, feministas, cooperativistas y humanistas⁴⁶.

En Europa, encontramos un importante aire de familia en el trabajo académicos y académicas y los movimientos sociales que enarbolan las banderas de la defensa de los *bienes comunes* –como el agua y las semillas– expresión en desarrollo que alude a un tipo de bienes que no es posible comprender desde un paradigma de la defensa de propiedad privada, individualista, ni pública o estatal, que solo teóricamente se encuentra separada del mercado. Los autores que se inscriben en el trabajo por levantar esta categoría de los *bienes*

⁴⁴ Para una un estudios de la historia y críticas de la noción de desarrollo véase UNCETA, KOLDO, “Desarrollo, Subdesarrollo, Maldesarrollo y Postdesarrollo”, en *Desarrollo, postcrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, compilado por Martínez, Esperanza y Acosta, Alberto, Abya-Yala, Quito, 2014, pp. 31-100.

⁴⁵ En este sentido se habla de Buen Vivir como recuperación “La reivindicación y defensa del Buen Vivir en clave de restauración apuntan a la existencia de principios, códigos, y valores que han resistido y persistido durante más de quinientos años, los cuales sería preciso rescatar para así recuperar la cultura de la vida, en armonía y respeto mutuo con la naturaleza (Choquehuanca, 2010). La idea de armonía se convierte así en aspecto central de la reivindicación del Buen Vivir andino, como sinónimo de equilibrio desde una concepción holística que persigue la concordia entre lo material y lo espiritual (Yampara, 2008) La noción de interrelación o interdependencia entre todos los ámbitos de la existencia constituye otro de los aspectos básicos de la reivindicación del Buen Vivir como paradigma comunitario de la cultura de la vida (Huanacuni, 2010). En todos estos planteamientos subyace la centralidad de la filosofía y las formas de vida de los pueblos originarios andinos –y la necesidad de su rescate- como base de las propuestas del Buen Vivir” Cfr. UNCETA, KOLDO, “Decrecimiento y Buen Vivir ¿Paradigmas convergentes?”, en *Desarrollo, postcrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, citado, p. 126.

⁴⁶ ACOSTA, ALBERTO, *El buen vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la constitución de Montecristi*, Policy Paper N°9, Friedrich Ebert Stiftung, Ecuador, 2010, p. 13

comunes buscan explicar que éstos deben ser defendidos de sus enemigos, a saber, los Estados y el sector privado, representado por empresas transnacionales.

Asimismo, las vindicaciones de los *bienes comunes* son elocuentes interpelaciones para responder a las contradicciones indicadas y defender la vida, pues su rasgo propio es la estrecha conexión con la reproducción de la vida. En el norte global un buen ejemplo de esta defensa es el *decrecimiento*, una propuesta crítica del modo de vida opulento del norte global que propone reducir el nivel de producción y consumo. La idea es que se restaure un equilibrio con el medio natural que la industrialización, la urbanización y el colonialismo han roto. El decrecimiento defiende la vida social, el ocio creativo, el reparto del trabajo, la renta básica ciudadana, la reducción del tamaño de la producción, la administración y el transporte, la recuperación de la vida local, la sobriedad y la sencillez voluntaria, así como la lentitud, pues la velocidad es la cara oculta de la riqueza⁴⁷.

En definitiva, la noción de progresismo es compleja por las razones que hemos indicado. Por ello era necesario señalar por qué la utilizamos y en qué sentido; a saber, como noción robusta de igualdad en los términos especificados más arriba. Ante todo nos interesa dejar en claro que los activismos progresistas denuncian y han denunciado la desigualdad socio económica, la pobreza, la vulneración de derechos sexuales y reproductivos, la segregación, el apartheid, el socavamiento de pueblos indígenas, la contaminación ambiental producida por millonarias empresas multinacionales, es decir prácticas que desde diversos puntos de vista comprometen el ideal de igualdad y de la libertad. Si son efectivos, estos activismos podrían perturbar a quienes detentan la hegemonía en nuestras sociedades, y

⁴⁷ TAIBO, CARLOS, *El decrecimiento explicado con sencillez*, Catarata, Madrid, 2011. PÉREZ OROZCO, AMAIA, *Subversión feminista de la economía*, Traficante de Sueños, Madrid, 2013. Respecto a las divergencias y convergencias entre el decrecimiento y el buen vivir, véase UNCETA, KOLDO, *Desarrollo, postdecrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, citado, p. 121 y ss.

pueden llegar a ser una vía para denunciar algunas de las causas estructurales de los problemas que nos afectan. Claramente, esto nos lleva a repensar el rol específico que puede tener un tribunal en los cambios sociales. Las respuestas suelen rondar entre diversas alternativas: algunos dicen que los tribunales impulsan, otros dicen que solo acompañan y otros sostienen que simplemente contribuyen a legitimar las realidades existentes⁴⁸. Retomaremos este orden de reflexiones en secciones posteriores y principalmente en los apartados finales de esta investigación.

3.3 Activismo dialógico

El activismo que estudiamos es dialógico porque su objetivo central es que se generen diálogos democráticos, a través y a partir de los procedimientos judiciales, involucrando a diversos poderes del Estado –diálogos *inter* orgánicos u horizontales⁴⁹ y también a la ciudadanía, en cuyo caso se habla de diálogos verticales⁵⁰.

En este sentido, la diferencia teórica más relevante entre el activismo dialógico y otros activismos judiciales se encuentra en que aquél forma parte de las propuestas que se están llevando a cabo en el ámbito del constitucionalismo deliberativo. Este constitucionalismo se posiciona críticamente ante el rol activista de la judicatura cuando ésta ejerce un control

⁴⁸ UPRIMNY, RODRIGO, “Legitimidad, conveniencia del control constitucional a la economía”, en: UPRIMNY, RODRIGO, RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, GARCÍA, MAURICIO, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma-Vital, Bogotá, 2006, p. 195.

⁴⁹ LINARES, SEBASTIÁN, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, en *Revista Mexicana de Sociología*, 70, N°3, 2008, p. 513. pp. 487-539. Así la Corte no puede concebirse como un legislador negativo, como lo teorizó Kelsen en los años 20, sino como un órgano activo que colabora con el ejecutivo y parlamentario en la elaboración de normas. Cfr. KELSEN, HANS, “La garantía jurisdiccional de la constitución” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 109 y ss.

⁵⁰ Similar en este aspecto es la idea del juez como árbitro del debate democrático, que popularizó el trabajo de ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1997. Con matices relevantes, también CARLOS SANTIAGO NINO y su teoría del juez como vigilante de las condiciones de la democracia deliberativa, Cfr. *La Constitución de la democracia deliberativa*, traducción de Pedro Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

judicial fuerte, porque lesiona gravemente los fundamentos de la legitimidad democrática. En este ámbito, el trabajo del profesor Mark Tushnet se ha convertido en un canon de la crítica a la legitimidad de las instancias judiciales como últimas vías institucionales de ciertas decisiones que, por ser políticas, no encuentran en sede judicial el mejor lugar para ser resueltas. Al igual que diversos autores que se han dedicado a estos temas, y buscando mejores argumentos para criticar el rol que el poder judicial tienen en nuestras democracias reales, ha pasado a defender este modelo dialógico, al ver los buenos resultados en países con fuertes conflictos sociales. Sin perjuicio de ello, Tushnet argumenta defender el modelo dialógico por representar un control judicial débil, es decir, que la intervención judicial no será la última voz del sistema institucional. De acuerdo con Oscar Parra, es difícil imaginar que esa debilidad implique pasividad. Como veremos en el análisis de casos que se realizará en el capítulo siguiente, la implementación de las decisiones es compleja, porque se necesita de una sensibilidad interdisciplinaria y el desempeño de una serie de funciones que estén a la altura de los problemas que la corte se encuentra enfrentando⁵¹.

Interesa recalcar que, en el planteamiento teórico del esquema deliberativo el poder judicial podría tener poder de agenda respecto de las labores de otros poderes del Estado, pero no ser la última voz del sistema institucional, por lo que la *objeción contramayoritaria* se debilita. Sin embargo, se genera un desafío fundamental: discutir la capacidad del poder judicial para ser promotor del diálogo democrático, cuestión que desarrollaremos en el último capítulo de esta investigación. A nuestro entender, se trata de una reflexión que no se ha desarrollado suficientemente, puesto que la mayoría de los estudios sobre el poder

⁵¹ TUSHNET, MARK, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008. Cfr. PARRA, OSCAR, *La protección judicial de las dimensiones prestacionales del Derecho a la salud: tipos de norma y estándares y formas de activismo judicial*, tesis de maestría en Derecho aprobada por la Universidad Nacional de Colombia y realizada con la dirección del profesor Rodrigo Uprimny Yepes, p. 68.

judicial se centran únicamente en la temática –desde luego importante– de su legitimidad democrática.

La idea de constitucionalismo deliberativo tiene diversas manifestaciones concretas. Siguiendo al profesor Roberto Gargarella⁵², indicaremos cuatro referentes del ideal del diálogo en el constitucionalismo de los últimos años, que permitirían hablar de un constitucionalismo deliberativo.

La primera tiene lugar en Canadá desde 1982, año en que se realizó una reforma constitucional que incluía una Carta de Derechos y Libertades en la que se incorporaba la famosa *notwithstanding clause*⁵³. En virtud de esta cláusula, el poder legislativo puede extender la vigencia de la ley pese a los problemas de constitucionalidad que pueda plantear la norma⁵⁴.

⁵² GARGARELLA, ROBERTO, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en VV.AA, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, México, 2014, p 54 y ss. ROACH, KENT, *Dialogic Judicial Review and its Critics*,

⁵³ Cláusula 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: “33. (1) El Parlamento o la legislatura de una provincia puede promulgar una ley donde se declare expresamente que ésta o una de sus disposiciones es aplicable independientemente de alguna disposición comprendida en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15 de la presente Carta.

(2) La ley o una disposición de la ley con respecto de la que esté en vigor una declaración bajo este artículo tendrá el efecto que tendría con excepción de la provisión de esta Carta a la que se hace referencia en la declaración.

(3) Una declaración efectuada bajo el párrafo (1) cesará de ser aplicable cinco años después de su entrada en vigor o tan pronto como se especifique en la declaración.

(4) El parlamento o la legislatura de una provincia puede adoptar de nuevo una declaración efectuada bajo el párrafo (1).

(5) El párrafo (3) se aplica con respecto a toda declaración adoptada bajo el régimen del párrafo (4).” Disponible en: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/can/sp_can_const.html (visitado: octubre 2014)

⁵⁴ Más precisamente, los derechos que se podrían afectar son (art. 2 de la Carta) libertad de expresión, libertad de conciencia, la libertad de reunión y la libertad de asociación (art. 7 a 15) Derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, Derecho a no ser perseguido y detenido arbitrariamente, la prohibición de ser sometido a tratamientos crueles y el Derecho a la igualdad. No se puede usar la cláusula en caso de estar implicadas las garantías de los derechos políticos (arts.3 a 5), los derechos de movilidad (art. 6), los derechos referentes al idioma (arts. 16 a 22), los derechos de educación lingüística de la minoría (arts. 23), la garantía de igualdad entre hombres y mujeres (art. 28). También están excluidos de la posibilidad de usar la cláusula, los art. 24 (justiciabilidad de la Carta) y los arts. 27 (patrimonio multicultural) y 29 (escuelas confesionales).

En todos los demás casos una mayoría de miembros del parlamento puede aprobar la inclusión de la cláusula, con lo cual no se podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley que la incluya y en tal caso es preventiva. La otra posibilidad es que se incluya la cláusula a posteriori, es decir, la Corte Suprema Canadiense declara la inconstitucionalidad de una ley y el parlamento responde a través de la inclusión de la cláusula, en cuyo caso el efecto de esta durará un plazo de cinco años. LINARES, SEBASTIÁN, “El diálogo democrático entre las cortes y

El segundo caso lo encontramos en el nuevo modelo constitucional de la Commonwealth, que comprende diversas reformas (Reino Unido 1998, Nueva Zelanda 1990, Australia 2004, Victoria 2006) y que implica formas débiles de control judicial de la constitucionalidad. Si bien se trata de distintos diseños institucionales, de fondo está el objetivo de que la última palabra del proceso político sea para la mayoría legislativa ordinaria a través de un sistema de respuestas del legislador o, incluso, a través de una reforma constitucional que no exija mayoría calificada (cláusulas de enfriamiento)⁵⁵.

En tercer lugar, señala los procesos dialógicos que se han originado como consecuencia del convenio 169 de la OIT⁵⁶ y el Derecho a la Consulta Indígena que consagra. Este es un Derecho fundamental de carácter colectivo que obliga a los Estados a consultar a los pueblos indígenas y tribales cada vez que precise implementar una decisión o proyecto que pueda afectarles. Es gracias a este Derecho, y a los procesos de diálogo que supuestamente debería generar, como los pueblos indígenas se han movilizado para intentar impedir las consecuencias nefastas que para sus territorios y cosmovisiones tienen algunos proyectos extractivos.

las instituciones representativas”, en *Revista Mexicana de Sociología*, 70, N°3, 2008, p. 495 y 496. Cfr. NOGUERA, ALBERT, “Supremacía parlamentaria vs. Justicia constitucional: un análisis a partir del caso de la «cláusula de anulación» en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá”, en *Anuario de Derecho parlamentario*, N°27, 2013, p. 179.

⁵⁵ GARDBAUM, STEPHEN, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, N°4. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en *El canon neoconstitucional*, coordinado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Trotta, Madrid, 2010, p. 71-72.

⁵⁶ El Derecho a la consulta previa está contemplado en forma genérica en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo del año 1989, en su artículo 6: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Por ello, pese a todos los inconvenientes que existen para determinar su alcance –mera consulta o consentimiento–, se ha indicado que es un aporte en la lucha por superar el paradigma asimilacionista que vertebra las relaciones con los pueblos indígenas y tribales, ya que se basa en el reconocimiento de la igualdad entre las culturas, propendiendo a articular *diálogos interculturales* entre los sujetos colectivos, que permitan avanzar en la conformación de unos parámetros axiológicos compartidos⁵⁷.

Finalmente, en un cuarto lugar, Roberto Gargarella ubica los procedimientos que estudiaremos en el desarrollo de esta investigación, el diálogo constitucional generado por el *activismo dialógico* en la periferia, que se vale de audiencias públicas y mecanismos de seguimiento de las decisiones, de *amicus curiae*, para no solo promover el debate entre poderes del Estado, sino para involucrar también a la ciudadanía. Como resultado de ese diálogo se pueden generar decisiones jurídicas en el parlamento o también una incidencia en políticas públicas que se pueden traducir a su vez en distribución de recursos públicos. Es decir, se trata de un activismo dialógico que comprende la participación ciudadana.

De las cuatro manifestaciones que tiene la idea de diálogo en el constitucionalismo actual, nuestro objeto de investigación es uno de los menos estudiados. El caso canadiense es uno de los más conocidos. Incluso, para algunos, es el fundacional del constitucionalismo deliberativo; Tushnet indica como fecha precisa de nacimiento del constitucionalismo dialógico el año 1982, con la aprobación de la reforma que incluyó la indicada cláusula del artículo 33. Según un interesante estudio, esto ha permitido que las decisiones de la Corte de Canadá casi siempre den lugar a una respuesta del parlamento, de modo que la revisión

⁵⁷ Este es el sentido que otorga a la expresión *constitucionalismo dialógico* el profesor Marcos Aparicio, en: VV.AA, *El Estado ante la sociedad Multiétnica y Pluricultural, Políticas Públicas y Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela (1999-2010)*, editado por Luis Jesús Bello, IWGIA, Caracas, 2011, p. 17; Esta expresión la toma de Agustín Grijalba, *El estado plurinacional intercultural en la constitución ecuatoriana de 2008*, Ecuador Debate, N°75, Quito, p. 49-62.

judicial no se articula como “poder de veto sobre las políticas de la nación”, sino como el comienzo de una discusión acerca de cómo conciliar de la mejor manera los valores individualistas de la Carta con la realización de políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad como un todo⁵⁸. Asimismo, los casos del constitucionalismo anglosajón son objeto de atención preferente en la doctrina constitucionalista europea. La consulta previa, por su parte, jalona la reflexión de diversos investigadores que analizan su controvertida puesta en marcha⁵⁹.

Por sintetizar lo dicho hasta aquí, el activismo judicial dialógico propende a generar procesos de deliberación democrática en los cuales se incluya a la ciudadanía con el objeto de generar poder de agenda para influir en la gestión de los otros poderes del Estado. Este precisa ir contextualizándose en los casos y contextos socio políticos que los sostienen, para no incurrir en reflexiones generalizantes respecto de los diversos modelos constitucionales contemporáneos en general, pero también en lo relativo a la idea del diálogo. Continuamos precisando el concepto planteado.

3.4 Innovaciones procesales. Sentencias y ejecución

El siguiente rasgo que caracteriza al activismo judicial dialógico es que ha generado innovaciones procesales, tanto por el tipo de tutela procesal, como por las sentencias que se han desarrollado a partir de él, y también por los procesos de seguimiento de las resoluciones. Vamos a referirnos muy brevemente a estos aspectos.

⁵⁸ HOGG, PETER, BUSHHELL, ALLISON, “El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (O Quizás La Carta de Derechos No Es Algo Tan Malo Después De Todo)”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 14, diciembre 2013, Véase también, NIEMBRO, ROBERTO, “Las respuestas legislativas a las sentencias constitucionales como formas de diálogo constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, 2012. pp.139-167.

⁵⁹ Para un análisis crítico del Derecho a la consulta véase MAZARIEGOS, MÓNICA, *Derecho a la consulta y disenso: por el uso contra hegemónico del Derecho*, citado.

Tratándose de las sentencias, en ellas el juez no señala cómo solucionar el grave problema social sometido a su decisión en forma cerrada y con órdenes precisas orientadas a resultados, es decir, no emite órdenes monológicas. Utilizando la jerga del profesor César Rodríguez Garavito, las órdenes típicas de este modelo son dialógicas porque tienden a establecer las principales líneas de procedimientos y tienen fines amplios, son menos detalladas, urgentes y obligatorias. El que una sentencia sea más o menos dialógica depende de las elecciones efectuadas por los tribunales con respecto del contenido sustantivo, pero también por las medidas judiciales y los mecanismos de seguimientos que va creando. Este aspecto es tan relevante que se ha indicado que las sentencias dialógicas tienen mayores efectos porque se ocupan de dos obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las resoluciones judiciales: la resistencia política y la capacidad institucional⁶⁰. Esto quiere decir que, a través de ellas, se abren vías institucionales para desarrollar la eficacia de decisiones que no solo han tenido como obstáculos la falta de voluntad política, o el rechazo ideológico, sino que a veces no logran avanzar por razones burocráticas y por carencia de herramientas jurídicas adecuadas. En cambio, al ser abiertas, este tipo de sentencias facilitan procesos de ejecución con la participación de varios intervinientes, entre los que se pueden encontrar diversas instancias gubernamentales y también organizaciones sociales. Por los efectos de las sentencias, se han comparado con las acciones de clases del Derecho estadounidense⁶¹ y en Latinoamérica se han venido denominando remedios estructurales o acciones colectivas.

⁶⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, “Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y el Derecho comparado*, citado, p. 910 y ss. p. 915.

⁶¹ FISS, OWEN, “La teoría de las acciones de clase,” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N° 1, abril de 1996, p. 5.

Las diferencias más importantes con los procedimientos tradicionales son: 1) la naturaleza del conflicto, pues aborda problemas de rango constitucional, donde hay un interés público patente al involucrar violación masiva de derechos fundamentales; 2) las partes del proceso, ya que en la faz activa o demandante encontraremos un sujeto colectivo (muchas víctimas), mientras que en la faz pasiva se sitúa el Estado, o una empresa, o varias empresas por ejemplo. Dicho de otra forma, existe una diferencia de poder importante entre las partes, que se acentúa en contextos de vulnerabilidad social como los que subyacen a los casos que iremos viendo; 3) una representación diversa al clásico mandato judicial, pues en estos casos se da una *representación atípica*, que se auto-designa. Incluso, alguno de los representados puede no saber que está siendo parte de un proceso. Lo central es que se encuentre en una situación de hecho similar a la que origina la causa. Por ejemplo, una acción colectiva a favor de todas las personas privadas de libertad (en caso Verbitsky), o de todas las personas afectadas por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo (en el caso Riachuelo)⁶².

Las vías procesales para generar este tipo de litigios han sido diversos tipos de acciones colectivas. Éstas no son del todo novedosas, pensemos que ya el Derecho romano establecía el interdicto popular –para defender la *res publica* y la *res sacra*– y las acciones populares. Sin irnos tan atrás, podemos ver como cada vez son más países los que incluyen en sus sistemas procesales acciones de este tipo: acciones de clase, acciones populares, acciones de grupo, tutela individual homogénea, que son las denominaciones más

⁶² VERBIC, FRANCISCO, “El remedio estructural en la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los tres años de su implementación”; “Acciones de clase para la tutela del consumidor en Argentina y Brasil. Análisis comparado y ejecución de sentencias colectivas extranjeras”; “Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación”. Disponibles en: <http://classactionsargentina.com/francisco-verbic/> (visitado junio 2014) Véase BERGALLO, PAOLA, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de Derecho público en Argentina*, citado, p.7. MAURINO, GUSTAVO, NINO, EZEQUIEL Y SIGAL, MARTÍN, *Las acciones Colectivas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

conocidas⁶³. Dentro de las múltiples tensiones y desafíos procesales que su implementación genera, encontramos uno de corte teórico jurídico derivado de la noción de derecho subjetivo y su compleja coexistencia con los derechos de grupo, sean colectivos, difusos u homogéneos. Por ejemplo, en Argentina se han establecido constitucionalmente las “acciones colectivas para el resguardo de derechos de incidencia”⁶⁴. En Colombia, como veremos en el segundo capítulo de esta investigación, existe una acción de tutela desformalizada. En México se han incorporado diversas acciones colectivas y es en Brasil donde encontramos la tradición más importante de la región en este ámbito. Alemania, Canadá, Portugal, Francia, España, Inglaterra, Australia y, por supuesto, Estados Unidos, contemplan algún tipo de acción colectiva⁶⁵.

Un ejemplo breve nos puede ayudar para dimensionar más claramente el rasgo que delineamos: una demanda denuncia la situación de vulneración de múltiples derechos fundamentales que afecta a los niñas que se encuentran hacinadas en un hogar del servicio social, quienes además no tendrían acceso a salud, ni a la educación. Acá estamos ante un problema muy grave, de clara connotación constitucional porque hablamos de vulneración de varios derechos fundamentales y porque además se trata de niñas, especial sujeto de protección. El juez que conoce de este caso podría emitir una sentencia con una serie de indicaciones para poner fin a la vulneración en la que se encuentran. Sin embargo, si analizamos el tema con más detenimiento y sensatez, una situación como la descrita es

⁶³ LONDOÑO TORO, BEATRIZ, “Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación, en *Revista de Estudios socio-jurídicos*”, Universidad del Rosario, V. 1, N°2, Bogotá, 1999; SALGADO, JOSÉ MARÍA, *Tutela individual homogénea*, Astrea, Buenos Aires, 2011; GIDI, ANTONIO, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, traducción de Lucio Cabrera, Unam, México, 2004; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. La defensa del usuario y del administrado*, Tomo 2, FDA, Buenos Aires, 2014, pp. 126 y ss.

⁶⁴ El artículo 43 párrafo 2 de la constitución argentina, el caso Halabi, por la Corte Suprema, que desarrolla la doctrina de los derechos de incidencia colectiva. También a Ley General del Ambiente y Ley de Defensa del Consumidor, dado que ambos cuerpos normativos contemplan acciones colectivas.

⁶⁵ GIDI, ANTONIO, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, citado, p. 34.

consecuencia de varios problemas que no es fácil solucionar con la actuación de solo un poder del Estado. Si se genera el proceso dialógico que señalamos, el juez no decidirá todo lo atinente al caso por sí solo y en forma breve, sino que las decisiones serán consecuencia de un proceso de deliberación materializado en diversas audiencias públicas, *amicus curiae* de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en temas de infancia, sesiones de trabajo con diversas autoridades, entre víctimas, académicos, políticos, que de diversa manera se relacionan con la realidad grave que se enfrenta y no solo considerando uno o dos niños sino que incluyendo, con justicia, a todos los que se estarían siendo afectados por las situaciones que se denuncian. Por lo que esta dimensión procesal es fundamental para comprender cómo se van materializando las ideas de diálogo en cierto tipo de sentencias, de procedimientos, de estructuras de litigio complejas que dan vida a la posibilidad de que efectivamente tener una impronta dialógica en casos de conflictos graves y estructurales. En este sentido, las explicaciones de Fiss, ante el paradigmático caso *Brown*, nos colaboran para dimensionar la complejidad que acarrearán estos litigios: “fue *estructural* porque significó la reforma de la estructura de la escuela pública estadounidense; de un sistema escolar dual basado en criterios raciales se transformó en un sistema que no segrega por razón de raza. Esto genera no solo la imagen de negros y blancos entrando juntos a un colegio, sino que, además, una serie de reformas destinadas a que ello se ponga en práctica: reformas presupuestarias, de mecanismos de selección de alumnos, de profesores, de construcción de colegio, de reformas curriculares y un largo etcétera que debió operar para la real eficacia de la sentencia⁶⁶”. Entonces, los problemas de legitimidad no solo vienen del hecho de que sea un juez quien decide problemas estructurales, sino que además de todos los efectos que

⁶⁶ Véase FISS, OWEN, “Las formas de la justicia”, en *El Derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.14

podrían tener sus decisiones. Por ello, estos litigios son procesalmente innovadores y requieren una serie de medidas que permitan viabilizar sus objetivos y poner las formas procesales al servicio de su legitimidad, por ello es asertada la reflexión de Gordillo respecto de la acción colectiva: “el instituto de la acción colectiva encuentra su fundamento en la participación democrática real de los ciudadanos en la administración de justicia”⁶⁷.

Finalmente, las innovaciones procesales relativas a la ejecución de las decisiones son la prueba del fuego. Siendo generosas, una sentencia bien fundamentada no es excepcional, pero es en la ejecución de las decisiones donde se encuentra la caja de Pandora: ¿el poder judicial se encuentra realmente preparado para hacer cumplir sentencias estructurales en el ámbito de los derechos humanos?. Este es un tema central y constituye una forma de abordar las relaciones entre el poder judicial y el cambio social, además de que pone el dedo en la llaga, al abrir la puerta que clausura el mundo del Derecho con el de la política⁶⁸. La pregunta por la eficacia de las decisiones judiciales es una excelente atalaya para analizar críticamente una propuesta de reivindicación social a través del Derecho, puesto que existen miles de leyes, sentencias y cuerpos normativos vindicativos y coherentes con los derechos

⁶⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. La defensa del usuario y del administrado*, Tomo 2, FDA, Buenos Aires, 2014, pp. 141 y ss.

⁶⁸ La bibliografía sobre Derecho y cambio social es muy amplia. La más conocida que se ha desarrollado en Estados Unidos es la discusión entre: ROSENBERG, GERALD, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* The University of Chicago Press, Chicago, 1991; MCCANN, MICHAEL, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, University Press, Chicago, 1994. “Law and Social Movements Contemporary Perspectives”, *Annual Review of Law and Social Science*, V. 2, 2006, p. 17-38. En Latinoamérica un trabajo insoslayable, al que volveremos en reiteradas oportunidades es: RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA: *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010. Afortunadas compilaciones de los capítulos más importantes de esta discusión en: SARAT, AUSTIN Y SCHEINGOLD, STUART, *Cause lawyers and social movements*, Stanford University Press, California, 2006, VANHALA, LISA, *Making Rights a Reality? Disability Rights Activist and Legal Mobilization*, Cambridge University Press, 2014; BENFORD, ROBERT Y SNOW, DAVID, “Framing Process and Social movements: an overview and assessment”, *Annual Review Sociological*, V. 26, N°26, 2000, p. 611- 639. También nos parece de interés el trabajo de: JARAMILLO SIERRA, ISABEL Y ALFONSO SIERRA, TATIANA, *Mujeres, Cortes y Medios: La Reforma Judicial del Aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008; CARMONA, MARÍA, “Breves reflexiones en torno a las acciones colectivas en relación con el derecho al medio ambiente adecuado” en *Revista Derecho Ambiental y Ecología*, N° 38, 2010.

humanos de las personas que más sufren en nuestras sociedades, pero todo cambia cuando buscamos eficacia. Ahí, en efecto, el escenario es dramático.

La situación es tan crítica, que se ha llegado a hablar de una *cultura del incumplimiento*. En un sentido similar y que nos parece más descriptivo, se ha hablado también de *debilidad selectiva de la ley* para connotar que su aplicación es irregular, arbitraria y desigual. En América Latina la cultura del incumplimiento de reglas es un fenómeno complejo, se ha indicado que hunde sus raíces en la legalidad indiana y en las prácticas de sumisión y evasión de las leyes propias de las etapas coloniales, y que se extiende hasta nuestros días como consecuencia de las desigualdades estructurales que azotan a la región⁶⁹. Esta *debilidad selectiva* de tan arraigada tradición opera con una serie de dispositivos, configurando una *alienación práctica*. Con ella se hace referencia a dos realidades vinculadas que derivan de la noción de justicia formal: por un lado a la inversión del discurso que se produce desde el desarrollado por los interesados que acuden a la sede judicial, a uno enrevesado y encriptado propio del lenguaje técnico de los juristas⁷⁰. Por otro lado, como nos explica Puga: “la racionalidad que rodea al conflicto es del tipo *cognitivo instrumental*, de tal modo que los razonamientos que importan son del tenor causal, como si controlando estos, a su vez, controláramos las consecuencias. Por ello el razonamiento judicial adolece de episodios de alienación respecto de lo que efectivamente ocurre en el

⁶⁹ Véase GARCÍA VILLEGAS, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009; BINDER, ALBERTO, “La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición”, en *Los actores de la justicia en Latinoamérica*, compilado por Luis Pasara, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007. Sobre este punto también véase las advertencias realizadas por Bartolomé Clavero respecto al carácter consuetudinario con el que opera el ejercicio del poder colonial en: CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid, 2007, p. 246 y ss.

⁷⁰ El poder asentado en el conocimiento del modo de operar el Derecho se ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere de la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, de opacidad. CFR. CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998, p. 128 y ss.

mundo. Usualmente quedan fuera preguntas del tipo: ¿Cuáles son los intereses reales en juego? O ¿cómo cambiar efectivamente las cosas?”⁷¹

Con estas últimas reflexiones hemos querido profundizar un poco más en la importancia de la dimensión procesal. Las innovaciones que en este ámbito pueden surgir a propósito de activismos judiciales dialógicos, atentan contra cuestiones más profundas que se encuentran enquistadas en el mundo de lo jurídico y que chocan de frente con un proceso más sencillo, transparente y democrático. En definitiva, si la dimensión procesal ha sido parte del problema, deben llegar a ser parte de la solución, más aún, en términos simbólicos, el derecho procesal es tan sustantivo como el derecho sustantivo. De ahí que la pérdida de eficacia procesal abona a que la impunidad afecte a la credibilidad simbólica de la protección judicial⁷².

3.5 Conflictos graves y estructurales

Este es un aspecto central para comprender el objeto de investigación y varias de nuestras decisiones metodológicas. Como hemos indicado, nuestra tesis no comprende una aproximación teórica general y abstracta al activismo dialógico; no presupone la posibilidad de analizar el objeto de investigación realizando una exclusión del espacio y el tiempo de sus diversas manifestaciones. Es una tesis contextualizada específicamente en el ámbito de países latinoamericanos donde encontramos, entre otros, los conflictos graves y estructurales que han motivado el desarrollo del activismo dialógico. Siguiendo el análisis de César

⁷¹ PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, Clacso, Buenos Aires, 2012, p.48.

⁷² SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 113. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente, contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée Brouwer, Bilbao, 2003, pp. 85 a 90. Como veremos, la crítica que se realiza al lenguaje es similar a la que realizaron los autores antiformalistas al lenguaje de los juristas. En este sentido véase JHERING, RUDOLF VON, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, traducción de Tomás Banzhaf, Civitas, Madrid, 1994, p. 263 y ss.

Rodríguez y Diana Rodríguez entenderemos que tales conflictos tienen las siguientes características: son *graves*, porque comprenden vulneración de múltiples derechos fundamentales de un número amplio de personas y son *estructurales*, pues se encuentran arraigados de tal forma que es imposible superarlos con la intervención de solo alguna autoridad determinada, ya que el origen de las vulneraciones de derechos fundamentales no es imputable a ninguna autoridad estatal en específico. Todas ellas, por acción u omisión, han contribuido a que se produzcan y se encuentran condicionadas por la ausencia de políticas públicas adecuadas. Esta situación de *bloqueo institucional* también ha sido caracterizada con la expresión de *puntos ciegos* o *cargas de inercia*⁷³, y consiste en que los órganos políticos han ido generando inmunidades ante los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas, lo que se puede manifestar en falencias a nivel legislativo, ejecutivo y administrativo, que generan una *inercia estatal* ante la situación de un colectivo fuertemente vulnerado en sus derechos fundamentales⁷⁴.

Un análisis sin consideración de esta categoría analítica puede ser reduccionista e indolente ante los problemas a los que el Derecho debería hacer frente⁷⁵. Sin descartar el riesgo de una práctica académicamente colonizadora al no considerar los contextos sociales y políticos en los que surgen las manifestaciones de activismo o simplemente considerarlos para señalar una manifestación del carácter poco ordenado de ciertos países. Asimismo, este

⁷³ DIXON, ROSALIND, “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”, en *International Journal of constitutional law*, VI 5, N°3, Julio 2007, p. 394.

⁷⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, citado, p. 55 y ss.

⁷⁵ Para una reflexión no eurocéntrica respecto del Derecho Latinoamericano y crítica de cierta idea de teoría general del Derecho en tanto expresión disciplinar del norte global, véase LOSANO, MARIO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari-Roma, 2000, p. 175 y ss. Véase también MARZIA, ROSTI, “Sobre la existencia de un sistema jurídico iberoamericano. La reconstrucción de un debate y perspectivas de investigación”, en VV.AA. *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 417-444; LLOREDO, LUIS, “Una propuesta de redefinición de la teoría jurídica a la luz del movimiento de los indignados”, en VV.AA. *Educación la mirada. Documentales para una enseñanza crítica de los derechos humanos*, Coord. por José Antonio García Sáez y Raquel Vañó Vicedo, Tirant lo Blanch, 2015.

riesgo surge cuando no se considera la reflexión desarrollada en los distintos territorios. A todos ellos intentamos huir⁷⁶.

Aunque la crisis económica que azota al norte global obliga a que las distinciones tajantes entre un norte respetuoso de los derechos humanos y un sur vulnerador de ellos tenga un carácter extremadamente mesurado, lo cierto es que Europa ha vivido un periodo de Estado Derecho democrático⁷⁷ que Latinoamérica nunca ha conocido, así como nunca ha conocido una etapa de industrialización similar a la que experimentaron las potencias del “viejo continente” a lo largo de toda la edad contemporánea. En el norte global se desarrolló el Estado social⁷⁸, como correlato de un Estado fiscal que llegaba a recaudar un promedio del 35% del ingreso nacional, posibilitando el protagonismo estatal en las mejoras en

⁷⁶ La noción de *colonialidad del saber* ha sido trabajada por el grupo Colonialidad/Modernidad y por diversos autores vinculados a una teoría crítica de la periferia. La idea central es que el poder colonial opera en diversos ámbitos: *colonialidad del Ser* referida a la subjetividad, control de la sexualidad y de los roles atribuidos a los géneros, etc. *Colonialidad del Poder* referida al poder político y económico. *Colonialidad del Conocer* referida al plano epistémico, filosófico, científico y en relación con las lenguas y con el conocimiento. En este ámbito se analiza cómo el conocimiento europeo ha llegado a ser hegemónico y los múltiples *epistemicidios* de saberes, entre los que se encuentra el genocidio del saber de las comunidades indígenas. Cfr. MIGNOLO, WALTER, “El desprendimiento: pensamiento crítico y giro decolonial”, en *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento*, coordinado por Catherine Wash, García Linera y Walter Mignolo, Signo, Buenos Aires, 2007, p. 13. La noción de *epistemicidio*, como hemos indicado, es de SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Para descolonizar occidente más allá del pensamiento abismal*, traducción de Rebeca Peralta Mariñelanera, CLACSO, Buenos Aires, 2010, p. 68.

⁷⁷ La categoría Estado de Derecho varía bastante en atención a la situación geopolítica, la disciplina de análisis y las posiciones ideológicas desde las que se trabaje, aunque a veces no se sea consciente de ello. Por lo menos encontramos una noción densa y una ligera de Estado de Derecho. La *ligera* se encuentra en el trabajo de Max Weber y plantea que el Estado sería un proveedor de previsibilidad de las consecuencias de nuestros actos (seguridad jurídica). Esta concepción meramente formal ha sido superada de múltiples formas, surgiendo la noción *gruesa*, por ejemplo, en Elías Díaz, para quien la existencia de un estado de legalidad no es suficiente para identificar un Estado de Derecho. Se precisa, además, del imperio de la ley, de la separación de poderes, de la legalidad de la administración y reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales. Los derechos humanos añaden una dimensión material que se configura como el factor más relevante de la legitimidad del ejercicio del poder de un Estado en el constitucionalismo contemporáneo. Así, la fórmula de Estado social de Derecho forma parte de los textos constitucionales de la mayoría de los países tanto del norte como del sur global. Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La globalización del estado de Derecho*, Uniandes, Bogotá, 2009, p. 15; Cfr. DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª edición, Taurus, Madrid, 1992, p. 31 y ss. SOTELO, IGNACIO, *El Estado Social. Antecedente, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010, p. 116.

⁷⁸ Para un análisis de las coordenadas ideológicas dentro de las que surge el Estado social en Europa y de los procesos históricos que lo van construyendo, desde la monarquía absoluta, pasando por la indignación ante la miseria que arrojó la primera industrialización (1820-1860) y sus hitos, hasta la segunda mitad del siglo XX, véase SOTELO, IGNACIO, *El Estado Social. Antecedente, desarrollo y declive*, citado, p. 139 y ss.; MIRAVET, PABLO, *Estado Social, empleo y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 235 y ss.

educación, salud y jubilaciones⁷⁹. En cambio, los países periféricos estaban y siguen anclados en ser colonias, con economías primario y exportadoras, con una gran precariedad en la garantía de los derechos y de la democracia.

Pese a ello, durante los procesos constitucionales recientes, países periféricos y semi periféricos incorporaron de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido constitucionalizados secuencialmente, a lo largo de un periodo de más de un siglo. Según el relato histórico tradicional, en el periodo liberal se habrían incorporado los derechos civiles y políticos, en el periodo del Estado social los derechos sociales y durante la crisis de este los derechos medioambientales y del consumidor y a la calidad de vida en general⁸⁰. Cabe señalar que este análisis del desarrollo histórico de los derechos puede debatirse con poderosos argumentos históricos y filosóficos. En efecto, los derechos sociales han confluído con los derechos civiles y políticos desde la Revolución francesa, pasando por la mayoría de los cuerpos normativos sobre derechos humanos más difundidos de la historia. El proceso por el cual se ha transformado en un lugar común indicar que los civiles son los que surgen primero y los que más valía tienen, no sería más que una de las estrategias del peor liberalismo para degradar las demandas de igualdad material, que puede ser resistida con una construcción crítica de la historia de los derechos⁸¹.

⁷⁹ En el siglo XIX y hasta antes de la primera guerra mundial la participación del Estado en la vida económica de los países era bastante discreta, los impuestos representaban menos del 10% del ingreso nacional. El aumento va desde un 25 a un 35 %, incluso a un 45% en el caso de países nórdicos como Suecia. La conclusión del análisis del economista Thomas Piketty a este respecto es que el desarrollo del Estado fiscal a lo largo del siglo XX corresponde, en lo esencial, a la construcción de un Estado Social. Cfr. PIKETTY, THOMAS, *El capital en el siglo XXI*, traducción de Eliane Cazenave- Tapie Isoard, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 527-528. Para una perspectiva histórica del gasto social del Estado véase, LINDERT, PETER, *El ascenso del sector público. Crecimiento económico y gasto social del siglo XVIII al presente*, traducción de Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

⁸⁰ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica...*, citado, p 85 y ss.

⁸¹ “no es posible encontrar la distinción entre derechos políticos y sociales en las primeras proclamaciones de derechos, porque tal fragmentación era inconcebible a comienzos de la Edad moderna; 2) se trata, por consiguiente, de una separación construida artificialmente a posteriori, de sesgo liberal, con el objetivo de postergar las garantías sociales en beneficio de las políticas, pero solo en la versión demediada que puede

En cualquier caso, lo que interesa resaltar es que en Europa el fenómeno de incorporación de los derechos sociales ha sido producto de procesos sociales, políticos y económicos que han permitido que ello obedezca no solo a la mera enunciación en textos normativos. En cambio, en Latinoamérica muchas de las incorporaciones de derechos sociales no han ido acompañadas por dichos procesos y, simplificando bastante, se han quedado en la enunciación normativa, que poco a poco comienzan a despertar, en un proceso en el que resulta importante salir de las lógicas dicotómicas. Retomaremos este punto más adelante, al referirnos al nuevo constitucionalismo latinoamericano y su rasgo *aspiracional*.

Estas distinciones son importantes y aportan precisión al análisis sobre la labor que el poder judicial puede desempeñar en el desarrollo del contenido de los derechos. Cuestión que ocupa un lugar central en análisis de Santos al advertir que el nivel de desarrollo económico y social afecta en el desempeño de los jueces en dos sentidos: en primer lugar condiciona el nivel y el tipo de litigio social y por ende también el judicial. Por ejemplo, el nivel de litigio que existe en una sociedad rural dominada por una economía de subsistencia es muy distinto al de una sociedad urbana fuertemente industrializada. En segundo lugar, el nivel de desarrollo económico influye en el político y, por ende, en el judicial. Así, los países menos desarrollados se han caracterizado por democracias de baja intensidad y eso influye en la labor del poder judicial⁸².

Desde el punto de vista del Estado de Derecho, y pensando en latinoamerica, estas consideraciones también nos permiten poner en cuestión toda reflexión que no considere los

ofrecer la democracia representativa; 3) la herramienta conceptual mediante la que se llevó a cabo esta operación fue la dicotomía política/sociedad, que a su vez generó una percepción de esta última como ente pasivo y que, en suma, es funcional al establecimiento de regímenes autoritarios, cesaristas o paternalistas”. Cfr. LLOREDO ALIX, LUIS, “Derechos políticos y sociales: una crítica historiográfica e ideológica a su distinción”, en *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, Edeval, Valparaíso, 2015.

⁸² SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica...*, citado, p 101.

obstáculos a su buen funcionamiento; lo cierto es que incluso hay casos en que su desafío es existir. En una investigación reciente⁸³ los profesores Mauricio Villegas y José Espinosa concluyen que actualmente la ausencia de Estado en Colombia comprende a un 60% del territorio nacional, afectando a unos seis millones de personas; ambos profesores utilizan la noción de *apartheid institucional* para compararlo con el terrible régimen de segregación racial al que fue sometida la población sudafricana durante sus años de colonia⁸⁴. Es decir, una fuerte disparidad que resulta discriminatoria para los habitantes de esos territorios institucionalmente débiles, dado que no cuentan con unas instituciones lo suficientemente fuertes que protejan sus derechos frente a terceros ilegales que intentan sustituir al Estado en la prestación de sus funciones, frente a poderes sociales y económicos que actúan sin ningún límite, frente a la corrupción y al clientelismo rampantes o simplemente frente al abandono institucional.

Ahora bien, es importante asumir la perplejidad asociada a las diferencias entre los países de Latinoamérica. Los conflictos propios de la construcción del Estado plurinacional en Bolivia son muy distintos a los de Colombia y el conflicto armado, a los de Chile y la mercantilización generalizada de los derechos sociales. Pese a ser conscientes de ello, trabajaremos con ciertas generalizaciones que permitan dimensionar los problemas presentes en los contextos sociales de investigación, con la convicción de que, fenomenológicamente, existe una idea de Latinoamérica que cuenta con múltiples referentes culturales compartidos que tienen sustento histórico y actual. En un sentido histórico, por aquel pecado original que

⁸³ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, JOSÉ RAFAEL ESPINOSA, *El Derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2013. Para el caso boliviano véase TAPIA, LUIS, “El estado en condiciones de abigarramiento” en *El Estado Campo de lucha*, editado por EMIR SADER, Clacso, Buenos Aires, 2010, p. 103 y ss.

⁸⁴ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, JOSÉ RAFAEL ESPINOSA, *El Derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2013, p. 120.

ya Mariátegui y los diversos padres de la reflexión latinoamericana denunciaban, como el pecado de haber nacido y haberse formado sin el indio y en contra de él⁸⁵. También por el pasado común de exclusión sistemática de las reivindicaciones enarboladas por los sectores más progresistas y que, siguiendo a Gargarella, constituyen la tradición radical republicana, que no logró incorporar sus ideas a los diversos pactos que subyacen a las primeras etapas del constitucionalismo latinoamericano⁸⁶. En un sentido actual, por los problemas comunes que afectan a los diversos territorios, como son la desigualdad, la violencia que afecta a los pueblos indígenas, a los colectivos históricamente discriminados y las consecuencias del extractivismo⁸⁷.

En orden a las ideas anteriormente expuestas, a continuación enunciaremos algunas manifestaciones de estos conflictos que son importantes para las reflexiones que nos incumben. Con ello buscamos aportar contenido a la categoría analítica de conflictos graves y estructurales que motiva los activismos judiciales. En primer lugar abordaremos algunas reflexiones sobre el Estado (i), y en segundo lugar las tensiones entre neoliberalismo y constitucionalismo (ii).

3.5.1 Estados fallidos, aparentes, abigarrados, cooptados, capturados

Los diversos conflictos en la región latinoamericana han generado múltiples reflexiones respecto el Estado, asociándolo a diversas categorías como las señaladas en el epígrafe. Cada una de ellas amerita gran detenimiento. Sin embargo, lo que queremos dejar

⁸⁵ MARIÁTEGUI, JOSÉ CARLOS, *Peruanicemos al Perú*, citado, p. 61.

⁸⁶ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, Katz, Buenos Aires, p. 199 y ss.

⁸⁷ MIGNOLO, WALTER, *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, traducción de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba, Gedisa, Barcelona, 2007 HALPERIN DONGHI, TULIO, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza, Madrid, 1969; BILBAO, FRANCISCO, *Iniciativa de la América, escritos de filosofía de la historia Latinoamericana y correspondencia con Lamennais, Quinet y Michelet*, editado por Álvaro García San Martín, Rafael Mondragón y Alejandro Madrid, Desconcierto, Santiago, 2014.

de manifiesto en este apartado es algo bastante más básico. Los estados de Latinoamérica se encuentran afectados por muchas dificultades, como la corrupción, la desigualdad, la pobreza, la exclusión social de indígenas, afrodescendientes y mujeres, el latifundio, extractivismo, el clientelismo, la criminalización de las instancias comunitarias, entre otros graves problemas. Buena parte de ellos son causa y efecto de la deficiencia o de la inexistencia de estructuras estatales capaces de ordenar la vida en común, o bien son consecuencia de la cooptación de dichas estructuras por élites socioeconómicas que las gestionan en su provecho. Veámoslo con más detalle.

Estados fallidos es una noción muy amplia que carece de reconocimiento por el Derecho internacional, pero que utilizaremos por su capacidad de describir la ausencia de Estado, o de esos *lugares sin ley* que forman parte de ellos, como la frontera norte de México, las favelas de Brasil, las costas colombianas por donde salen importantes producciones de cocaína, etcétera⁸⁸. En cambio es una noción bastante utilizada por la ciencia política⁸⁹, precisamente para señalar el fracaso del Estado en el monopolio de la violencia. Es con los atentados del 11 de septiembre del 2001 cuando el concepto comenzó a ser utilizado por diversas instancias políticas y académicas como fundamento de las

⁸⁸ LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, “¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el Derecho en las zonas “sin ley”, en VV.AA, *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. por César Rodríguez Garavito, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 47.

Estos son ejemplos recurrentes de pluralismo jurídico. La tesis básica del pluralismo jurídico es: *no todo Derecho que rige al interior de un Estado tiene raíz estatal*, es decir, en un mismo Estado y espacio temporal, pueden coexistir, junto al Derecho de fuente estatal, otros órdenes jurídicos que regulan la vida social del mismo Estado: “el fenómeno del pluralismo jurídico se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del Derecho...Implica la idea de que, junto al Derecho Estatal, existen otros «derechos» u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquél, unas veces armónicamente y otras en conflicto”. Cfr, ARNAUD, JEAN ANDRÉ Y FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 89. En este sentido, su principal problema será la definición e identificación del concepto de Derecho; tiene el gran desafío de responder a las concepciones jurídicas dominantes: ¿cómo diferenciar lo jurídico de otros órdenes normativos como los usos sociales o la moral? SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica Crítica*, citado, p. 57.

⁸⁹ Se suele indicar como creadores de la noción a los politólogos STEVEN R. RATNER Y GERALD B. HELMAN, que en el año 1992 publican: “Saving Failed States”, *Foreign Policy*, V. 89, 1992., pp. 3-20

intervenciones *democratizantes* de Estados Unidos, en el marco de su *guerra contra el terrorismo*, argumentando que la situación política de países con Estados fallidos constituye un peligro ya no solo para sus ciudadanos, sino para el mundo.

Han sido calificados como Estados fallidos desde Somalia, el paradigma de Estado fallido, hasta Estados Unidos, pues con su política internacional pone en riesgo la seguridad de los estadounidenses⁹⁰. Esto evidencia que la calificación de fallido⁹¹ es compleja y no son pocos los profesores que invitan a ser escépticos ante la etiqueta, precisamente por los parámetros de definición,⁹² y advierten sobre la necesidad de utilizar la categoría con suspicacia. Sin embargo, cada cierto tiempo surge con fuerza en el debate público latinoamericano. Un ejemplo reciente es la reflexión política en México a consecuencia de la violencia que afecta al país y que, tras el asesinato de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, ha intensificado su presencia en los medios de comunicación⁹³.

Otras nociones recurrentes respecto del Estado latinoamericano, en una clave menos abstracta que las usuales, son las diversas expresiones asociadas a la corrupción⁹⁴. A partir de los análisis que se realizaron en los países de la ex Unión Soviética sobre corrupción del Estado, surgió un modelo de *captura del Estado* que los politólogos suelen identificar como

⁹⁰ Véase también. CHOMSKY, NOAM, *Estados fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia*, traducción de Gabriel Dols, Ediciones B, Barcelona, 2000, p. 130 y ss.

⁹¹ La lista de Estados fallidos más difundida se realiza desde el 2005 y es publicada por la *Revista Foreign Policy* con la ayuda de *Fund for Peace*. Su último listado está en: <http://fsi.fundforpeace.org/> [Visitado diciembre 2014]

⁹² FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO, “Estado o concepto fallido? Problemas que plantea la noción de falla estatal y los índices que intentan medirla”, *Revista Derecho del Estado*, N°27, 2011, pp. 193-234.

⁹³ HERNÁNDEZ, LUIS, NADAL, ALEJANDRO, ALMEYRA, GUILLERMO, “Ayotzinapa: México como estado fallido”, en *Revista Sin Permiso*, noviembre, 2014. El entonces presidente de Uruguay, José Mujica utilizó la polémica expresión en una entrevista con *Foreign Affairs* tras la tragedia de los jóvenes de Ayotzinapa Cfr. <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/11/22/mexico-da-la-sensacion-de-ser-un-estado-fallido-dice-jose-mujica>. La situación generó tal polémica que el presidente tuvo que retractarse, Cfr. http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2014/11/141124_ultnot_uruguay_mujica_retracta_declaracione_s_mexico_lv (visitado diciembre 2014)

⁹⁴ La organización no gubernamental, con sede en Berlín, *Transparencia Internacional*, emite anualmente un informe sobre percepción de corrupción. El último puede consultarse en: <http://www.transparency.org/cpi2014>

tradicional. En este, el agente captor es una empresa, que a través de sobornos o financiamiento de partidos, busca capturar a ejecutivo, legislativo y poder judicial con el objeto de obtener decisiones que reporten un beneficio económico⁹⁵. Pero la captura económica del Estado suele variar en forma considerable en América latina, ya que muchos de sus países no han logrado consolidar el Estado de Derecho y, por tanto, diversos actores están constantemente compitiendo por el monopolio del poder: empresas nacionales y transnacionales, paramilitares, narcotraficantes, guerrillas, etc.

Por ello se ha desarrollado un modelo teórico sobre corrupción más complejo, que habla de la *Reconfiguración Cooptada del Estado*. Con ella se alude a una forma de corrupción bastante compleja, en la que se intenta infiltrar al Estado y ocupar sus ámbitos de poder, reconfigurándolo para servir al interés de los cooptadores. Acá no solo se utiliza el soborno, sino también diversas formas de violencia y coerción. Los agentes interesados en capturar al Estado son legales, como grupos económicos de las grandes empresas, e ilegales, como los cárteles del narcotráfico, paramilitares o guerrilleros. Se define *Reconfiguración Cooptada del Estado* como “la acción de organizaciones legales e ilegales que mediante prácticas ilegítimas, buscan modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistémica e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y de las políticas públicas, para obtener beneficios sostenibles y lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque éstos no obedezcan al interés rector del bienestar social⁹⁶”.

⁹⁵ GARAY, LUIS JORGE, DE LEÓN Y SALCEDO, *Captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*, Grupo Método, AVINA y Transparencia por Colombia, Bogotá, 2010, p. 50 y ss.

⁹⁶ GARAY, LUIS JORGE, DE LEÓN Y SALCEDO, *Captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*, citado, p. 96 y ss

En este caso el objetivo económico no es ocasional, sino permanente, y además se aspira a lograr una especie de *legitimidad social y política* que permita rediseñar el Estado. “En cierto sentido, el poder y la legitimación política y social, junto a la impunidad, son complementos ideales del beneficio económico generado por medio de acciones ilícitas. Dicho poder político en el marco de la Captura del Estado, no solamente permitirá al agente captor “legalizar” sus acciones para disminuir la exposición penal, sino que con el paso del tiempo incluso podrá legitimarlas socialmente⁹⁷”. Se descubre entonces la existencia de un *orden social paradójico*, en donde la paz ciudadana convive con el imperio del crimen. La participación de organizaciones criminales va de la mano con la participación de funcionarios públicos, agentes de bancos, parlamentarios, entre otros. Todos ellos son un factor de la corrupción entendida de esta forma más compleja, que a su vez es una forma de comprender la criminalidad asociada como una red en la que el juicio hacia el criminal tradicional es tan importante como el juicio al agente legal que cumple un rol medular para que la reconfiguración se produzca.

Esta forma de comprender la corrupción nos otorga buenas herramientas para leer el papel que desempeñan las diversas autoridades de instituciones democráticas en la articulación de las redes criminales, para complejizar la reflexión y dimensionar la crisis de representatividad que afecta a los países latinoamericanos⁹⁸. Finalmente, autores como Samin Amin han señalado que la corrupción es un componente del *malderarrollo* y

⁹⁷ GARAY, LUIS JORGE, DE LEÓN Y SALCEDO, *Captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*, citado, p. 84 y ss. Para un análisis de casos véase *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados*, Centro Internacional de Justicia Transicional, Bogotá, 2012.

⁹⁸ Para una lectura clásica sobre este aspecto véase, ROBINSON, JAMES Y ACEMOGLU, DARON, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, traducción de Marta García Madera, Deusto, Bilbao, 2012.

Wolfgang Streeck, es categórico en que una de las tesis características de capitalismo financiero es que no hay capitalismo sin corrupción⁹⁹.

En un sentido distinto a las dos expresiones anteriores, registramos la noción de *Estado Abigarrado*¹⁰⁰. El profesor Luis Tapia acoge la herencia del pensamiento de Rene Zavaleta, quien con la idea de *abigarramiento* sentaba las bases de uno de los aspectos más interesantes de su trabajo que, referido a Bolivia, nos permite pensar de manera profunda la heterogeneidad¹⁰¹. Dicha idea quería aludir a un aspecto central de nuestras sociedades tal es la sobreposición desarticulada de varias sociedades con estructuras políticas, culturales y modos de producción diversos a los del Estado nación capitalista: “la noción de formación social abigarrada más bien sirve para pensar la coexistencia y sobre posición desarticulada

⁹⁹ “El deterioro moral del capitalismo puede tener relación con su declive económico y así la lucha por las últimas oportunidades de beneficios que quedan está haciéndose más sucia cada día y convirtiéndose en un pillaje de activos realizado a una escala verdaderamente gigantesca. Sea como sea, la percepción pública del capitalismo es ahora profundamente cínica, ya que todo el sistema se percibe generalmente como un mundo de trucos sucios para asegurar el enriquecimiento extraordinario de los que ya son ricos. Ya nadie cree en un renacimiento moral del capitalismo. El intento de Weber de evitar que se confundiera con la codicia ha fracasado finalmente, puesto que más que nunca se ha convertido en sinónimo de corrupción”. Cfr. STREECK, WOLFGANG, “Cómo terminar el capitalismo”, en *New Left Review*, N°87, 2014, p. 65.

¹⁰⁰ TAPIA, LUIS, “El Estado en condiciones de abigarramiento”, en VV.AA., *El Estado. Campo de Lucha*, Muela del Diablo Editores, La Paz, 2010, p. 95 y ss.

¹⁰¹ “Si se dice que Bolivia es una formación abigarrada es porque en ella se han superpuesto las épocas económicas (las de uso taxonómico común) sin combinarse demasiado, como si el federalismo perteneciera a una cultura y el capitalismo a otra y ocurriera sin embargo en el mismo espacio; o como si hubiera un país en el feudalismo y otro en el capitalismo, superpuestos y no combinados. Tenemos, por ejemplo, un estrato, el neurálgico, que proviene de la agricultura andina, o sea de la formación del espacio; tenemos por otra parte (aun si dejamos de la lado la forma mitimae) el que resulta del epicentro potosino, que es el mayor caso de descampesinización colonial; verdaderas densidades temporales mezcladas, no obstante, no solo entre sí del modo más variado, sino también con el particularismo de cada región, porque aquí cada valle es una patria, en un compuesto en el que cada pueblo viste, canta, come y produce de un modo particular y todos hablan lenguas y acentos diferentes sin que unos ni otros puedan llamarse por un instante lengua universal de todos. En medio de tal cosa, ¿Quién podría atreverse a sostener que esa agregación tan heterogénea pudiera concluir en el ejercicio de una cuantificación uniforme del poder? De tal manera que no hay duda de que no solo la escasez de estadísticas confiables es lo que dificulta el análisis empírico en Bolivia, sino la propia falta de unidad convencional del objeto que se quiere estudiar...” Cfr. ZAVALA, RENE, “Las masas en noviembre”, en *La autodeterminación de las masas, Antología de Rene Zavaleta*, Clacso- Siglo del Hombre, Buenos Aires, 2009, p. 212 y ss.

de varios tiempos históricos, modos de producción, concepciones del mundo, lenguas, culturas y diferentes estructuras de autoridad”¹⁰².

El *abigarramiento* ha permitido la formación de Estados aparentes o parciales. Las fuentes de ello serían dos. La primera se refiere a las estructuras sociales que el monopolio del Estado moderno no ha logrado permear, esas comunidades que viven conforme a otras estructuras y fundamentos de autoridad. La segunda es el orden social patrimonialista que desde la colonización se ha desarrollado en el continente y cuyo rasgo principal es la existencia del latifundio y la no separación entre quienes detentan el poder del dominio de la tierra con quienes ejercen las funciones políticas y económicas¹⁰³.

Zavaleta y Tapia están pensando en Bolivia, pero la situación que describen traspasa sus fronteras y como correlato la interpelación esencial es: ¿cómo se puede construir un Estado en el que la unificación no opere mediante mecanismos de dominación colonial? La respuesta de los últimos procesos constitucionales en Ecuador y Bolivia ha sido la plurinacionalidad, y se está extendiendo a más países –por ejemplo, en los debates constitucionales de Chile y Argentina–. Se plantea como una propuesta descolonizadora, arraigada en una idea fuerte de autodeterminación que permita a los pueblos mucho más que ser reconocidos, como poder decidir su Derecho y su justicia, modos de producción y todo lo que conlleva una idea idea de autoderminación seria.

Como veremos, el acontecer en el ámbito de la plurinacionalidad no es favorable. Pero una comprensión profunda de la idea de *abigarramiento* nos permite pensar en lo que no se ha transformado, pese a toda la violencia que se ha ejercido, y que no ha logrado ser absorbido por la concepción westfaliana de Estado (y de capitalismo, de ciudadano, de

¹⁰² TAPIA, LUIS, “El estado en condiciones de abigarramiento”, citado, p. 100.

¹⁰³ TAPIA, LUIS, “El estado en condiciones de abigarramiento”, citado, p. 105

derechos, de Estado liberal). Es un concepto negativo, “pero es una condición de posibilidad para comprenderse en la condición de dificultad de convivir en el país y sobre todo para construir algo en común¹⁰⁴”.

En síntesis, para palpar la dimensión de los conflictos graves y estructurales, que fundamentan el despliegue de los activismos, hemos referido algunas nociones vinculadas al concepto de Estado en Latinoamérica: Estados Fallidos, capturados, cooptados, abigarrados. Todos por sí mismos ameritan un gran estudio, pero la idea central era enunciar lo que consideramos buenos ejemplos de una comprensión de Estado *con los pies en la tierra*¹⁰⁵. A continuación, veremos otro aspecto angular para comprender los conflictos graves y estructurales.

3.5.2. Tensión entre neoliberalismo y constitucionalismo social

La teoría neoliberal de prácticas político-económicas afirma que “la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada, mercados libres y libertad de comercio¹⁰⁶”.

¹⁰⁴ TAPIA, LUIS, *Multitud y sociedad abigarrada*, citado, p. 50. Respecto del Estado westfaliano cabe destacar que nos referimos a una idea central del imaginario jurídico moderno –visión westfaliana del Estado de Derecho–, identificada como *absolutismo jurídico*, ya que comprende un legislador omnipotente en su territorio, una organización claramente jerárquica de soberanía y un único sistema de fuentes del Derecho válido al interior de las fronteras de cada Estado concreto, en la que la cesión de la soberanía sería una cuestión excepcional. Pero ello fue así solo en una fracción muy pequeña de tiempo y en muy pocos países. El profesor Mattei, apoyado en el trabajo de Paolo Grossi, nos explica que esta idea en realidad dominó muy poco tiempo en Europa, pues el proceso de eliminación de las dinámicas medievales fue resistido hasta bien entrado el S XIX y con la guerra y post guerra fría la gobernanza internacional desfigura toda la lógica del Estado soberano: más de 4.400 organizaciones internacionales frente a 200 Estados parecen determinar el contenido de las decisiones y con ello se evidencia que la crisis de modelo de Estado soberano es evidente y lo demás es mitología ordoliberal Cfr. MATTEI, UGO, *Bienes comunes*, citado, p. 28 y ss.

¹⁰⁵ Otra reflexión respecto de la crisis de la soberanía estatal y desarrollando la noción de *vietnamización del territorio* en ECO, UMBERTO, “La edad media ha comenzado ya”, en VV.AA. *La nueva edad media*, traducción de Carlos Manzano, Alianza, Madrid, 2004, p. 9-35, Véase también MATTEI, UGO Y NADER, LAURA, *Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal*, traducción de Álvaro Bonilla y Roger Merino, Palestra, Lima, 2013.

¹⁰⁶ HARVEY, DAVID, *Breve historia del neoliberalismo*, traducción de Ana Varela, Akal, Madrid, 2005 p. 6.

Como sistema económico global dio sus primeros pasos teóricos en las universidades de Estados Unidos, y tiene sus primeras manifestaciones en la realidad política en Latinoamérica, específicamente en Chile, durante los años de la dictadura militar¹⁰⁷. El neoliberalismo fue erigiéndose como modelo económico hegemónico y dejando atrás los años del keynesianismo promovido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) para superar la desigualdad de la región¹⁰⁸. Sin embargo, François Denord, a diferencia de quienes sostienen que el neoliberalismo es un desarrollo posterior al keynesianismo y consecuencia de los fracasos de este, indica que la ideología neoliberal comenzó a desarrollarse en el periodo de entreguerras, con participación de editoriales, academia y empresarios y que más que participar del “coro de evangelistas del mercado” tiene una doctrina propia que trasciende la economía. Es una propuesta económica, pero también una visión política, ética y social¹⁰⁹.

La comprensión estándar del neoliberalismo indica que disminuir al mínimo el Estado para que no intervenga en modo alguno en el mercado precisó de la privatización de las empresas estatales, y de la reducción al mínimo de las políticas sociales y redistributivas. El mundo privado es el adecuado para lograr eficiencia, productividad, mejorar la calidad de las mercancías y reducir los costes tanto de manera directa para el consumidor, a través de la oferta de bienes y servicios más baratos, como indirectamente mediante la reducción de las cargas fiscales. El mercado desregulado contribuiría a disminuir la pobreza y las tasas de

¹⁰⁷ FONTANA, JOSEP, *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, Pasado & Presente, Barcelona, 2011, p. 536 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. También, ROITMAN, MARCOS, *Tiempos de oscuridad. Historia de los golpes de Estado en América Latina*, Akal, Madrid, 2013, p. 85 y ss. Para Keynesianismo véase SOTELO, IGNACIO, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, citado, p. 205 y ss. MIRAVET, PABLO, *Estado Social, empleo y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 55 y ss.

¹⁰⁹ LAVAL, CHRISTIAN, “Pensar el neoliberalismo”, en *Pensar desde la izquierda. Mapa del pensamiento crítico para un tiempo de crisis*, coord. por Giorgio Agamben, Jacques Ranciere, Alan Badiou, Errata Nature, Madrid, 2012, p. 15.

mortalidad infantil, de desnutrición, es decir, a un mejoramiento en los diversos índices de desarrollo humano. En la actualidad no dejan de surgir artículos de investigadores que, con gran cantidad de cifras, intentan demostrar que es el modelo económico que mayor progreso ha traído al mundo¹¹⁰.

Pero contra la idea de *Estado mínimo* se ha argumentado que el neoliberalismo realmente necesita y ha construido un *Estado fuerte*¹¹¹. Foucault reflexionó sobre ello aportando su noción de *gubernamentalidad* que comprende, muy básicamente, las técnicas de gobierno que se emplean cuando las personas ya se han transformado en agentes maximizadores de bienestar individual y que permiten el desarrollo del proyecto neoliberal. Es decir, el neoliberalismo –y el ordoliberalismo– son proyectos que, en su dimensión económica, no se conforman a la idea clásica de economía como dato naturalmente regulada por leyes de oferta y demanda, ni son un desarrollo de éstas; para ellos el mercado es una *construcción*¹¹². Así, el mercado no sería “principio de limitación del Estado, sino su

¹¹⁰ HAYEK, FRIEDRICH, *Camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, Alianza, Madrid, 2002, p. 109. La noción de Estado mínimo ha sido desarrollada por NOZIC, ROBERT, *Anarquía, Estado y utopía*, traducción de Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1991. Sobre estas teorías de la justicia véase GARGARELLA, ROBERTO, *Teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 46 y ss.

¹¹¹ HARVEY, DAVID, *Breve historia del neoliberalismo*, traducción de Ana Varela, Akal, Madrid, 2005 p. 88, 128 y ss. En la reflexión del profesor Harvey esto sería necesario para favorecer derechos de propiedad privada individual, el imperio de la ley, las instituciones del libre mercado y del libre comercio del neoliberalismo. A esta situación también se le ha denominado el *Consenso del Estado débil* “Solo el estado puede producir su propia debilidad por lo que es necesario un Estado fuerte, capaz de producir eficientemente y de asegurar, con coherencia, esa debilidad. El debilitamiento del Estado produce por tanto unos efectos perversos que cuestionan la viabilidad de las funciones del Estado débil: el Estado débil no puede controlar su debilidad” Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano*, citado, p. 288.

¹¹² “Foucault pretende demostrar que el neoliberalismo, no es una simple adecuación del liberalismo clásico que domina el mercantilismo y la balanza europea del siglo XIX; sino que opera una transformación profunda respecto de este último. El elemento más significativo es la desnaturalización del mercado, que el liberalismo clásico pensaba como dato natural y sujeto a leyes naturales como las de la oferta y la demanda. El neoliberalismo por el contrario pensará que el mercado es un artificio, una realidad a construir y mantener. Puesto que la economía de mercado neoliberal, a diferencia de la economía liberal clásica privilegia la competencia, mucho más que la igualdad mercantilista, donde los sujetos proceden al libre intercambio. Por el contrario, para que una industria en específico funcione en una economía de mercado es necesario que una serie de condiciones lo permitan. Esta serie de condiciones posibilitantes del mercado, no son condiciones primeramente económicas y corresponde a lo que los ordoliberales llamaron marco y que teóricamente desarrollaron ya desde 1930; pero que comenzaron a implementar a partir de la creación del comité científico

principio de regulación interna, de punta a punta de su existencia y su acción. En otras palabras, en lugar de aceptar una libertad de mercado definida por el Estado y mantenida de algún modo bajo la vigilancia estatal –lo cual era en cierta forma, la fórmula inicial del liberalismo: establezcamos un espacio de libertad económica, circunscribámoslo y dejémoslo circunscribir por un Estado que ha de vigilarlo–, pues bien dicen los ordoliberales, es necesario invertir por completo la fórmula y proponerse la libertad de mercado como principio organizador y regulador del Estado, desde el comienzo de su existencia y hasta la última forma de sus intervenciones, Para decirlo de otra manera, un Estado bajo la vigilancia del mercado más que un mercado bajo la vigilancia del Estado¹¹³”

Otra idea fundamental que también encuentra lugar en la obra de Foucault es que la relación Estado-Economía que plantea el neoliberalismo es solo un aspecto del proyecto. La dimensión económica es trascendida, constatando que el proyecto neoliberal se filtra por lugares más profundos, construyendo un sujeto y unos modos de saber: “está guiado por una lógica normativa que afecta a todos los terrenos de la acción pública y a todos los aspectos de los ámbitos sociales e individuales¹¹⁴”. El ser humano, el ciudadano, la mujer democrática, es sustituido por la *sujeta neoliberal* el *homo economicus* auto-interesado, competitivo y despolitizado que abandona toda dimensión de lo común¹¹⁵. Foucault nos invita a un plano de reflexión más profunda y desde ahí comprender sin sorpresas algunas prácticas políticas recurrentes, por ejemplo los rescates a los bancos, el salvataje estatal y las

nacional en 1948, en el contexto de la reconstrucción de postguerra”. Cfr. SALINAS, ADÁN, *La semántica biopolítica. Foucault y sus recepciones*, Cenaltes, Viña del Mar, 2014, p. 87.

¹¹³ FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica: curso del college de france (1978-1979)*, traducción de Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2008, 149.

¹¹⁴ LAVAL, CHRISTIAN, “Pensar el neoliberalismo”, citado, p. 17. FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica: curso del college de france (1978-1979)*, citado, p. 147 y ss. Para un análisis de la polisemia de la expresión en la obra de Foucault véase SALINAS, ADÁN, *La semántica biopolítica. Foucault y sus recepciones*, Cenaltes, Viña del Mar, 2014, p.52 y ss.

¹¹⁵ LAVAL, CHRISTIAN, “Pensar el neoliberalismo”, citado, p. 21 y ss.

dinámicas más complejas que hoy, claramente, se vinculan al manejo del capital financiero. En general, a comprender la que ya es una tesis compartida: el Estado de la economía liberal no es un Estado débil, en el sentido de un estado mínimo que solo debe procurar el mantenimiento del orden, de la seguridad y la protección de la propiedad privada, es un estado selectivamente débil al servicio de los poderes económicos nacionales y transnacionales¹¹⁶.

Otro argumento para explicar la tesis que cuestiona la idea de Estado mínimo viene dado por el que se ha venido en denominar *giro institucional del Consenso de Washington* de mediados de la década de los noventa –el consenso que orientó la economía hacia la desregulación, liberalización global de los mercados, privatización y recortes del gasto público y en términos amplios al minimalismo estatal¹¹⁷–. La idea es que efectivamente el proyecto neoliberal contemplaba un Estado fuertemente desregulado, pero se modificó la estrategia fortaleciendo el rol del Estado solo en ámbitos que especialmente interesaban a las oligarquías. El cambio se produce por la situación de caos económico que generó la desregulación y que derivó en la crisis asiática. Este giro refleja una revalorización del rol del Estado para dotar de seguridad jurídica a los mercados, la propiedad y un Derecho penal que permitiera sancionar con firmeza los delitos –y criminalizar la protesta social–. Sería en este contexto en el que los poderes judiciales recibieron enormes cantidades de dinero, para

¹¹⁶ Recientemente en España, un análisis con perspectiva de Derecho en: FERRERES, VÍCTOR, “La crisis del euro y la regla del oro: problemas constitucionales”, en *Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Barcelona, N°1, 2012, pp. 96-103; HARVEY, DAVID, *Breve historia del neoliberalismo*, citado, p. 82 y ss. Una perspectiva económica con PIKKETY, *El capitalismo en el siglo XXI*, citado, 521 y ss.

¹¹⁷ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio jurídico*, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, p. 25 y ss. Es por ello, que en estricto Santos actualmente habla de cuatro dimensiones del consenso hegemónico global: el consenso económico neoliberal, el consenso sobre el Estado débil, el consenso democrático liberal, el consenso sobre el estado de derecho y la reforma judicial, respecto de esto véase: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 455 y ss.

lograr ser el principal poder del estado en cumplir los objetivos señalados¹¹⁸. La tesis de Santos al respecto es fundamental: “solo un Estado fuerte puede producir su debilidad con eficiencia, pero una vez producida, tiene efectos exagerados, que van más allá de lo previsto, al punto de poner en peligro el desempeño de las tareas asignadas al Estado dentro del nuevo modelo de desarrollo¹¹⁹”.

Conforme a lo anteriormente expuesto, nuevamente encontramos refugio en la expresión selectividad, pues más que haber un Estado débil o fuerte, vemos un Estado que a veces es fuerte, por ejemplo para proteger los intereses privados de las oligarquías y otras veces es débil, por ejemplo para desarrollar el programa del constitucionalismo social¹²⁰. Este doble discurso ha tensionado la reflexión y nos parece irresponsable no considerarlo en una etapa de crecientes ofensivas *deconstituyentes y desdemocratizadoras*¹²¹. Podemos leer la tensión entre *constitucionalismo social* y neoliberalismo desde dicha selectividad: ella es

¹¹⁸ En el caso de Colombia la USAID destinó un total de 3.264.000 dólares a un programa para la modernización de la justicia, que se tradujo, principalmente, en la generación de un sistema penal acusatorio, con la creación de una fiscalía. Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La globalización del estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Uniandes, Bogotá, 2009, p. 48. Cabe destacar que este giro ha tenido diversas velocidades en el norte y sur global. Desde 1997 con la crisis asiática se impuso fuertemente en el sur y, con la reciente crisis del 2008, se extiende a los estados del norte. Pisarello explica que dichas modificaciones en Europa arrancan con el Tratado de Maastricht en 1992, Cfr. PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, citado, p. 185. Para una exposición sobre el imperialismo de EEUU en el ámbito judicial, a partir de los diversos programas de su USAID, véase: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 471-473.

¹¹⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 489

¹²⁰ Utilizamos la expresión constitucionalismo social para referir a los procesos constitucionales que, teniendo sus antecedentes en las constituciones de México en 1917 y de Weimar de 1919, desde la segunda posguerra dan lugar al Estado Social, porque se caracterizan por combinar elementos sociales y liberales, una economía capitalista regulada y limitada jurídicamente y la democracia como un mecanismo de selección de élites de los grandes partidos políticos. Cfr. PISARELLO, GERARDO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, citado, p. 14. Véase también *Un largo termidor, La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, p. 139 y ss. También, en un sentido genérico, para referir a los procesos constitucionales que tomando como referencia dichas constituciones, han promulgados textos que en lo formal se inspiran en ellas, como por ejemplo, algunas constituciones Latinoamericanas.

¹²¹ Por procesos *deconstituyentes y desdemocratizantes* comprendemos los diversos procesos de vaciamiento del contenido democrático y garantista de las constituciones y que ha originado un constitucionalismo liberal oligárquico, PISARELLO, GERARDO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, 2014, p. 79 y ss. FERRAJOLI LUIGI, *Poderes Salvajes*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 22 y ss. HARVEY, DAVID, *Breve historia del neoliberalismo*, citado, p. 76 y ss.

la que genera la abismal distancia entre los textos jurídicos que consagran derechos humanos y la realidad cotidiana de las personas que día a día sufren la vulneración de sus derechos fundamentales; entre las promesas constitucionales de la post guerra europea y de la transición democrática de latinoamerica y la realidad política-económica que las burla sistemáticamente.

Ahora bien, es importante profundizar en los aspectos diferenciadores de la tensión entre constitucionalismo social y neoliberalismo en nuestro contexto de investigación pues no se ha desarrollado de la misma forma que en el norte global. Para ello, indefectiblemente debemos retrotraernos más de quinientos años atrás, al inicio del periodo de dominación colonial, al despojo y la barbarie del genocidio indígena. Con ello hacemos referencia a los trabajos de múltiples autoras y autores que han sido capaces de nombrar la conexión entre capitalismo y colonialismo¹²². Entre ellos los *estudios culturales latinoamericanos*, cuya tesis fundacional es la relación constitutiva entre colonialidad y modernidad –la primera como el lado oculto, de la segunda–, han emprendido un trabajo crítico de la tesis del descubrimiento, con una impronta epistemológica que acentúa el silencio y subvaloración de las experiencias de los condenados de la tierra que se definen por la herida colonial, “consecuencia del racismo, el discurso hegemónico que pone en cuestión la humanidad de todos lo que no pertenecen al mismo locus de enunciación de quienes crean los parámetros de clasificación y se otorgan a sí mismos el derecho de clasificar¹²³”.

¹²² ARENDT, HANNAH, *Los orígenes del totalitarismo*, traducción de Guillermo Solana, Taurus, Madrid, 1951, 135 y ss; FANON, FRANTZ, *Los condenados de la tierra*, traducción de Julieta Campos, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 30 y ss. 967, WALLERSTEIN, IMANUEL, *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*, Siglo XXI. México, 2005; MIGNOLO, WALTER, *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, traducción de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 28 y ss. O’ GORMAN, EDMUNDO, *La invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del nuevo mundo y del sentido de su devenir, universalismo de la cultura occidental*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, MATTEI, UGO, *Bienes comunes*, citado, p. 18.

¹²³ MIGNOLO, WALTER, *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, citado, p. 34.

Estos autores, de forma similar a lo que sucede con el neoliberalismo, suscriben que la lógica colonial opera en diversos ámbitos: el económico, que comprende la apropiación de la tierra, explotación de la mano de obra y control de las finanzas; el político, que comprende el control de la autoridad, el social que refiere al control de la sexualidad y el género; y finalmente el epistémico y subjetivo, que conlleva el control del conocimiento y la subjetividad¹²⁴. Lo que nos interesa connotar es que dichos ámbitos del proceso de dominación colonial son parte del pasado y del presente, ya que el colonialismo se ha resignificado y de diversas formas sostiene al modelo neoliberal, se imbrica con él para tensionar y obstaculizar la puesta en marcha efectiva del constitucionalismo social Latinoamericano y de toda propuesta de organización de poder que lo cuestione.

Hannah Arendt, en su análisis del imperialismo, establece que “el punto decisivo de las décadas de los sesenta y setenta, que iniciaron la era del imperialismo, fue el que forzaron a la burguesía a comprender por primera vez que el pecado original de simple latrocinio, que hacia siglos había hecho posible la «acumulación original del capital» y que había iniciado toda acumulación ulterior, tenía que ser eventualmente repetido, so pena de que el motor de la acumulación se desintegrara súbitamente¹²⁵”. Si bien Arendt no se está refiriendo específicamente a los procesos de colonización en Latinoamérica, ayuda bastante la comprensión, pues con esta idea de imperialismo y su *expansión ilimitada* podemos trasladar la reflexión hacia el extractivismo y comprenderlo como una modalidad de lo que Marx denominó como acumulación primario-exportadora, y Harvey *acumulación por desposesión*, ya que, a diferencia de la *acumulación ampliada*, no opera con medios económicos y la precede. La acumulación por desposesión ha comprendido diversas formas

¹²⁴ MIGNOLO, WALTER, *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, citado, p. 38.

¹²⁵ ARENDT, HANNAH, *Los orígenes del totalitarismo*, citado, p. 135.

de apropiación ilegal y violenta de la tierra, de los recursos naturales y de la fuerza de trabajo necesaria para sostener la reproducción ampliada, por lo que sus vías han sido el despojo colonial, la esclavitud, la coerción política, la violencia paramilitar o la ocupación extranjera¹²⁶.

Dicho modo de acumulación que continúa generándose, es parte de ese proceso de expansión ilimitada que nos explica Arendt y que vertebró el modelo de desarrollo que actualmente se puede enunciar con la categoría crítica de extractivismo. Recordemos que consiste en “la remoción de grandes volúmenes de recursos naturales que no son procesados, o lo son muy limitadamente, sobre todo para exportar. No se limita a la mega minería a cielo abierto y al petróleo, comprende también al sector agrario, forestal y pesquero. El agro negocio con la soja y los bio combustibles son un terreno especialmente delicado¹²⁷”. Por ello, se puede encontrar su inicio masivo hace quinientos años, ya que en la práctica el extractivismo ha sido un mecanismo de saqueo y apropiación colonial y neocolonial¹²⁸. Como hemos indicado, parte central de los conflictos que padece actualmente América Latina tiene como causa al extractivismo: desplazamientos forzados por razones medioambientales, enfermedades por contaminación, destrucción de la pequeña agricultura, escasez hídrica para consumo y saneamiento, pérdida de diversidad de especies a consecuencia de los monocultivos, intensos procesos de criminalización de la protesta y de uso de derecho penal del enemigo contra de quienes se opongan y busquen desobedecer el

¹²⁶ La expresión acumulación primario-exportadora y la de acumulación ampliada son propias de la reflexión marxista y la de acumulación por desposesión es de Harvey. Véase HARVEY, DAVID, *El “nuevo” imperialismo: acumulación por desposesión*, Clacso, Buenos Aires, 2005.

¹²⁷ ACOSTA, ALBERTO, “Extractivismo y neoextractivismo: Dos caras de una misma maldición” en VVAA, *Más allá del desarrollo*, Ediciones AbyaYala, Quito 2011, p. 85.

¹²⁸ ACOSTA, ALBERTO, “Extractivismo y neoextractivismo: Dos caras de una misma maldición” citado, p. 89.

orden imperante, son solo algunas manifestaciones de los problemas que ha traído este supuesto modelo de desarrollo¹²⁹.

Algunos profesores, como Koldo Unceta, denominan este modelo como *maldesarrollo*, para expresar su fracaso global y sistémico, que afecta a unos y otros países – desarrollados y subdesarrollados– y las relaciones entre ellos. Dicho fracaso se manifiesta, en primer lugar en la pobreza y la desigualdad, pese a haber aumentado las tasas de crecimiento, no ha acarreado la disminución de la miseria y además han aumentado las inequidades. Un segundo problema global es el deterioro progresivo del medio ambiente. En tercer lugar, el desarrollo no ha traído consigo acarreado la incorporación de la mujer al trabajo. Finalmente, la cuarta anomalía consiste en la falta de correspondencia entre crecimiento económico y respeto de los derechos humanos. La insistencia en que estas anomalías son globales tiene por objetivo demostrar que afectan a países desarrollados y subdesarrollados, y a países en los que el *desarrollo* se ha producido bajo formas de gobiernos socialistas, como también a aquellos en que el *desarrollo* se ha generado en contextos dictatoriales a través de la puesta en práctica de las propuestas económicas del neoliberalismo¹³⁰.

¹²⁹ SVAMPA, MARISTELLA, “Consenso de los commodities giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina”, en VVAA, *Movimientos socioambientales en América Latina*, coord. por Lucio Fernando Oliver, Clacso, Buenos Aires, 2012, p. 15-38.

¹³⁰ UNCETA, KOLDO, “Desarrollo, Subdesarrollo, Maldesarrollo y Postdesarrollo”, en *Desarrollo, postcrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, citado, pp. 49 y ss. Cfr. TORTOSA, JOSÉ MARÍA, *Maldesarrollo y mal vivir. Pobreza y violencia a escala mundial*, Abya-Yala, Quito, 2011. Cfr. SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo, la Argentina de extractivismo y el despojo*, Katz, Buenos Aires, 2015, p. 21 y ss. Respecto de la primera anomalía una investigación reciente, que aporta argumentos rigurosos, es PIKETTY, THOMÁS, *El capital en el S. XXI*, citado, p. 261 y ss. Respecto a la segunda anomalía un texto básico es el informe *Los límites del crecimiento*, también conocido como *Informe Meadows* o *Primer informe del Club de Roma*. Texto que fue elaborado por un equipo interdisciplinario del MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts) bajo la dirección de Dennin Meadows. Expresaron la imposibilidad física de un crecimiento infinito, llamando la atención sobre la necesidad de cambiar el curso económico del mundo. VV.AA., *Los límites del crecimiento. Informe al Club de Roma sobre el Predicamento de la Humanidad*, 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

Hechas estas breves consideraciones sobre el neoliberalismo en Latinoamérica, realizaremos algunas referencias al constitucionalismo latinoamericano actual, que no ha estado completamente ajeno a dichas reflexiones. Históricamente, los problemas derivados del colonialismo no han sido especialmente tenidos en cuenta por el Derecho. Sin perjuicio de que profundizaremos en este aspecto al finalizar este capítulo, diremos desde ya que toda la reflexión relativa a modos de vida incompatibles con el esquema liberal y los modelos de producción alternativos al capitalismo fueron sistemáticamente excluidos de la reflexión constitucional latinoamericana; ésta se ha caracterizado tradicionalmente por ir un paso más atrás de las vindicaciones de los pueblos originarios, las minorías étnicas, el sector campesino y los grupos vulnerables en general.

La relación entre constitucionalismo social europeo –que no llegó– y neoliberalismo, – que llegó precedido de colonialismo hace quinientos años–, en Latinoamérica no ha sido de contradicción propiamente, sino de complementariedad, ya que ambos han contribuido a un mismo proyecto de las élites¹³¹. Ahora bien, conviene hacer algunas matizaciones a dicha reflexión, ya que un importante quiebre se produce en las últimas décadas con los procesos de Ecuador y Bolivia, que representan el “núcleo duro” del *nuevo constitucionalismo social latinoamericano*, y que a grandes rasgos estableció un nuevo paradigma jurídico con la constitucionalización del *buen vivir*, del Estado plurinacional y de los derechos de la naturaleza. Sin embargo, los textos constitucionales y los procesos sociales que los originaron han estado plagados de obstáculos, el extractivismo no permite fácil derrota y es el principal obstáculo para la eficacia de los nuevos paradigmas constitucionales. Por ello un aspecto cada vez más presente en la agenda de los movimientos sociales latinoamericanos es

¹³¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, La globalización del estado de Derecho. *El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Uniandes, Bogotá, 2009.

la protesta en contra de los proyectos que no dejan de proliferar, demandando más constitución y menos extractivismo. Cuestionan no solo las consecuencias, sino la idea misma de *desarrollo*, por ser incompatibles con el *buen vivir* y su ética biocéntrica. Es con todos estos matices con los que debemos comprender la tensión entre el nuevo *constitucionalismo social latinoamericano* y el neoliberalismo.

Como hemos advertido, hoy la oposición a ello la representan los gobiernos de Ecuador y Bolivia que, pese a haber ganado sus lugares en el poder defendiendo proyectos descolonizadores, con el apoyo de indígenas y campesinos, hoy se enfrentan a ellos a consecuencia del fomento que han realizado de los proyectos extractivistas. La expresión *neoextractivismo* ha surgido precisamente para aludir a la política económica que han impulsado dichos gobiernos, “parte de una versión contemporánea del desarrollismo propio de América del Sur, donde se mantiene el mito del progreso bajo una nueva hibridación cultural y política¹³²”. El desafío era construir economías alternativas, respetuosas de la vida, lo que conllevaba entrar a plantear una alternativa de fondo al modelo económico, pero no han salido del modelo primario exportador, impulsando nuevos levantamientos indígenas. Ésta vez en contra de sus supuestos líderes¹³³.

¹³² GUDYNAS, EDUARDO, “Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contexto y demandas bajo el progresismo sudamericano actual”, en VV.AA. *Extractivismo, política y sociedad*, CAAP y CLAES, Quito, 187-224. Es especialmente ilustrativo de las tensiones indicadas leer en conjunto los siguientes textos: GARCÍA LINIERA, ÁLVARO, *Geopolítica de la Amazonia. Poder hacendal-patrimonial y acumulación capitalista*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2012; Cfr. PRADA, RAÚL, *Miseria de la Geopolítica. Crítica a la geopolítica extractivista*, disponible en: <http://www.unterseccionalroca.org.ar/imagenes/u3/MISERIA%20DE%20LA%20GEOPOL%C3%8DTICA%20%20%28Geopolitica%20extractivista%29.pdf> (visitado junio 2015). Cfr. además con ACOSTA, ALBERTO, “El buen vivir como alternativa al desarrollo. Algunas reflexiones económicas y no tan económicas”, en *Revista Política y Sociedad*, Universidad Complutense de Madrid, N°52, 2015 pp. 299- 331.

¹³³ PRADA, RAÚL, *Descolonización y transición*, Abya-Yala, Quito, 2014, pp. 225 y ss. Para un análisis de la plurinacionalidad, véase VV.AA. *Un estado, muchos pueblos. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, coord. por Katu Arkonada, Icaria, Barcelona, 2012.

En este apartado de nuestra investigación, buscamos profundizar en lo que nos parece un aspecto central para comprender las causas profundas de los conflictos que subyacen a los activismos dialógicos. No obstante, tanto la tensión entre constitucionalismo social y neoliberalismo, como la tensión entre *nuevo constitucionalismo social latinoamericano* y *extractivismos*, permiten un camino de reflexiones que podemos enfocar desde la pregunta que inquiere por las relaciones entre el Derecho, la economía y la política, sobre estos vínculos existen diversas tesis que serán abordadas en el capítulo final de esta investigación.

3.6 Movimiento social y litigio estratégico

Una de las causas del impulso dialógico y de las innovaciones tendentes a ello, se debe a las estrategias jurídicas que se han impulsado por los movimientos sociales, sea a través de solicitud expresa, o sea cumpliendo con diligencia y creatividad las labores asignadas por los jueces durante el desarrollo del proceso¹³⁴. En el segundo capítulo de esta investigación podremos comprender las diversas formas en las que es trabajo de las organizaciones sociales determina los rasgos dialógicos de los procesos, ahora señalaremos algunos antecedentes de lo que ha sido su labor en el ámbito de los derechos humanos y las concepciones estratégicas del litigio judicial que han sido construidas por diversas alianzas entre movimientos y organizaciones no gubernamentales, universidades y colectivos de

¹³⁴ Utilizamos movimiento social como expresión amplia, pero es relevante distinguir movimiento social de Organizaciones no Gubernamentales. En este sentido, la expresión movimiento social referiría a una participación no gubernamental y no empresarial. Existen ciertos sectores críticos respecto del trabajo de las organizaciones no gubernamentales, entre otras razones por identificarlas con un paradigma muy clásico y liberal de trabajo con derechos humanos, que no se compromete con las causas estructurales de los problemas. Desde una perspectiva más radical se cuestiona el trabajo de las ONG porque se ha transformado en un mercado dirigido desde Estados Unidos, de auténticos “empresarios de la pobreza” que obstaculizan el trabajo de los movimientos sociales y contribuyen a ocultar los efectos nocivos de los proyectos imperialistas. Sobre este último punto son destacados los trabajos de James Petras. Véase PETRAS, JAMES, *América Latina, de la globalización a la revolución*, Homosapiens, Buenos Aires, 1999. Una lectura actual de la situación de las Ong en Latinoamérica puede verse en: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De las dualidades a las ecologías*, Red boliviana de mujeres transformando la economía, La Paz, 2012, p. 29.

abogados con el objeto de gestionar las herramientas jurídicas necesarias para impulsar litigios que permitan desarrollar el contenido de los derechos fundamentales.

Pero antes de avanzar, resulta necesario advertir la paradoja de que movimientos sociales generen estrategias jurídicas para el logro de sus objetivos, cuestión que se visibiliza con mayor claridad al asumir una determinada concepción de movimiento social y una determinada postura respecto de las relaciones entre el derecho y el cambio social, que serán indicadas con mayor precisión al finalizar el capítulo III de esta investigación.

El punto que nos interesa plantear en esta etapa es que las y los activistas fueron aprendiendo a utilizar las herramientas jurídicas de las diversas escalas de regulación y creando redes entre organizaciones, generándose así un factor cultural que es relevante considerar: el aprendizaje conjunto y la disposición subjetiva favorable a las diversas experiencias de trabajo con el Derecho. En parte el fortalecimiento de los movimientos sociales en Latinoamérica es un proceso que va de la mano con ese cúmulo de saberes, entre los que se comprende haber sido la “espinas dorsal” de la resistencia ante las violaciones masivas y sistémicas de las últimas dictaduras militares en Latinoamérica. En el periodo de las dictaduras, importa observar cómo las condiciones políticas determinaron estrategias distintas al litigio, pues como no existían las condiciones para avanzar con procesos judiciales, ni a nivel nacional ni a nivel regional, –las Cortes estaban en su mayoría cooptadas– se sacó partido a los informes sobre países de la Comisión Interamericana, que con posterioridad sirvieron para sostener y dotar de legitimidad a demandas que se desplegaron a nivel nacional, así como para afectar la imagen internacional de los dictadores¹³⁵. Luego en las etapas post dictaduras las organizaciones participaron intentando

¹³⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, citado, p. 9.

dar sentido a las distintas instancias de justicia transicional, por ejemplo, las comisiones de verdad, además de los litigios.

Ese saber conjunto es uno de los elementos que permite comprender el desarrollo de estrategias jurídicas más complejas, como lo es nuestro objeto de investigación¹³⁶. La dimensión transnacional de este aspecto amerita una referencia especial, pues ha sido un proceso de complementariedad entre las estrategias nacionales e internacionales de lucha por el respeto de los derechos y que ha sido identificado como parte de una *globalización contrahegemónica* para contrarrestar los efectos perjudiciales de la globalización hegemónica y que desde una perspectiva jurídica ha cimentado la teoría de la protección multinivel de los derechos, que pese a sus diferentes eficacias, es parte del relato de los derechos humanos que las organizaciones buscan defender¹³⁷.

Paralelamente, se ha producido una evidente proliferación normativa; han mejorado las herramientas jurídicas sobre derechos humanos, desde declaraciones de derechos, convenciones, observaciones generales, informes de países y temáticos, hasta la jurisprudencia que, tanto en los sistemas regionales como en los diversos ámbitos del sistema universal, no sin dificultades, avanzada. Todos ellos son un factor que precisan considerarse en el análisis, pues aunque no creemos que la dimensión normativa sea la

¹³⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La globalización del estado de Derecho*, citado, p. 42. Gabriel Salazar indica que el rol que las ONG desempeñaron durante los tiempos de las dictaduras fue muy importante en el fortalecimiento del movimiento social en Latinoamérica y, por tanto, algunos decían que el siglo XXI sería el siglo en el que lo público no estatal puede constituirse en una dimensión clave de la vida social. Cfr. SALAZAR, GABRIEL, *Los movimientos sociales en Chile*, citado, p. 431.

¹³⁷ Estos dos tipos de globalización no existen por separado, son dimensiones diferentes y antagónicas dentro de un mismo conjunto de relaciones sociales globalizadas, Cfr. VV. AA. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, coord. por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, Uniandes, Bogotá, 2004, p. 154; Véase DEZALAY, YVES Y GARTH, BRYANT, *La internacionalización de las luchas por el poder: La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados Latinoamericanos*, traducción de Antonio Barreto, Ilsa, Bogotá, 2002.; Véase también RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La Globalización del estado de Derecho: el neoconstitucionalismo*, citado, p. 41 y ss.; ABRAMOVICH, VÍCTOR, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista Sur*, N° 11, 2009, p. 14 y ss.

determinante o la más importante para comprender cómo y por qué se generan los procesos jurídicos, es un factor relevante a tener en cuenta.

En definitiva, el activismo dialógico es una propuesta compleja que se ha configurado como una estrategia para defender los derechos humanos a partir de múltiples procesos sociales. Las organizaciones no gubernamentales y las clínicas jurídicas de interés público de las universidades que han trabajado en este ámbito¹³⁸, suele utilizar la expresión de *litigio estratégico*, una línea de trabajo que desde los años sesenta es central para las organizaciones de derechos humanos¹³⁹. Dentro de sus influencias más directas encontramos el *impact litigation*¹⁴⁰, que en Latinoamérica ha tenido dos importantes etapas de desarrollo: la primera se produce entre los años sesenta y noventa impulsado por la Fundación Ford, con el objetivo de transformar los modelos tradicionales de enseñanza en la región. La segunda etapa, desde los años noventa en adelante, se produce en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano (al que nos hemos referido brevemente y en el que profundizaremos en epígrafes posteriores). Es importante advertir que el litigio de interés público no se identifica con el interés estatal solamente y que comprende el litigio de derechos humanos, pero lo excede, pues se dirige a temas que interesana la sociedad en su

¹³⁸ La enseñanza clínica del Derecho en Latinoamérica ha sido muy importante para el surgimiento del litigio en derechos humanos. Se suele indicar que tiene su origen en la crítica realista al formalismo de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. Un texto muy influyente en este sentido es el de JEROME FRANK, “Why Not a Clinical Lawyer-School?”, *Law Review University of Pennsylvania*, N°81, 1933, pp. 907-923. Cfr. VV.AA, *Defensa del interés público. Enseñanza estrategias, experiencias*, editado por Felipe González y Felipe Viveros, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999. Véase También: <http://clnicasjuridicas.org> (visitado septiembre 2015)

¹³⁹ CORAL-DÍAZ, ANA, MILENA LONDOÑO-TORO, BEATRIZ, MUÑOZ-ÁVILA, LINA, “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, en *Vniversitas*, N° 121, Bogotá, 2010, p. 57.

¹⁴⁰ El litigio estratégico fue promovido, y sigue siendo una de las principales líneas de trabajo de organizaciones como: CELS (Argentina), Comisión Andina de Juristas (Perú), Conectas (Brasil), Fundar (México), Fundación Mirna Mack (Guatemala), Dejusticia (Colombia), Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales (Chile). A nivel regional destaca el trabajo de CEJIL (Centro por la justicia y el Derecho internacional). En el ámbito académico ha sido importante en su desarrollo el trabajo realizado por la clínica de interés público de la Universidad Diego Portales, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo y Universidad Católica de Perú. También la de la Universidad de California, especialista en justiciabilidad de derechos sociales, véase <http://www.law.berkeley.edu/ihrhc.htm>

conjunto. No obstante, a nuestro entender, la jurisprudencia en el ámbito de los derechos humanos es la más relevante¹⁴¹.

La calificación de estratégico se debe a diversas razones, que van más allá del denominado *evento incierto de la litis* presente al inicio de todo litigio, como consecuencia de la incertidumbre sobre el contenido que tendrá la sentencia definitiva. Se denomina estratégico, siguiendo la perspectiva de CELS¹⁴², por dos grandes razones igualmente importantes: la primera tiene que ver con la estrategia de elección del caso, ya que tienen que ser casos en los que las víctimas de los hechos que lo motivan hayan experimentado una afectación grave en sus derechos humanos; la segunda razón plantea que las víctimas deben tener un rol relevante durante la substanciación y ejecución del procedimiento, es decir, debe tratarse de víctimas empoderadas, para que no se traduzca en una práctica elitista o conducida desde arriba: “la elección de las causas es el resultado de un trabajo conjunto con muy diversos colectivos y grupos sociales que demandan derechos, la elección de los casos siempre ha estado vinculada a la posibilidad de que el litigio que se emprende sea también una iniciativa del grupo social que lo demanda, porque allí radica la apuesta de que los derechos se expandan y se aseguren en la arena política democrática. De no ser así, solo contarían como pequeñas batallas ganadas en el estrecho círculo de los juristas académicos¹⁴³”.

¹⁴¹ Un lugar interesante para ver desarrollos jurisprudenciales es la página de la Red Desc, que reúne a organizaciones de todo el mundo y que permite acceder a las fuentes directas, los textos y análisis de casos: <http://www.escri-net.org/es/casos-desc>

(visitado septiembre 2015) Véase una compilación de textos connotados en: VV.AA, *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

¹⁴² El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una importante organización no gubernamental de Argentina y de Latinoamérica. Desde el año 1979 trabaja en la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático en Argentina. Su trabajo de monitoreo, protección y promoción ha sido muy influyente en la región.

¹⁴³ CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el Derecho*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008, p. 18. Además de estratégico, se le suele llamar litigio de interés público y litigio experimental. Véase

Es estratégico, además y principalmente, porque se promueve no solo para obtener una sentencia favorable para las partes del caso, sino que se anhelan efectos más amplios. Según esto, los procesos judiciales no se agotan en sí mismos, sino que integran una estrategia política más amplia destinada a incidir en las políticas públicas. Se trata de trabajar a partir de él sobre los patrones estructurales de violaciones de derechos humanos, cuestionar el contenido, orientación o implementación de políticas públicas que afectan a amplios sectores sociales, visibilizar situaciones de exclusión, posicionar un tema en el debate público, resignificar a los conflictos, presionar a los Estados, mejorar la articulación entre las organizaciones y los movimientos que se unen para incidir y litigar, etcétera¹⁴⁴. Merecen una mención especial las reflexiones que las organizaciones realizan en el ámbito del trabajo con los medios de comunicación, ya que el litigio estratégico es una vía para posicionar el conflicto social que origina el caso en el debate público, por ello las estrategias comunicacionales son una interrogante permanente para las organizaciones¹⁴⁵. En este ámbito y en general, se destaca la creatividad como uno de los motores más importantes de un litigio estratégico.

CASA DE LA MUJER (Bogotá), VAMOS MUJER (Medellín), FUNSAREP (Cartagena) y el MOVIMIENTO SOCIAL DE MUJERES RUTA PACÍFICA DE LAS MUJERES, *Litigio estratégico a favor de las mujeres en Colombia*, Bogotá, 2012, disponible en: <http://www.casmujer.org/>; Véase también: GUTIÉRREZ CONTRERAS, JUAN, CANTÚ MARTÍNEZ, SILVIANO, RINCÓN COVELLI. TATIANA, *Modelo para armar, litigio estratégico en Derecho humanos*, coord. por Juan Carlos Gutiérrez, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos, México, 2011; RUIZ MOLLEDA, JUAN, *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas para activistas de derechos humanos*, Instituto de Defensa Legal, Perú, 2009; IRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Litigio estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la comunidad nativa islas tres*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2013.

¹⁴⁴ CARVALHO SANDRA, BAKER, EDUARDO, “Experiencias de litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista Sur*, Edición conmemorativa “Derechos Humanos en movimiento”, V.11, N°20, junio-diciembre, Conectas, Brasil, 2014, pp. 469-480.

¹⁴⁵ Una buena manifestación de estas interrogantes lo encontramos en la conversación que recientemente sostiene la directora ejecutiva de una de las ONG más grande de América Latina, Conectas, con uno de los representantes de la cuarta mayor agencias de publicidad del mundo, Fernand Alphen. Cfr. “Bajen del pedestal”, en *Revista Sur*, V.11, N°20, jun/dic, 2014, Conectas, Brasil, 2014, pp 481-488.

Finalmente, es preciso constatar que este tipo de estrategia no es novedosa en la historia y su estudio se condice con los esfuerzos que se han realizado para comprender la dimensión instrumental y política del Derecho. Un interesante recorrido por procedimientos judiciales que se han planteado dichos objetivos nos lo presenta el controversial Jacques Vergès, a través de su distinción entre procesos judiciales de connivencia y procesos judiciales de ruptura¹⁴⁶. Los primeros se avienen con una teoría más clásica y menos politizada del proceso judicial y tienen por característica que los intervinientes aceptan los valores y principios desde los que se enjuicia el caso, cuestionando tan solo la certeza de las pruebas aportadas, por lo que su elemento común es la aceptación del orden establecido. Si las instituciones jurídicas y políticas son democráticamente legítimas, la actitud de los participantes será la propia de un proceso de connivencia. En los procesos de ruptura, en cambio, se gestiona un debate puramente político que incluso puede llegar a estar marcado por la intransigencia y la desmesura. Para el autor todos los procesos son políticos, pero la diferencia estriba en la actitud de los participantes respecto de las reglas del juego.

Los ejemplos que utiliza para desarrollar su argumento son instructivos. El primero es el de Sócrates y su utilización del proceso, más que como una oportunidad para defenderse, como plataforma de difusión de sus ideas, en ese entonces revolucionarias y supuestamente contrarias a los intereses de la oligarquía ateniense¹⁴⁷. Otro ejemplo que nos brinda Vergès

¹⁴⁶ VERGÈS, JACQUES, *Estrategias judiciales en los procesos políticos*, traducción de María Teresa López Pardina, Anagrama, Barcelona, 1970, p. 13 y ss.

¹⁴⁷ Decimos supuestamente contraria, pues en este ámbito hay interesantes discusiones sobre el carácter anti oligárquico del pensamiento de Sócrates. Diversos estudiosos afirman que no era partidario de la democracia, que estaba a favor del gobierno de los sabios, del mismo que Platón fundamentaría en su *República*. Más allá de eso, la acusación que respondió Sócrates versaba sobre su capacidad de corromper a los jóvenes atenienses. Ante ella existen diversas interpretaciones, véase STONE, ISIDOR, *El juicio de Sócrates*, Mondadori, Madrid, 1988. Un ejemplo actual de la utilización de un juicio como una plataforma de difusión de ideas lo encontramos en el proceso en contra de Anders Behring Breivik, autor confeso y condenado de una dramática matanza de 77 personas en la isla de Utoya. Advirtiendo tal cometido, las autoridades decidieron que las cadenas de televisión solo podrían retransmitir algunas partes del juicio, mientras que en otras no se podían tomar fotografías ni grabar vídeos. Esta prohibición pesó tanto sobre la comparecencia de Breivik como sobre

es el proceso a Luis XVI y la discusión que se generó respecto del procedimiento para juzgarlo y su inviolabilidad. El proceso convocó a autores tan influyentes como Mailhe, Morrison, Saint Just y Robespierre; sus alegatos y reflexiones jurídicas son parte de enconadas discusiones y esfuerzos por legitimar a través del Derecho una voluntad ciertamente política. La dimensión formal y procesal fue la que determinó el debate, al que subyacía el esfuerzo político por terminar definitivamente con el poder divino, esfuerzo jurídico que venía sellar uno de los procesos revolucionarios más relevantes de Occidente¹⁴⁸. Otro de los casos interesantes al que se refiere Vergès es el juicio a Prometeo. Nos demuestra nuevamente el filo de su análisis sobre lo que subyace a los procesos y esta vez, además de denunciar su trasfondo político, nos permite reflexionar sobre los participantes del proceso y la sinceridad, las caretas y eufemismos con los que deben actuar para lograr los objetivos subyacentes. Valiéndose del buen Prometeo advierte: “el acusado político por antonomasia, no invocaba la ley divina; no ponía como excusa al frío. Robaba el fuego sencillamente en nombre del amor que decía sentir por los hombres. ¿Cuál es la vergüenza – o la astucia– que impide a abogados y a los jueces confesar también sus convicciones?”¹⁴⁹.

Todos los casos que recorre el autor para fundamentar su distinción de procesos de connivencia y ruptura nos permiten ver que la concepción instrumental del litigio tiene tanta historia como el Derecho mismo y que la relación entre el Derecho y la política es una cuestión bastante más compleja que lo que tienden a mostrar las explicaciones usuales. Evidentemente, el litigio estratégico, en ocasiones encuentra respaldo en la institucionalidad. Sin embargo, es la actitud de los actores o demandantes la que es política, cuestión que

la de las víctimas. El objetivo de estas decisiones fue evitar más sufrimiento e impedir que el juicio acabara convirtiéndose en un acto de propaganda política, que es precisamente lo que buscaba el autor confeso.

¹⁴⁸ VERGÈS, JACQUES, Estrategias judiciales en los procesos políticos, citado, p. 60.

¹⁴⁹ VERGÈS, JACQUES, Estrategias judiciales en los procesos políticos, citado, p. 66.

podemos comprender en aquellos casos en los que el triunfo jurídico es visualizado como parte de una labor política mayor.

Habida cuenta de todo lo anterior, y así delimitado el objeto de estudio, nos hacemos parte de los esfuerzos por pensar la labor judicial como un fenómeno social complejo. Como una actividad que no es estática, ni está desligada de las realidades políticas, económicas, sociales y culturales del lugar en el que se despliega, comprendiendo que el activismo dialógico tiene bastantes rasgos que lo diferencian de los activismos judiciales tradicionales¹⁵⁰. Por recapitular, los rasgos del activismo dialógico analizados son: 1) es un activismo judicial; 2) puede ser un activismo progresista; 3) es una práctica dialógica; 4) que comprende un espectro importante de innovaciones procesales; 5) que se desarrolla en el contexto de conflictos graves y estructurales; y 6) que ha sido impulsado por diversas organizaciones sociales a través de la articulación de litigios estratégicos.

Para una mejor comprensión del tema, en el apartado siguiente realizamos un ejercicio diverso al que nos ha concentrado hasta este momento: si hasta ahora propuesto una definición del activismo dialógico *en positivo*, a continuación lo delimitaremos *en negativo*, contrastándolo con otras corrientes que en estricto rigor no se identifican con él, pero que pueden estar en el imaginario de quien lee estas líneas.

II. DIFERENCIAS TEÓRICAS

Para una mejor delimitación estudiaremos el activismo dialógico en el contexto de los movimientos teóricos contemporáneos que se pueden relacionar con él. Haremos referencia al *neoconstitucionalismo*, al *constitucionalismo popular* y, por supuesto, al *activismo judicial clásico*. Sin perjuicio de que las diferencias son de variada intensidad, esto nos

¹⁵⁰ PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, citado, p.48.

permitirá dialogar con las discusiones que ellos han suscitado, algunas muy hondas y pertinentes para los capítulos críticos de nuestra investigación.

1. Diferencias con el activismo judicial clásico

Es bastante común que los textos sobre activismos judiciales usen de atalaya para sus reflexiones el caso de los Estados Unidos en los años cincuenta. Su emblemática Corte Warren marcó un antes y un después respecto de un conflicto tan grave y estructural como la segregación racial. Por la gran influencia que tiene la reflexión académica de Estados Unidos, sumado a los interesantes casos que allí se han ido desarrollando, es casi imposible encontrar trabajos sobre activismos judiciales que no hagan referencia a ellos y a las múltiples posturas que han originado¹⁵¹. También, como hemos indicado, podemos incluir bajo el epígrafe de activismos judiciales *clásicos* a otros que, aunque menos difundidos consideramos que tienen una notable importancia. Pensamos por ejemplo en el *uso alternativo del Derecho* de Italia de la post guerra y en el *Derecho alternativo* en Brasil¹⁵².

¹⁵¹ Dos textos paradigmáticos de la reflexión sobre el activismo en Estados Unidos y que se confrontan en sus metodologías y conclusiones son: ROSENBERG, GERALD, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change*, citado, y MCCAN, MICHAEL, *Rights at work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, citado. Para el primero, el *fallo Brown*, de 1954, no tuvo un rol paradigmático en la lucha contra la discriminación racial. Sus efectos fueron más bien nulos pues la segregación finalizó posteriormente y gracias al trabajo de la movilización social y la ley antidiscriminación, no de la famosa sentencia. McCan, en cambio, critica dicha postura por ser representativa de una visión muy reducida de los efectos que pueden tener las sentencias; sus efectos directos son los más tangibles e inmediatos de observar, pero junto a ellos pueden existir otro tipo de efectos que pueden ser deseados y valorados en el desarrollo de los cambios sociales, volveremos sobre este análisis en el capítulo III de esta investigación. Un buen contrapunto para estas lecturas es: SIEGEL, REVA, “El discurso de la igualdad: los valores de antisubordinación y anticlassificación en las luchas constitucionales en torno al caso Brown”, citado, p. 44 y ss.

¹⁵² Recordemos que entre *uso alternativo del Derecho* y *Derecho alternativo* hay tan solo diferentes niveles de radicalidad, reconducibles a las diferentes realidades sociales en las que se inscriben. Cfr. LOSANO, MARIO, “La ley y la azada: orígenes y desarrollos del Derecho alternativo en Europa y en Sudamérica”, citado; CORREA, OSCAR, “Alternatividad y Derecho: el Derecho alternativo frente a la teoría del Derecho”, en *Crítica Jurídica* N° 13, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1994, p. 56; Cfr. WOLKMER, ANTONIO, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva Latinoamericana”, en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, citado, p.166; ROSAS DE ANDRADE, LEDIO, *O Movimento de direito alternativo brasileiro*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996. BARCELLONA, PIETRO, *L'uso alternativo del diritto, Vol. 1: Scienza giuridica e análisis marxista*, Laterza, Bari 1973; Vol. 2: *Ortodossia Giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973. SOUZA, MARÍA DE LOURDES, *El uso alternativo del Derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*,

Decimos que son activismos judiciales *clásicos*, para resaltar que se encuentran enmarcados en un paradigma tradicional de desenvolvimiento del poder judicial y por las siguientes razones: operan monológicamente, no plantean innovaciones institucionales, ni desarrollan propuestas para enfrentar la crítica relativa al déficit de legitimidad democrática del poder judicial. En el modelo tradicional de activismo judicial el juez no tiene que entrar en diálogo con otros poderes del Estado o con la ciudadanía. Debe juzgar ejerciendo una racionalidad *puramente* jurídica, buscando sus herramientas en la interpretación y argumentación. Pero, a fin de cuentas, constituyéndose en una instancia única de decisión.

Para comprender las críticas que estos activismos generan conviene recordar que en la etapa histórica de construcción del Estado moderno existía desconfianza en los jueces, dado el rol que aquellos desempeñaron en las sociedades estamentales, cuestión que de algún modo influye en la teoría de la separación de poderes y que forma amable alianza con el *formalismo jurídico o positivismo jurídico teórico*. En el desarrollo de las diversas etapas de este podemos seguir las pistas a las críticas que se han realizado al activismo desde la teoría jurídica. Concretamente, son los dogmas de estatalidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, así como y una teoría de la interpretación judicial mecanicista, los que permiten delinear las claves más importantes para comprender cómo se ha forjado la idea de un juez pasivo, que solo está autorizado para aplicar la ley sin mayores implicaciones sociales, políticas, ni ideológicas¹⁵³. En efecto, los diversos formalismos –

ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001; VV.AA. *Política y justicia en el estado capitalista*, editado por Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, p. 108.

¹⁵³ Una exposición completa de las corrientes formalistas y antiformalistas es una labor compleja, pues, desde diversos puntos de vista y con los riesgos de las generalizaciones, prácticamente todas las escuelas o movimientos que han surgido en la historia del pensamiento jurídico, podrían ser catalogadas en alguno de los dos ámbitos. Siguiendo las explicaciones de Norberto Bobbio, interesan a este trabajo las diferencias básicas entre formalismo jurídico y formalismo ético, pues nos centraremos solo en el primero. El formalismo ético alude a: “cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la cual el acto justo es aquél que es conforme

Escuela de la Exégesis francesa, Escuela Conceptualista alemana, o Formalismo Jurisprudencial estadounidense—, asociaron el activismo judicial a una extralimitación de las funciones del juez, como un atentado a la seguridad jurídica, a la legalidad y, por supuesto, a la división de poderes. En el fondo, todos ellos operaban desde una visión del Derecho como fruto del Estado y desde una visión de la política que excluye a la ciudadanía y a los movimientos sociales.

Ha corrido mucha agua bajo el puente para llegar al momento actual. Desde las teorías del Derecho, las primeras reacciones críticas ante la forma liberal y decimonónica de entender la labor judicial fueron protagonizadas por los autores (y sus herederos) que dieron origen a *las revueltas contra el formalismo*¹⁵⁴, que comprenden en forma central al Movimiento del Derecho Libre y la Jurisprudencia de los Intereses en Alemania, a la Escuela de la libre investigación científica en Francia, y al Realismo Jurídico en Estados Unidos. En todas ellas se parte de una concepción del Derecho, de la ciencia jurídica y de la

a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella”. El formalismo jurídico, en cambio, se circunscribe a una determinada forma de hacer teoría jurídica que “presenta al Derecho como una forma (generalmente constante) respecto del contenido (generalmente variable)”, por lo que este formalismo se caracteriza por prescindir del contenido y de la esfera social de las normas. Cfr. BOBBIO, NORBERTO. “Formalismo jurídico” en *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, p. 13. *Ibidem*, pág. 18. Norberto Bobbio además del formalismo ético y el formalismo jurídico en sentido estricto, señala dos acepciones más de lo que se suele entender por formalismo: la ciencia del Derecho como ciencia formal, es decir, el formalismo científico, y por último el formalismo como interpretación formal del Derecho. En términos más amplios, el formalismo jurídico alude al desentendimiento del jurista tanto de lo social como de lo valorativo. En este sentido amplio, se apartan del pensamiento formalista el iusnaturalismo y el sociologismo. Véase HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Tomo III, Rivadeneira, Madrid, 1973, p. 20 y ss. Para una exposición del pensamiento antiformalista jurídico véase TANZI, ARISTIDE, *L’Antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina, Milano, 1999. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GONZÁLEZ VINCÉN, FELIPE, *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979. LLANO, FERNANDO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹⁵⁴ Esta expresión es tomada por Renato Treves de Morton White, quien la aplica no solo al fenómeno jurídico sino también a otras áreas del saber de la historia intelectual norteamericana, en su libro *Social Thought in América: The revolt against formalism*, Viking, New York, 1949. Cfr. TREVES, RENATO, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, traducción de María José Añon Roig, Manuel Atienza y J.A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998, p. 81.

labor judicial más comprometida con los aspectos éticos, políticos y sociales, es decir, con la realidad en la que se deben aplicar el Derecho.

Un ejemplo para indicar este giro lo encontramos en el trabajo de François Géný¹⁵⁵, el líder de la reacción francesa contra los métodos exegéticos, que criticó los elementos formales y puramente lógicos por insuficientes para lograr las aspiraciones de la vida jurídica, y trabajó en propuestas para reestructurar los métodos de investigación jurídica¹⁵⁶. Lejos de lo que podría parecer, sus críticas no fueron a la codificación, ni a la importancia de la ley como principal fuente del Derecho, lo cual nos indica que antiformalismo y antinormativismo no son expresiones sinónimas. En efecto, el lema de Géný fue: *por el código civil pero más allá del código civil*¹⁵⁷. Lo que buscaba, respecto de la exégesis, era profundizar la reflexión sobre las posibilidades interpretativas, demostrar deficiencias y desvelar una serie de problemas que debían ser considerados en una propuesta de nueva metodología, para que tanto el juez como la doctrina conectasen la ley con su *finalidad social*, pero siempre rechazando el voluntarismo judicial.

Una de sus preocupaciones estuvo en la objetividad de la labor del juez; pensaba que el planteamiento exegético era una ilusión que, lejos de cumplir el objetivo de que el juez no cree Derecho, daba margen al más fuerte subjetivismo¹⁵⁸. En este contexto se encuentran

¹⁵⁵ Thaller (en su *Tratado general de teoría y práctica del Derecho comercial*), innovó intentando poner en contacto la actividad jurídica con la economía política. Por su parte, Planiol en su *Tratado elemental de Derecho civil*, buscó que la ciencia jurídica se conectara con la historia, la economía, la política y la legislación comparada. Finalmente Duguit puede ser considerado el ala dura del antiformalismo francés. Tanto así que autores como Hernández Gil lo sitúan como uno de los exponentes del *sociologismo jurídico*, es decir, aquella corriente que se caracteriza por indicar que el Derecho es un hecho social, planteándose derechamente como antinormativista, y situándose en el extremo opuesto al pensamiento formalista.

¹⁵⁶ GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, traducción de Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, p. 533-534.

¹⁵⁷ GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, citado, p. 58.

¹⁵⁸ Es en el ámbito de la labor judicial, pero extendiéndola a la doctrina, donde se debe situar su segunda tesis: la libre investigación científica: “investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva: investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar las bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar” Cfr. GÉNY, FRANÇOIS, *Método de*

algunos elementos claves de su pensamiento: la recuperación de la idea de *naturaleza de las cosas*, que el juez debe indagar recurriendo a una gran cantidad de datos que proporcionan las ciencias sociales, teniendo especial preocupación por percibir la *utilidad social* y la *justicia* de la decisión.

Otra manifestación de las preocupaciones antiformalistas la encontramos en el trabajo de Hermann Kantorowicz, quien con el seudónimo Gnaeus Flavius¹⁵⁹ publicó el provocativo ensayo *La lucha por la ciencia del Derecho*, en 1906. En él plantea el programa del movimiento¹⁶⁰, expone las ideas que con mayor fuerza identifican a sus distintos integrantes, y acompaña un apéndice en el que nos orienta en torno a los trabajos en los cuales *los amigos del movimiento hacen profesión de su fe*.

El movimiento del Derecho libre se desarrolló en Alemania a principios del siglo XX y sus principales fuentes de inspiración fueron los trabajos de Rudolf von Jhering, pero en la segunda etapa de su pensamiento, ya que en una primera etapa este participó del formalismo lógico de la jurisprudencia de los conceptos, siendo uno de sus más destacados miembros. Conocido es su célebre llamado a que los juristas “desciendan del cielo de los conceptos a la

interpretación y fuentes en Derecho privado positivo, citado, p. 412. Para intentar entender este aspecto, es necesario detenerse en ciertas distinciones que el autor realiza: ciencia y técnica, el dato y lo construido. El dato y lo construido son dos ámbitos con los que trabaja el jurista y el juez: “el dato formula la regla del Derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo construido hace referencia a un medio de trabajo subjetivo, artificial, que tiende a erigir la regla jurídica bruta en precepto susceptible de insertarse en la vida. La ciencia tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos. Cometido de la técnica es la construcción jurídica”, Cfr. GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, citado, p. 235.

¹⁵⁹ El seudónimo es sugerente; es el nombre de un famoso jurista romano que, siendo secretario del magistrado Apio Claudio el ciego, dio a conocer el enigmático calendario de los días fastos: aquellos en que los tribunales podían ejercer sus funciones y que estaba bajo la custodia de los pontífices, de los patricios y de los juristas y pertenecía oculto para el pueblo. Cfr. CICERÓN, MARCO TULLIO, “En defensa de Lucio Murena” en *Discursos*, traducción Jesús Aspa Cereza, revisión de Javier Fresnillo Núñez, Gredos, Madrid, 1995, p 422.

¹⁶⁰ Sobre el movimiento del Derecho libre véase: SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El movimiento del Derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, p. 427.

tierra, para tomar contacto directo con la realidad¹⁶¹”, que da cuenta del interesante giro pragmático que inspiró a la jurisprudencia de los intereses y el surgimiento de la sociología jurídica. Kantorowicz señalaba que el razonamiento lógico que impregna la reflexión teórico-jurídica clásica oculta un real razonamiento volitivo. Para comprender hay que observar la realidad jurídica: “si se ve con claridad que la razón no desempeña el único papel decisivo, también se da uno mejor cuenta de los muchos pecados que se han cometido en su nombre, en nombre de la lógica¹⁶²”. El rol creador del Derecho que el movimiento reconoce al juez conlleva que el protagonismo de su pensamiento está en el trabajo de la judicatura. Para dotarlo de las herramientas intelectuales que le permitan realizar tan compleja labor, decían que era necesario que la formación del juez se ampliase a la adquisición de conocimientos sociológicos y psicológicos. El lema era: *especialista en los hechos, no mago de las decisiones jurídicas*¹⁶³. Sin embargo, seguimos ante un juez monológico, una especie de interprete ilustrado de las necesidades sociales que decide por el pueblo, pero sin él.

Finalmente, y por realizar alguna breve referencia a la que quizás es la más conocida de las revueltas contra el formalismo, no podemos dejar de mencionar el realismo estadounidense. Aunque es cierto que para un país con tradición de *Common law* es menos complejo potenciar una visión antiformalista, también en Estados Unidos existió una etapa de gran formalismo, marcada por analizar la jurisprudencia de forma dogmática y por el culto al precedente¹⁶⁴. En los inicios de la gran revuelta está el trabajo de Oliver Wendell

¹⁶¹ JHERING, RUDOLF VON, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, traducción de Tomás Banzhaf, Civitas, Madrid, 1994, p. 264. Véase LLOREDO, LUIS, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento*, Dykinson, Madrid, 2013.

¹⁶² KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la ciencia del Derecho”, traducción de W. Goldschmidt, en *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, p. 345.

¹⁶³ KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la ciencia del Derecho”, citado, p. 368.

¹⁶⁴ Cfr. PÉREZ LLEDÓ, JUAN, *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 108 y ss.; LÓPEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, “El formalismo jurídico de la teoría Jurídica estadounidense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, pp. 267-299.

Holmes, uno de los jueces más famosos de la historia del pensamiento jurídico estadounidense. Su concepción del Derecho se centra en la experiencia efectiva de los tribunales, “entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos¹⁶⁵”. Con ello, su trabajo colocó los cimientos al realismo jurídico de Estados Unidos y, al igual que la mayoría de los antiformalistas, desarrolló una crítica contra los riesgos de la reflexión jurídica meramente lógica: “la forma y el método de la lógica satisfacen esa ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda la mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre¹⁶⁶”. Cabe destacar que Holmes no solo fue un gran teórico –de esos que marcan un antes y un después–, sino que logró llevar a la práctica su talento a través de fallos y votos discrepantes, especialmente en el ámbito laboral, durante sus años de juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, en las tres primeras décadas del siglo XX¹⁶⁷.

Ahora bien, por realismo *stricto sensu* se comprende al movimiento intelectual que desde la década del veinte tiene un gran protagonismo en la reflexión teórico jurídica de los Estados Unidos. Sus principales representantes fueron Karl Llewellyn, Jerome Frank y Felix Cohen. Junto a ellos, y utilizando una acepción amplia de realismo, no se puede dejar de mencionar a Roscoe Pound, responsable de la distinción entre *law in books* y *law in action*, con la que buscaba criticar el exceso de atención al derecho abstracto en detrimento del derecho que realmente se vive en la sociedad, el que a los realistas interesa y en el que centran su preocupación¹⁶⁸. Se oponían a conceptos esencialistas que redujesen la realidad

¹⁶⁵ HOLMES, OLIVER W., *La Senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 21.

¹⁶⁶ HOLMES, OLIVER W., *La Senda del Derecho*, citado, p. 29.

¹⁶⁷ Véase ARJONA, CÉSAR, “Estudio preliminar” a HOLMES, OLIVER W., *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 11 a 56.

¹⁶⁸ SOLAR CAYÓN, JOSÉ, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, en VV.AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, p. 1186.

jurídica: “no voy a intentar dar una definición de Derecho. Si no doy la definición de otro autor, mucho menos voy a dar la mía propia. Una definición incluye y excluye a la vez. Delimita un campo. Hace que algunos temas caigan dentro del campo, mientras que otros caen fuera. Y la exclusión es casi siempre bastante arbitraria. No tengo ningún deseo de excluir nada que pueda contar como Derecho¹⁶⁹”. Tanto es así que pocas veces los realistas se atrevieron a ofrecer conceptos¹⁷⁰.

El realismo pretende indicarnos que no existe una única visión objetiva que dé cuenta de la verdadera naturaleza de lo jurídico, sino múltiples atalayas posibles, cada una de ellas con sus miradores y ángulos oscuros¹⁷¹. Dicha reflexión es parte a la tendencia de filosofía general que les fue coetánea y que los influyó profundamente, el pragmatismo¹⁷².

Respecto de la función judicial –pese a los múltiples matices que existen en los diversos trabajos realistas– la característica central de esta corriente viene dada por considerar que los jueces crean Derecho y que este se encuentra radicalmente indeterminado. Es decir, las decisiones judiciales no solo son consecuencia de una

¹⁶⁹ LLEWELLYN, KARL, “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”, en *El ámbito de lo jurídico*, traducción de Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994, p. 246.

¹⁷⁰ “Karl Llewellyn, con ocasión de la publicación, en 1952, de *The Bramble Bus* trabajo que ya había sido publicado privadamente en 1930, se lamentaba amargamente de que, apoyándose exclusivamente en las trece palabras que contenía su citada definición e ignorándose el resto de la obra, los críticos le hubieran atribuido «la no creencia en las normas, la negación de su existencia y deseabilidad, la aprobación y exaltación de la fuerza bruta, el poder arbitrario y la tiranía ilimitada, la no creencia en ideales y particularmente en la justicia». Y confesaba, desde la perspectiva que le otorgaba el tiempo transcurrido, que ofrecer tal definición había sido un error que no volvería a cometer. Error que también había reconocido su compañero Jerome Frank”. Cfr. SOLAR CAYÓN, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, citado, p. 1193; Cfr. con PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical legal studies*, citado, p. 247.

¹⁷¹ LLEWELLYN, KARL, “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”, en VV.AA., *El ámbito de lo jurídico*, citado, p. 248.

¹⁷² SOLAR, CAYÓN, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, citado, p.1195. Testimonio de ello es la participación que varios realista tuvieron en El “club de la metafísica”, un grupo de intelectuales estadounidense, que impulsaron el desarrollo de la vertiente filosófica pragmática. Recibe este nombre en forma irónica pues si algo criticaban precisamente es el saber metafísico, entre sus integrantes encontramos además de Holmes, otros abogados: Nicholas St. John Green y Joseph B. Warner, desde el mundo de la ciencias participaron Francis Ellingwood Abbot, John Fiske, Chauncey Wright, (evolucionistas) finalmente, Charles S. Peirce, quien hacía las veces de maestro de ceremonia y William James, los grandes referentes de la filosofía pragmática.

interpretación y aplicación estrictamente jurídica de las normas, pues los jueces constantemente van más allá de éstas y en ese proceso sus ideologías y experiencias son un factor determinante. El telón de fondo de este tipo de concepciones respecto de la labor judicial es la negación de la separación entre el Derecho y la política, una *pesadilla* que –a diferencia del *noble sueño*– no concibe la posibilidad de un juez que se desempeña en sus funciones solo recurriendo al Derecho, el que nunca será lo suficientemente determinado para dar respuesta a todos los casos. Incluso, en las ocasiones en que el derecho sea claro, la voluntad del juez y la interpretación judicial le permitiría adaptar la decisión judicial a su interés político¹⁷³.

Uno de los movimientos que desarrolló el programa constructivo del realismo fue el de los *Critical Legal Studies* con Duncan Kennedy y David Trubek, entre otros, desde los años setenta. Este movimiento tuvo un enfoque crítico para el estudio del Derecho, la radicalidad de sus planteamientos en parte viene explicada por la guerra de Vietnam y la crítica a cómo se había desarrollado la herencia del realismo jurídico, marcada por una sociología jurídica de corte behaviorista¹⁷⁴. En este sentido, a la tesis de la indeterminación de Derecho le imprimieron un carácter radical y la vincularon con la crítica ideológica del neomarxismo con ello se develaba la dominación de clase que subyace a las instituciones jurídicas, al Derecho y a uno de sus flancos de batalla preferentes: la formación de los juristas.

Con estas escuetas referencias a algunos de los movimientos y autores antiformalistas, hemos querido destacar que el activismo judicial tiene raíces teóricas extensas y que sus

¹⁷³ HART, HERBERT, “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana; la pesadilla y el noble sueño”, en *El ámbito de lo jurídico*, traducción de Juan José Moreso y Pompeu Casanova, citado, pp. 327 y ss.

¹⁷⁴ PÉREZ LLEDÓ, JUAN, *El movimiento Critical Legal Studies*, citado; KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, citado.

planteamientos no son meras contingencias aisladas, sino que es parte de un proceso reflexivo mayor. Un ejemplo es el ya mencionado *Uso Alternativo del Derecho*, en los objetivos originarios de este movimiento se encontraba la voluntad de evadir la aplicación de las leyes que, pese al término del régimen fascista, aún estaban vigentes en la Italia de post guerra y que entraban en abierta contradicción con el carácter democrático y republicano de la nueva constitución¹⁷⁵. Ciertos jueces y académicos fueron implicándose con criticar las normas fascistas, de las oligarquías judiciales y del rol de éstas durante el totalitarismo. La radicalidad del movimiento acabó rápidamente, en el tercer congreso de *Magistratura Democrática*, celebrado en Rimini en 1977, ocasión en la cual, en el propio grupo que había promovido las estrategias más radicales de uso alternativo del Derecho y de activismo político, comenzaron a generarse críticas a partir de la revalorización de los principios de seguridad jurídica y legalidad. El principal argumento fue que el contexto social que fundamentaba el Uso Alternativo del Derecho con el tiempo comenzaba a desaparecer, pues la democracia evolucionaba dando señales de buena salud, a partir de la articulación de reformas institucionales e instrumentos capaces de protegerla. En este mismo sentido, desde una perspectiva más teórica, se ha expuesto que el uso alternativo del Derecho cambió de estrategia y tendría un nuevo y mejor ropaje constituido por la teoría garantista del Derecho de Luigi Ferrajoli y su monumental obra¹⁷⁶.

¹⁷⁵ La constitución italiana promulgada el 27 de enero del año 1947 y en vigencia desde el 1 de enero del año 1948, de corte republicano, democrático y antifascista. Fue el resultado de un proceso constitucional plural, con una relevante participación de sectores de izquierda. Es más, junto a la constitución de Portugal, fue una de las más progresistas de su tiempo. No solo consagra las garantías liberales propias del sistema burgués, sino que incorpora disposiciones de inspiración marxista. La norma más evidente es, sin duda, el inciso 2º del artículo tres: *Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el Derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.*

¹⁷⁶ Cfr. SOUZA, MARÍA DE LOURDES, “Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica”, *Anuario de filosofía del Derecho*, citado, pp. 233-256. Cfr. SOUZA, MARÍA DE LOURDES, *El uso alternativo del Derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, citado, p. 167 y ss. Cfr. COSTA, PIETRO, “La alternativa tomada en serio”, en *Anales de la cátedra de Francisco Suarez*, 1980, p. 161 y ss.

Lo que nos interesa dejar indicado es que estos activismos que identificamos como clásicos no necesariamente han planteado un modelo alternativo de función judicial, capaz de enfrentarse a la crítica que nos parece más relevante en contra de los activismos, a saber, la crítica contramayoritaria. En cambio, el activismo dialógico sí plantea respuestas a estos aspectos y a ello dedicaremos una parte central de esta investigación, específicamente en su capítulo final. Además, a los antiformalismos jurídicos se les puede realizar una crítica que nos parece especialmente importante tener en cuenta, pues nos permite profundizar en la descripción analítica que estamos desarrollando. Nos referimos al *elitismo jurisprudencial*, que se desprende de muchos de los activismos vistos hasta ahora. Con ello aludimos al hecho de que el antiformalismo puede significar que los jueces, por formar parte de una casta social altamente elitizada, se encuentran mejor ilustrados y más capacitados para adoptar las mejores decisiones, en detrimento del parlamento, del ejecutivo y de las personas que forman parte de la sociedad, y que pueden ser afectados por las decisiones que se adopten. Un ejemplo de la posibilidad de que los antiformalismos pueden plantearse desde una perspectiva elitista lo encontramos en el trabajo de León Duguit, figura destacada del antiformalismo francés, que paralelamente enarboló las banderas del elitismo en materia democrática¹⁷⁷. Al contrario, el activismo judicial dialógico tiene como idea central que la actividad judicial puede encauzar la deliberación ciudadana a través de prácticas concretas basado en su incapacidad para decidir por sí solo, tanto por la magnitud de los problemas, como por respeto al principio democrático.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el paradigma clásico y formalista de reflexión teórica sigue siendo hegemónico y que muchas veces actuamos con argumentos

¹⁷⁷ LLOREDO ALIX, LUIS, “la socialización del Derecho: el antiformalismo y los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales S. XX*, V 1, libro 2, citado, pp. 947-048.

añejos para aludir a nuevos problemas. Por sorprendente que puede ser, pese al tiempo que ha transcurrido, muchas veces las reflexiones críticas ante los activismos suelen realizarse en claves anquilosadas y dogmáticas. De ahí la relevancia de realizar la distinción aquí propuesta entre activismo judicial clásico y dialógico.

2. Diferencias entre activismo judicial dialógico y neoconstitucionalismo

Continuando con las distinciones que nos hemos propuesto realizar en este epígrafe indagamos ahora el activismo dialógico en relación con el *neoconstitucionalismo*¹⁷⁸. Respecto de esta corriente de pensamiento jurídico existen múltiples acepciones, y no son pocas las ocasiones en que se alude al activismo dialógico como una manifestación de neoconstitucionalismo. Sin embargo, ello es posible solo si manejáramos una noción excesivamente amplia de este movimiento. Para explicarnos, resulta necesario plantear algunas diferencias de corte analítico, con el ánimo de aportar mayor claridad a la especificación de nuestro objeto de estudio.

Básicamente, con el nombre de *neoconstitucionalismo* se refieren dos fenómenos distintos:

1) Por un lado, a las transformaciones que experimentaron los ordenamientos jurídicos de Occidente con posterioridad a la segunda guerra mundial. Estas transformaciones consistirían en: la inclusión de los derechos fundamentales en la norma de la más alta jerarquía del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, la atribución a tales derechos de un estatus normativo propio; en tercer lugar, la supeditación de todos los

¹⁷⁸ Una aproximación a las nociones y discusiones más relevantes del neoconstitucionalismo, se puede ver en: VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogido*, editado por Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2007; VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, coord. por Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003. El primer trabajo que utilizó esta expresión fue el de la connotada integrante de la escuela genovesa de teoría del Derecho, POZZOLO, SUZZANA, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, traducción de Pedro Grande Castro, Palestra, Lima, 2011.

órganos estatales a los límites que la constitución les impone a través de los derechos y principios; en cuarto lugar, la creación de diversos mecanismos de protección, entre los que destaca el control de constitucionalidad de las leyes, confiado a un órgano especial –el tribunal constitucional– en los países del *civil law*, quien vela por la supremacía de la constitución; finalmente, la motivación a que los ciudadanos articulen sus demandas con importante predominio del lenguaje de los derechos humanos y por los canales institucionales que las constituciones establecen.

2) Por otro lado, se alude con esta expresión a una serie de teorías sobre el Derecho que se desarrollan considerando las transformaciones indicadas. En esta acepción la diversidad impera a tal punto que la expresión ha sido calificada como un *espantapájaros conceptual*¹⁷⁹; ya que son muchos los autores que se suelen incluir en sus filas, pero que difieren en aspectos de fondo, por lo que muchos de ellos rechazan la identificación en tal grupo de modo expreso. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en las discusiones sobre qué es o no es el neoconstitucionalismo fluyen aires nuevos para las disputas perennes en torno a la relación entre el Derecho y la moral, la interpretación, la ponderación, los criterios de pertenencia o validez, las distinciones entre reglas y principios, etc. Quizás uno de los aspectos más claros respecto de su identidad sea su carácter no positivista tradicional, con lo que se quiere indicar que es un intento por salir del paradigma hegemónico de la reflexión filosófico-jurídica desde el S. XIX, pasando a uno nuevo –para algunos su gran heredero¹⁸⁰–

¹⁷⁹ATIENZA, MANUEL, “Ni positivismo ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *RATJ Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 15, agosto 2014; ATIENZA, MANUEL, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 28 y ss.

¹⁸⁰ COMANDUCCI, PAOLO, “Formas de (neo) constitucionalismo: un-análisis metateórico”, traducción de Miguel Carbonell, en *Revista Isonomia*, N°16, abril 2002, p. 97 y ss.

que mejore la comprensión de los ordenamientos jurídicos en atención a las nuevas características que hemos señalado anteriormente¹⁸¹.

Uno de los intentos de conceptualización que ha tenido bastante acogida es el del profesor Comanducci quien, inspirándose en la distinción de Bobbio entre positivismo jurídico como teoría, como ideología y como metodología¹⁸², plantea que respecto del neoconstitucionalismo también sería susceptible esa triple diferenciación. En el primer caso se presentaría como una teoría que se enfrenta a tres aspectos centrales de la tradición positivista: el legicentrismo, la teoría de la subsunción y el estatalismo. Como ideología se caracterizaría por sostener la conexión entre Derecho y moral: la constitución, al contener los derechos fundamentales, generaría una obligación moral de ser obedecida y sobre todo implicaría la idea de que el jurista ha de estar necesariamente comprometido. Como metodología, esencialmente defendería la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral¹⁸³.

¹⁸¹ ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 21 y ss.

¹⁸² El positivismo metodológico comprende una actitud científica hacia el Derecho que implica neutralidad valorativa, que presupone una clara distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, ocupándose el jurista del que “es”, del Derecho como hecho. Esta tesis también se llama “de la separación conceptual entre Derecho y moral”. Por su parte, el positivismo teórico se identifica con la teoría estatal del Derecho, la tesis de la coactividad del Derecho, la tesis legalista, la tesis de la imperatividad de las normas, la tesis de la coherencia y la tesis de la plenitud de ordenamiento jurídico, y la tesis de la interpretación mecanicista. Finalmente, respecto del positivismo ideológico Bobbio distingue dos vertientes: una postura extrema o formalismo ético o legalismo, según la cual “el Derecho positivo es el Derecho justo”, sin existir diferencias entre los criterios de validez del Derecho y los criterios de justicia, por lo que la obligación moral de obedecer el Derecho se fundamenta en dicha identificación Derecho-justicia; la postura moderada según la cual la existencia de la obligación moral de obedecer al Derecho tiene su razón en considerar que el Derecho es un instrumento idóneo para lograr fines socialmente relevantes como la paz, la seguridad jurídica, y el orden, por lo que dicha obligación moral de obediencia está condicionada en dos aspectos: 1) que la ley sea el medio idóneo para la obtención del fin que le es propio y 2) el reconocimiento de que los valores no entren en conflicto con otros principios como respeto a la vida, la libertad y la dignidad humana. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, "Positivismismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico*, traducción por Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, 39 y ss.

¹⁸³ COMANDUCCI, PAOLO, “Formas de (neo) constitucionalismo: un-análisis metateórico”, traducción por Miguel Carbonell, en *Revista Isonomia*, No. 16, abril 2002. P. 97 y ss. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>

Dado lo complejo del debate y la inabarcable literatura que sobre el tema se ha vertido en los últimos años, solo nos interesa centrarnos en un aspecto en particular: la discusión que examina el riesgo de la *judicialización de la política* o el *gobierno de los jueces* que el constitucionalismo –o neoconstitucionalismo– actual parece propiciar. Más aún, nos interesan las diversas formas de comprender la legitimidad de las actuaciones judiciales. Ronald Dworkin, Robert Alexy o el profesor Luigi Ferrajoli sostienen posturas diversas a las que sostendrán autores como Carlos Santiago Nino, Roberto Gargarella, o Juan Carlos Bayón. Se trata de una cuestión que, ante todo, enfrenta a diversas concepciones de la democracia: de una democracia formal, a una sustancial, deliberativa o agonista, por solo mencionar algunas de las más atinentes. Con ello, evidentemente, también enfrenta a diversas formas de comprender la legitimidad judicial.

En este sentido, precisamos comprender que las concepciones sustantivas de la democracia, a diferencia de las concepciones procedimentales –para las que lo más importante es quién decide (el pueblo a través de sus representantes, el parlamento) y cómo se decide (regla de la mayoría)– plantean la existencia de una dimensión sustancial de la democracia compuesta por una serie de decisiones que no pueden ser adoptadas, ya que existirían normas y principios que no deben ser trastocados por ningún poder, incluso el legislativo¹⁸⁴. Así, desde una dimensión sustancial de la democracia no solo responderemos a las preguntas de quién decide y cómo se decide, sino que también tendríamos mucho que decir respecto a qué *no se decide*. Se forma así una esfera de lo indecible –expresión de

¹⁸⁴ FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 32. Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 25; Cfr. ALTERIO, MICAELA, “La «esfera de lo indecible» en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 13, enero 2011, pp. 3-36. En un sentido similar, la teoría del *coto vedado* del profesor Ernesto Garzón Valdés, Véase GARZÓN VALDÉS, ERNESTO “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 631-650.

Ferrajoli— o coto vedado —expresión de Garzón Valdés— a las decisiones de las mayorías, con los contenidos sustanciales que determinan la legitimidad de las decisiones políticas.

Ferrajoli, a veces ubicado como un autor integrante del neoconstitucionalismo¹⁸⁵, defiende una teoría democrática sustancial, según la cual el fundamento de la legitimidad de las decisiones del poder judicial será precisamente el resguardo de lo que denomina *esfera de lo indecible* por las mayorías y que, incorporada a las constituciones, daría contenido a los sistemas democráticos. Se trataría de: “el conjunto de los derechos de libertad y autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos¹⁸⁶”. Es decir, se compone de una esfera prohibicionista; de límites negativos impuestos a la legislación para el resguardo de la libertad y una esfera de obligaciones para el parlamento y todo el poder público en garantía de los derechos sociales. Por tanto, comprende el qué no puede ser decidido y el qué debe ser decidido

Una clave histórica que se esgrime para sustentar esta propuesta la encontramos en el legado histórico de los totalitarismos que fueron amparados por las masas, porque tanto en Italia como en Alemania las mayorías dieron soporte a los regímenes totalitarios¹⁸⁷. Se

¹⁸⁵ Con Ferrajoli también sucede aquello de ser un típico autor neoconstitucionalista que se niega a utilizar el traje. Él se considera un *constitucionalista garantista* como una vía media entre el paleo-positivismo y el neo iusnaturalismo o constitucionalismo principalista de Alexy o Dworkin, como la única teoría capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en *Revista Doxa*, N°31, 2011, pp. 15-53. Véase también: DWORKIN, RONALD, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; SUNSTEIN, CASS, *Designing Democracy: What Constitutions*, Oxford University Press, 2001; ACKERMAN, BRUCE, *We the people. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 81 y 103.

¹⁸⁷ LEVI, PRIMO, *Si esto es un hombre*, traducción de Pilar Gómez Bedate, Muchnik, Barcelona, 2003. Específicamente en el apéndice se hace cargo de la pregunta que inquiere sobre si los alemanes sabían lo que estaba sucediendo en los campos de exterminio. La respuesta que Primo Levi realiza a esta pregunta merece ser tenida en consideración cuando se argumenta que las mayorías apoyaron el totalitarismo.

supone que parte del consenso político y moral con posterioridad a la segunda guerra fue limitar el poder de las mayorías, modificando así la tradición democrática ilustrada de que la única fuente de legitimidad de las decisiones sería la soberanía popular. La carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República alemana serían manifestaciones de ese nuevo consenso: la voluntad de las masas tiene límites. Pero los argumentos que se desarrollan en esta línea son sorprendentes, indicar que las mayorías –mayorías democráticas– apoyaron el terrorismo de Estado de los totalitarismos es difícil de comprender, porque en los estados totalitarios la libertad de expresión y todos los derechos políticos se encuentran profundamente conculcados, y el terror de Estado construido a través de macabras estrategias comunicacionales impide pensar que efectivamente las mayorías democráticas apoyaran los totalitarismos. Esta idea de democracia se sustentaría así en la simple suma de votos, pero ignoraría en qué condiciones se emitieron esos votos, qué deliberación hubo, qué posibilidades de participar tuvieron las diversas opiniones. Por otra parte, culpar al principio de democracia y de soberanía popular de las atrocidades de los totalitarismos no parece sensato. Son muchos los delitos que se han cometido en nombre de la democracia, los derechos humanos o el socialismo, por decir los ejemplos más evidentes, pero sustituir el principio democrático por esta idea de limitación al poder a través de un defensor jurisdiccional de esferas indecibles parece peligroso. No obstante, antes de entrar en los análisis críticos de la propuesta, haremos algunas anotaciones respecto de los diseños institucionales que la primacía judicial precisa.

La esfera de lo indecible se configura a través de la rigidez constitucional, es decir, el reconocimiento de que las constituciones son normas supra ordenadoras de la legislación ordinaria, y la correlativa exigencia de procedimientos especiales para su reforma, así como

del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales. Son las instituciones de garantía las que deben resguardarla –instituciones judiciales y administrativas–, que a su vez obtienen legitimidad en sus actuaciones ya no por el respeto a la ley, sino por la aplicación substancial de la constitución. De ahí el auge de las teorías sobre la argumentación jurídica y la ponderación¹⁸⁸.

Con ello, el poder judicial asume una función radicalmente diversa a su decimonónica labor de *boca de la ley*¹⁸⁹ o de *poder judicial nulo* o de legislador negativo en Kelsen¹⁹⁰, para convertirse en el gran defensor de aquella dimensión material de la que hemos hablado. Al tener este rol se constituiría abiertamente en un poder que puede decidir en contra de la voluntad de las mayorías, en sí mismas o representadas, es decir, podría llegar a decidir en contra del criterio del parlamento, lo que termina por generar que las decisiones del poder judicial tengan la palabra más importante de toda la estructura de autoridad del Estado¹⁹¹.

El problema central de esta postura, que hemos querido ilustrar con su versión ferrajoliana, pero que tiene a otros defensores entre sus filas, es que dilapida el principio de soberanía popular. Con ello se desvanece el valor del autogobierno y la igualdad entendida como igual consideración de las personas, en la que se basa dicho cimiento de la historia filosófica política de occidente. Desde esta crítica de fondo parten los trabajos más importantes que identifican al neoconstitucionalismo con *elitismo constitucional* o *aristocracia institucional*. Entre ellos, uno de los más iluminadores ha sido el del neozelandés Jeremy Waldron¹⁹². Este autor sitúa en el centro de su crítica la noción de

¹⁸⁸ FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, citado, p. 107.

¹⁸⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Altaya, Barcelona, 1993, p.120.

¹⁹⁰ KELSEN, HANS, “La garantía jurisdiccional de la constitución” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 109 y ss.

¹⁹¹ FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, citado, 2008, p. 212.

¹⁹² Son dos los trabajos principales que el autor ha elaborado para desarrollar su potente crítica: WALDRON JEREMY, *Derecho y Desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Agueda Quiroga, Marcials Pons, Madrid,

desacuerdo, para advertirnos de que sobre los derechos fundamentales –su contenido, extensión, ponderación, etc.– existe un gran desacuerdo en la sociedad. Ésta es una de las *circunstancias de la política*¹⁹³, por lo que cada vez que un tribunal se pronuncia respecto de derechos fundamentales se está pronunciando sobre aspectos en los que probablemente existe un desacuerdo social, del cual ni los jueces se encuentran excluidos.

La aguda crítica de Waldron le conduce a sostener una postura diversa: el mayorismo participativo. Para él la mejor opción institucional para resolver los aspectos relativos a los derechos será una participación igualitaria de todos los individuos potencialmente afectados por el contenido de las decisiones. Por ello es identificado como un autor paradigmático del estándar procedimental y como un fiel defensor de que el Derecho a la participación es el gran Derecho de los derechos¹⁹⁴. La defensa del control de constitucionalidad de las leyes como mejor respuesta ante eventuales procedimientos democráticos mayoritarios, cuyos resultados sean injustos o tiránicos le preocupa, pero es un riesgo del que no nos podemos desprender; es posible que tanto las mayorías como un tribunal constitucional incurran en decisiones tiránicas y es un problema propio de cualquier procedimiento que trate de adoptar

2005, pp. 123- 253; y “The Core of Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, N°115, pp 1346-1406. En este último acepta una especie de “tesis contextual”, con la que atenuaría su pensamiento de que la revisión judicial es antidemocrática en todo tiempo y lugar.

¹⁹³ WALDRON JEREMY, *Derechos y Desacuerdos*, citado, p. 123- 253. Esta noción de circunstancias de la política es central en su pensamiento y la coge por analogía de *las circunstancias de la justicia* del trabajo de Rawls, uno de los puntos de partida más importantes de Waldron para criticarlo.

¹⁹⁴ Frente a dicho paradigma se encuentra el trabajo de Dworkin: el estándar de resultado. Según el cual, lo importante es el resultado, el contenido de la decisión. Desde ahí defiende la institución judicial como sostenedora de la última palabra, es decir: los mejores arreglos institucionales son los que proveen los mejores resultados. Dworkin, como es obvio, no niega la existencia de desacuerdos, pero a diferencia de Waldron cifra su confianza en el resultado, más que en el procedimiento para llegar a un resultado. A ello Waldron responderá que es precisamente sobre cuáles son los mejores resultados sobre los que estamos en desacuerdo.

una decisión social, pues el desacuerdo se proyecta sobre lo que cuenta como injusticia o como tiranía¹⁹⁵.

Como hemos advertido, la participación popular igualitaria como mejor modo para resolver los desacuerdos sociales ha sido criticada desde antaño argumentando los graves riesgos de generar decisiones basadas en las pasiones, en falta de ilustración o en meros impulsos¹⁹⁶. Pero Waldron es un miembro de la tradición radical y ha defendido sin concesiones el igualitarismo en las decisiones, es decir la idea de que no hay buenos motivos y que es injusto suponer que cada vez que las masas participen de una decisión política lo harán desde el autointerés, la mala fe, la pasión o la ignorancia¹⁹⁷. Parte del presupuesto de que el ser humano está dotado de razón y puede deliberar en condiciones de igualdad, y ni siquiera los más brillantes académicos hacen excepción a esa regla, pues en las cuestiones morales fundamentales todos podemos participar en igualdad.

Con ello, Waldron pretende criticar la arrogancia de un pensamiento que defiende a ciertas personas como dotadas de una mayor autoridad moral para debatir, pero también

¹⁹⁵ WALDRON, JEREMY, *Derecho y Desacuerdos*, citado, p. 294. Junto a esta tradición *genuinamente radical* que se enmarca en el ámbito de la democracia deliberativa, también existe la tendencia *radicalista populista*, en la cual se sostiene que las decisiones imparciales o más correctas se definen directamente a partir de la opinión de las mayorías. El trabajo más importante de esta tendencia es el de Jean Jacques Rousseau. La idea de que la decisión correcta es la que surge del pueblo es uno de los puntos de partida de la crítica deliberativa. En este sentido, BERNARD MANIN: los individuos de la sociedad de Rousseau no deliberan ni con ellos mismos. Pareciera que la voluntad del pueblo está predeterminada”. “On legitimacy and political deliberation”, *Political Theory*, V. 15, N° 3, 1987, pp. 338-368. En: GARGARELLA ROBERTO, *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2011, p. 105 y ss.

¹⁹⁶ La tradición del conservadurismo elitista plantea precisamente que no es necesario consultar a la ciudadanía para tomar decisiones correctas, pues no todas las personas están dotadas de igual capacidad y solo algunos pueden adoptar resoluciones justas, correctas e imparciales. Las mayorías se arrastran por impulsos, pasiones, pero no por la razón. Uno de los autores más influyentes en este ámbito puede ser Madison, el famoso delegado de Virginia de la convención Constituyente, que llegó a decir: “cuando mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuando mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”. En esta misma línea de elitismo encontramos el trabajo del inglés Edmund Burke. GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, citado, p. 67 y ss.

¹⁹⁷ WALDRON, JEREMY, *Derecho y Desacuerdo*, citado, p.136.

quiere denunciar un error filosófico profundo que subyace a esa opción doctrinal: desde el siglo XVII la filosofía política revela un compromiso con la idea de que los argumentos teóricos apuntan no solamente a justificar las leyes o las propuestas políticas, sino también a justificarlas ante los titulares de los derechos, de su ejercicio y de su eventual vulneración, ya que de lo contrario no serían derechos, sino prebendas o concesiones: “los portadores de derechos son pensadores dignos de derechos y no meramente víctimas potenciales cuyos intereses precisan protección”¹⁹⁸. Por ello, la postura de Waldron es que quien debe participar en resolver los desacuerdos sobre los derechos que tenemos en sociedad son las personas cuyos derechos están en cuestión y en iguales términos¹⁹⁹.

Los argumentos de Waldron en este ámbito plantean una crítica certera al elitismo, que puede ser comprendida desde un paradigma racionalista tradicional. Otra ruta para reflexionar críticamente respecto del elitismo se encuentra en la literatura relativa a las emociones, y aunque no podemos profundizar en ella, es pertinente mencionarla pues la displicencia de la emoción constituye parte relevante de la tesis elitista. Según dicho prejuicio, un cierto tipo de personas –normalmente hombres, propietarios, blancos y heterosexuales– tendrían la capacidad de eliminar los comportamientos viscerales de sus decisiones, personas racionales y bien ilustradas, capacitadas para asumir la responsabilidad de la agencia colectiva, en detrimento de las mayorías irracionales, irreflexivas, viscerales e incapaces de alejar a las pasiones de sus decisiones. El análisis crítico de la exclusión sistemática y denostación del rol que las emociones tienen en la formación de las decisiones valiosas socialmente y en los ámbitos privados, forma parte del

¹⁹⁸ WALDRON, JEREMY, *Derecho y Desacuerdo*, citado, p. 298

¹⁹⁹ “El atractivo de la participación democrática consiste en el hecho de que es una solución basada en derechos al problema del desacuerdo sobre los derechos. Apela a las propias capacidades que los derechos como tales connotan, y revela una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos”. WALDRON, JEREMY, *Derecho y Desacuerdo*, citado, p. 300.

paradigma racionalista de la modernidad²⁰⁰. No obstante, la idea de que las emociones son pura animalidad se encuentra en un interesante proceso de cuestionamiento, pues desde distintas disciplinas se están rehabilitando las emociones en el pensamiento occidental. Ello tiene proyecciones relevantes para los temas que analizamos en este apartado, pues se cae uno de los pilares que sustentan el elitismo. Además, por ejemplo, nos permite reflexionar sobre la rabia, el enojo y la indignación, emociones que, cuando estudiamos los movimientos sociales, nos permiten explicarlos ya no solo desde teorías racionalistas como la estructura de oportunidad o movilización de recursos y también se encuentra muy presente el populismo, ambos temas serán tratados en el tercer capítulo de esta investigación.²⁰¹.

En este estado de la exposición se evidencia la dificultad de sintetizar, porque la discusión está cargada de complejidades y es bueno comprender que, sin perjuicio de que se ha avanzado muchísimo en el delineamiento de los mejores argumentos que representan a una y otra postura, lo cierto es que puede y debe complicarse aún más. Recordemos, por ejemplo, la invitación que hace Juan Carlos Bayón a pensar en estos temas enfrentando el paradigma de la supranacionalidad y a resolver preguntas tan complejas como la reacción de un legislador cuando ya no solo es un tribunal constitucional el que declara una

²⁰⁰ Un caso paradigmático es el trabajo de Kant. Sobre esto véase, BRONCANO, FERNANDO, “La educación sentimental. O de la difícil cohabitación de razones y emociones”, en *Revista Isegoría*, 2001, pp. 54 y ss.

²⁰¹ Algunas referencias bibliográficas elementales en este ámbito son: ELSTER, JON, *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*, traducción de Horacio Pons, Gedisa, Barcelona, 2010, capítulo 8; NUSSBAUM, MARTHA, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires, 2012, pp. 39 ss.; DAMASIO, ANTONIO *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, Crítica, Barcelona, 1999; DAMASIO, ANTONIO, *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, traducción de Joandomènec Ros, Crítica, Barcelona, 2010, pp. 44 ss.; CASACUBERTA, DAVID, *¿Qué es una emoción?*, Barcelona, Crítica, 2000 2000, 55-66. LEMAITRE, JULIETA, *El Derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, citado, p. 31 y ss. MATURANA, HUMBERTO, *Emociones y lenguaje en educación y política*, Dolmen, Santiago, 2001; MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, traducción de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Gedisa, Barcelona, 2012, p. 109.

inconstitucionalidad, sino que este lo hace en atención a normas supranacionales, o bien es un órgano supranacional propiamente el que anula una ley interna²⁰².

Además, y en el mismo afán de ceñir las reflexiones a parámetros actuales, parece central indicar que la discusión sobre la legitimidad del control de constitucionalidad²⁰³, sobre su labor como mecanismo de corrección de decisiones arbitrarias de las mayorías frente a las minorías y de protección de los derechos fundamentales, hoy prácticamente no hay autores que no acepten algún modelo de control. Por eso, la discusión meramente abstracta puede llegar a niveles tan elevados como lo hemos visto con Waldron, pero para analizar los diversos modelos de control y el rol que tienen las Cortes en los diversos países es preciso ir bastante más lento. En este contexto resulta más interesante examinar la intensidad del control de constitucionalidad, parámetro que determina la distinción entre constitucionalismo fuerte y débil. El rasgo esencial del *constitucionalismo débil* es que el control de constitucionalidad no implica la supremacía del poder judicial ya que el legislador –como mayoría legislativa ordinaria²⁰⁴– cuenta con la última decisión sobre el alcance, contenido y términos en que deben ser resueltas las colisiones de derechos²⁰⁵. Esta

²⁰² BAYÓN, JUAN CARLOS, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°29, 2013, pp. 57-99.

²⁰³ La discusión más relevante en torno a la legitimidad de la justicia constitucional la encontramos en los trabajos de Hans Kelsen y Carl Schmitt. Este último acusaba a Kelsen de socavar la división de poderes, presagiando dicho *gobierno de los jueces*. Sus principales obras en pugna son KELSEN, HANS, *¿Quién debe defender la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995 y SCHMITT, CARL, *La defensa de la constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

²⁰⁴ Precisamente esto determina el ya referido *nuevo modelo de Commonwealth*: Canadá, sección 33 de la Charter of Rights and Freedoms, Reino Unido, luego de la entrada en vigencia del *Human Rights Act*, Nueva Zelanda, en algunos territorios de Australia, como en estado de Victoria. Y el de algunos países escandinavos como Suecia o Dinamarca. Hay distintos diseños de control judicial de la ley, pero la última palabra es para la mayoría legislativa ordinaria a través de un sistema de respuestas del legislador o, incluso, mediante una reforma constitucional que no tiene una mayoría calificada (cláusulas de enfriamiento). Cfr. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución”, *Revista Doxa*, Discusiones, N°1, 2000, pp. 65-94.

²⁰⁵ BAYÓN, JUAN CARLOS, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en VV. AA, *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2010, pp. 325 y 326; Gran análisis a este respecto en, ROA, JORGE, *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia*,

aproximación nos interesa, porque es precisamente acá donde podemos ubicar al activismo dialógico.

Las diferenciaciones analíticas nos permiten aproximarnos con mayor claridad al objeto de estudio y, por tanto, son un aporte para cualquier investigación. Sin embargo, es prudente no tomarlas con fanatismo, pues podemos desatender discusiones que nos parecen más relevantes. Además, el desacuerdo relativo a la etiqueta puede ser algo propio de un proceso en desarrollo o de la diversidad de rostros que pueden adoptar fenómenos similares. Así, por ejemplo, César Rodríguez Garavito ha denominado *neoconstitucionalismo progresista* a la tendencia incipiente en América Latina y otras regiones del sur global, siendo una de sus manifestaciones más importantes la forma en la que se produce la intervención judicial en los casos estructurales²⁰⁶.

Sin querer entrar, de momento, en la discusión relativa a si podemos hablar de un nuevo constitucionalismo en Latinoamérica, o si existe un *neoconstitucionalismo latinoamericano*, insistimos en que nos interesaba resaltar que el activismo dialógico es diverso y crítico ante cierto tipo de neoconstitucionalismo: al sostenido por autores que extienden a tal punto la defensa de las Cortes que no tienen inconvenientes en darles la última palabra del sistema democrático, a saber, un constitucionalismo fuerte. El argumento de fondo tiene que ver con el *elitismo constitucional* que dicho modelo representa y con su deficiente concepción de la igualdad entre los seres humanos, cuestión que nos ha llevado a valorar la riqueza de la argumentación de Waldron. En efecto, ésta nos permite una defensa en clave de filosofía política de la participación de las mayorías y nos invita a pensar

Serie de documentos de trabajo N°40, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado, 2015, pp. 1-20.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La globalización del estado de Derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, citado.

propuestas institucionales para traducir en prácticas concretas la deliberación de la ciudadanía. Una de estas prácticas es el activismo dialógico que, desde esta perspectiva, sería una manifestación de constitucionalismo débil, ya que los jueces podrían aportar a mejorar la calidad y oportunidad de deliberación democrática, pero no ostentando la última palabra. Además, como hemos indicado, sería compatible con un análisis que considera dos aspectos que nos resultan especialmente importantes: la existencia de parlamentos con graves problemas de representatividad y una ciudadanía activa que recurre a las Cortes y da vida a las prácticas jurídicas que pretenden defender derechos y romper inercias institucionales²⁰⁷.

Finalmente, esta distinción analítica entre activismo judicial dialógico y neoconstitucionalismo debe considerar otros planos entre ellos ciertas innovaciones institucionales que repercuten en el problema de la legitimidad del ejercicio de las funciones del poder judicial, pensamos por ejemplo en la elección de los jueces y más aún en la apertura a formas de justicia intercultural. Pero incluso en este nivel básico en que ha quedado planteada la distinción nos parece que aporta bastante en cuanto a uno de los rasgos más importantes de nuestro objeto de estudio: su compromiso con nociones de democracia

²⁰⁷ ÁLVAREZ UGARTE, RAMIRO, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, Número 1, Diciembre de 2012, pp. 71-121; BERTOMEU, JUAN, “Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *Legal Theory*, N°81, 2011. NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, “El neoconstitucionalismo andino: una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, N° 90, 2011, p. 195. En este mismo sentido Cfr. PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, p. 196; Cfr. VICIANO, ROBERTO, MARTÍNEZ, RUBÉN, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo Latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, p.17.

que niegan la posibilidad de que los jueces tengan la legitimidad y capacidad para ser los defensores preferentes de los derechos²⁰⁸.

3. Diferencias con el constitucionalismo popular

Por último, vamos a referirnos al denominado *Constitucionalismo popular*. En esta distinción teórica los matices son cada vez más sutiles en cuanto a la noción de democracia que se maneja. Sin embargo, el criterio que utilizaremos para establecer la diferencia es relevante porque nos invita a hilar más fino, precisamente en relación con la teoría democrática.

El constitucionalismo popular es una escuela contemporánea que ha surgido en el seno de la reflexión filosófico jurídica de Estados Unidos y Canadá, y que está integrada por una serie de autores, entre ellos Larry Kramer, Akhil Amar, Sanford Levinson, Richard Parker, Reva Siegel, Robert Post y Mark Tushnet. Incluso, algunos ubican acá el trabajo de Jeremy Waldron. Sea como sea, los diversos autores que se han dedicado a estudiarlo con mayor profundidad nos insisten reiteradamente en las múltiples diferencias que existen en sus planteamientos²⁰⁹.

Un trabajo central es el de Larry Kramer, autor de una obra pionera dedicada a demostrar el repudio que históricamente ha tenido la supremacía judicial en Estados Unidos pese a que, desde el fallo *Marbury vs. Madison*, comprende un diseño institucional de

²⁰⁸ Para profundizar en este aspecto una investigación espectacular es: ALTERIO, MICAELA, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid, abril 2016, dirigida por el Dr. Carlos Lema Añón.

²⁰⁹ GARGARELLA ROBERTO, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer”, en *Revista de libros*, N° 112, abril 2006. 2015); CHEREMINSKY, ERWIN, PARKER, RICHARD, *Constitucionalismo popular*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2011; VV.AA., *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, coord. por Roberto Niembro y Micaela Alterio, Porrúa, México, 2013. Véase también, NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO, “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Revista Isonomía*, N°38, 2013, p. 23 y ss.

constitucionalismo fuerte, en el que la Corte Suprema se transforma en un súper poder que ha motivado la incontable literatura debida al problema de la legitimidad. El sentido de su reconstrucción histórica es visibilizar una posición en el debate, según la cual el pueblo debe recuperar el poder de interpretar la constitución y tener la última palabra en las discusiones constitucionales²¹⁰.

Para comprender este deseo por recuperar la constitución debemos saber que se produjo un giro conservador con la *Corte Rehnquist* que, a diferencia de los años gloriosos de la *Corte Warren* y la *Corte Burger*, generó una serie de decisiones jurisprudenciales conservadoras que develaban las tensiones contramayoritarias del modelo de constitucionalismo estadounidense. Por ello, la *esencia* del constitucionalismo popular se dirige a criticar la supremacía del poder judicial en la interpretación de las normas constitucionales. Algunos llegan hasta al extremo de proponer la eliminación del control de constitucionalidad²¹¹. La mayoría de los argumentos que critican la jerarquía judicial se basan en el elitismo institucional y moral que impide valorar la capacidad de la mayoría para adoptar decisiones moralmente relevantes; de acuerdo con este movimiento, todos deben participar de la interpretación constitucional.

Asimismo, estos autores destacan que los efectos de las decisiones judiciales no son siempre tan importantes como se suele creer, por lo que pensar que la supremacía judicial desempeña una función determinante para el respeto de los derechos individuales es una idea que debe ser cuestionada. Y para ello recurren a diversas vías, entre ellas las ya aludidas

²¹⁰ KRAMER, LARRY, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004; “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, V.100, 2012, pp. 621-634. La versión en español de la primera obra es: *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, traducción de Paola Bergallo, Marcial Pons, Madrid, 2011.

²¹¹ La idea de Tushnet es que la Corte Suprema norteamericana, al revisar la constitucionalidad de las leyes solo sirve a los intereses oligárquicos. Si se eliminara el control de constitucionalidad podría ser ejercido directamente por el pueblo, lo que daría origen a un “derechos constitucional popular”. Cfr. MARK TUSHNET, *Taking the Constitutiona way from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, Cap. 1.

discusiones entre McCann y Rosenberg relativas a los efectos que tuvieron las decisiones de la Corte Warren en el problema de la segregación racial, y a pensar la posibilidad de un mundo sin control de constitucionalidad a través del estudio de diversas experiencias de países que carecen de supremacía constitucional (diversas experiencias de constitucionalismo débil) o control de constitucionalidad de las leyes, y que pese a ello logran adecuados estándares de respeto de los derechos individuales²¹².

Junto a las posturas más radicales que cuestionan el control de constitucionalidad en sí, se encuentran otros trabajos que buscan defender el control de constitucionalidad y la supremacía solo en cuanto permita la protección de derechos individuales y la deliberación democrática. Para que ello se produzca resulta necesario que las Cortes estén receptivas a las opiniones del pueblo para dar sentido y alcance a las normas constitucionales²¹³. Se ha insistido bastante en que una de las dudas más importantes que debe enfrentar esta propuesta tiene que ver con qué entendemos por pueblo, pues, por atractivos que sean sus planteamientos, una vez que buscamos concretizarlos, ésta es una pregunta fundamental y difícil de contestar²¹⁴.

²¹² GARGARELLA ROBERTO, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer”, citado, pp. 1-7

²¹³ “El constitucionalismo popular y la supremacía judicial son mutuamente excluyentes solo si imaginamos que la democracia es, en el fondo, una manera bruta de sumar preferencias, del tipo de las que subyacen a algunas justificaciones crudas del mayoritarismo. Pero si la democracia consiste en cambio en la realización del complejo valor sustantivo del autogobierno colectivo, tenemos que ocuparnos de las condiciones bajo las cuales los individuos participan en la formación discursiva de la voluntad popular. Los ciudadanos pueden exigir derechos seguros y estables frente a formas de censura u otros ejercicios de poder estatal que perturben o socaven de otra manera el discurso político” Cfr. En este sentido destaca el trabajo del constitucionalismo democrático de SIEGEL, REVA, POST, ROBERT, “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial” en *Constitucionalismo democrático. Por una reconstrucción entre constitución y pueblo*, citado, p. 129.

²¹⁴ ÁLVAREZ UGARTE, RAMIRO, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano”, Revista *Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, Número 1, Diciembre de 2012, pp. 71-121. Respecto de la idea de pueblo, véase, VV.AA., ¿qué es un pueblo?, traducción Cecilia González y Fermín Rodríguez, de LOM, Santiago, 2014. También véase la comparación crítica que Negri y Hardt realizan entre multitud e imperio, en: NEGRI, ANTONIO, HART, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, traducción de Juan Antonio Bravo, Debate, Madrid, 2004, p. 125 y ss. Retomaremos este tema en el tercer capítulo de esta investigación.

Sin duda, la propuesta de acercar las Cortes al pueblo, entendiendo que ello comprende, a lo menos, a los movimientos sociales, es una idea interesante que ayuda a nuestros objetivos, por lo que no unirla a nuestra trayectoria de investigación sería inadecuado. A partir de ella, y conscientes de que hemos realizado unas pinceladas muy gruesas, conviene plantear algunas reflexiones muy breves.

1) En primer lugar, advertir las derivas elitistas de algunos planteamientos teóricos – como los hemos realizado con el antiformalismo y con la supremacía constitucional– no puede significar correr hacia el extremo de la postura contraria. Por eso criticar por elitista un modelo de constitucionalismo fuerte puede significar aceptar diversos modelos de constitucionalismo débil. De hecho, esto es lo que sucede incluso con algunos autores que integran las filas del constitucionalismo popular. En Latinoamérica, todo ello debe ser analizado a paso lento, ya que, por un lado, puede darse el caso de que ambos modelos convivan en un mismo país y este se encuentre en una especie de transición a formas de debilidad constitucional. Entiendo que ésta es la tesis que algunos constitucionalistas desarrollan, por ejemplo, respecto de Colombia. Y, por otro lado, debe ser analizado teniendo en cuenta el mundo real de nuestros poderes del Estado: parlamentos con graves crisis de representatividad y ejecutivos hiperpresidencialistas, por decir, *grosso modo*, los rasgos más críticos de los otros dos poderes del Estado. Con ello intentamos expresar la siguiente idea: no queremos que el poder judicial tenga la última palabra de las decisiones que nos afectan porque carece de la legitimidad democrática necesaria para desempeñar un rol tan importante. Entonces, el pueblo o la sociedad civil deben tener la última palabra por si misma o representada, a saber:

a. Por sí mismas: es decir, se trataría de crear diseños de, por ejemplo, plebiscitos y referéndum, cuando estemos ante un desacuerdo relevante. Para ello, también deberíamos decidir cómo se determina qué es un desacuerdo relevante.

b. Representadas: la última palabra en el sistema institucional la tendrá el parlamento, el mismo parlamento afectado por la crisis de representatividad. Con esto queremos ilustrar que el aterrizaje de las críticas que hemos indicado requiere un proceso largo, en cuyo camino corresponde tomar bastantes decisiones.

2) En segundo lugar, no queremos enredarnos demasiado tiempo en una discusión tan abstracta, ya que no tomar en consideración los contextos geopolíticos puede ser una práctica académica colonial que no nos interesa reproducir. Por ello toda la reflexión relativa a la crítica de la supremacía constitucional y al rol que están teniendo las cortes debe realizarse pensando en cómo se ha generado en la práctica y en los diversos países. Especialmente, pensamos en cómo son los movimientos sociales los que han colaborado en el proceso de reconocimiento y validación social del trabajo de las Cortes. No es que no pueda lograrse por otras vías, es más, debería de lograrse por otras vías, pero si pensamos por ejemplo en el extractivismo como causal de fondo de muchos de los más graves problemas y litigios que existen, parece insensato pensar que la vía judicial puede ser abandonada para pasar en un breve tiempo a conseguir el respeto de los derechos y los cambios estructurales que ello requiere. Todos los poderes del Estado requieren reformas importantes, la superación de las oligarquías judiciales, del hiperpresidencialismo y de la crisis de representatividad son ámbitos relacionados en cuanto son cambios necesarios para subvertir los problemas estructurales que nuestras sociedades tienen.

3) En tercer lugar, la pregunta por el cómo es central, es decir, hace falta salir del plano del diagnóstico y la crítica, para pasar a uno propositivo. ¿En qué se podrían traducir

las reflexiones que estamos albergando? Nos atrevemos a realizar una suerte de listado de posibles vías para lograr el acercamiento de la ciudadanía, los movimientos sociales, a la sociedad civil a las Cortes: sistema de jurados, elecciones populares de magistrados, acciones judiciales informales y económicas, procesos judiciales con audiencias públicas, *amicus curiae*, políticas judiciales de comunicación transparente y pedagógica de su trabajo, tribunales interculturales, mejorar la distribución territorial del poder judicial, permanente y rigurosa formación de jueces y funcionarios judiciales, cuotas en la integración de las altas Cortes, no solo conforme al parámetro de la interculturalidad sino además por género, por orientación sexual, raza, personas con discapacidad. Se trata de una lista apresurada que podría ampliarse y modularse en función de los contextos, pero que de momentos nos sirve para ilustrar cómo, en efecto, existen varios desafíos para superar la crisis de representatividad de las instituciones judiciales.

Finalmente, socavar el carácter elitista y oligárquico del poder judicial, requiere paralelamente, que los movimientos sociales se tomen en serio aquello de que el Derecho es un campo de batalla. Entendemos que ello es precisamente lo que permite que el activismo no solo sea una propuesta teórica, por lo que es una reflexión en la que esperamos poder profundizar al finalizar el último capítulo de esta investigación.

II. ACTIVISMO DIALÓGICO Y CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

1. Consideraciones preliminares

Latinoamérica no es el único lugar donde se ha desarrollado la propuesta del activismo dialógico. Existen experiencias similares en Sudáfrica²¹⁵, India²¹⁶, diversos países de Europa

²¹⁵ La Corte Constitucional Sudafricana es una referencia obligada. Uno de los casos paradigmáticos es el caso *Grootboom*, del año 2000, que trata sobre el Derecho a la vivienda. Otro caso es *Campaña de acción por el tratamiento Nevirapine antirretroviral*, de año 2002, medicamento destinado a evitar la transmisión del VIH de

del este, Kenia, entre los casos más conocidos. En el ámbito de los países latinoamericanos destacan Colombia, Costa Rica, Brasil y Argentina²¹⁷.

Ya hemos intentado una primera aproximación al carácter de los conflictos graves y estructurales que motivan el surgimiento del activismo dialógico en el ámbito de investigación que hemos elegido. En este apartado haremos un ejercicio similar, pero remitiéndonos a los contextos constitucionales en los que se ha ido gestando el discurso que nos interesa. Estos ámbitos están profundamente conectados, pues los desarrollos constitucionales que veremos, a lo menos en su impulso inicial, son una secuela de la gravedad y el carácter estructural de dichos conflictos. Establecer este tipo de conexiones en realidad no es novedoso, y se justifica por la noción antiformalista de la constitución que manejamos. Un caso paradigmático de esta perspectiva lo encontramos en una de las tesis más vigentes de Ferdinand Lassalle: las constituciones son mucho más que textos y para comprenderlas es necesario indagar en los *factores reales de poder* que rigen en un país²¹⁸.

mujeres embarazadas a los hijos en el momento del parto. Otro caso muy importante de diálogo es: *Ocupantes de Olivia Road 51 v. ciudad de Johannesburgo*, del año 2008, también referido al Derecho a la vivienda. CFR. LIEBENBERG, SANDRA, “Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, Santiago, 2006, pp. 53-72. Véase también LIEBENBERG, SANDRA, “Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims: The South African Model of Reasonableness Review”, *The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, editado por John Squires, Malcolm Langford y Brian Thiele, The University of New South Wales Press, Sidney, 2005, pp. 73 a 88. BERGER, JONATHAN, “Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education”, en *Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, World Bank, 2008 y ROUX, THEUNIS, “Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa”, en *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 106-138. PISARELLO, GERARDO, *Vivienda para todos en (de) construcción. El derecho a la vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 209.

²¹⁶ KOTHARI, JAYNA, “Social Rights and the Indian Constitution”, en *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2004. Disponible en: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2004_2/kothari/ (visitado marzo 2015)

²¹⁷ VV.AA., *Revisión judicial de políticas sociales. Estudio de casos*, coord. por Abramovich Víctor y Pautassi, Laura, Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

²¹⁸ LASSALLE FERDINAND, *¿Qué es una constitución?*, traducción de W. Roces, Ariel, Barcelona, 2001. p. 92 y ss. Esta noción es célebre en el ámbito de las concepciones sociológicas de constitución. La difundida conferencia de Lasalle es un referente para dicha tradición y también para la tradición socialista del pensamiento jurídico. Es a partir del S. XVIII cuando progresivamente se va introduciendo un concepto de constitución que se circunscribe al ámbito jurídico-político, para ser la norma reguladora de la organización del poder y el ejercicio de la soberanía, es decir, una noción prescriptivista de constitución como límite, cuya

Con el diremos que: “los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derechos, sino de poder, la verdadera constitución de un país reside en los factores reales de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión general a los factores de poder imperantes en la realidad social²¹⁹”. Se suele considerar su trabajo como una manifestación constitucional del carácter económico-determinista del materialismo histórico del trabajo de Marx. Y claramente, algo de eso hay en el texto, ya que presenta las diversas etapas de la historia constitucional con una gran prevalencia de los aspectos económicos. Sin perjuicio de ello, además de los factores económicos examina otros aspectos entre los que destaca el ejército, porque con la revolución del 1848 pasó de ser un subordinado del poder monárquico, a ser un subordinado de la nación, y en el análisis de Lassalle este cambio en la custodia de las armas produjo una modificación importante de un factor real de poder. Para más añadidura, también considera otros aspectos como la conciencia colectiva y la cultura general del país que son, a su modo de ver, un *fragmento de Constitución* que comprende no solo las fuerzas reales del poder que rigen un país, sino también ciertas libertades que ya están tan arraigadas que sería difícil que sus titulares no se embarcaran en una gran resistencia si intentaran quitarla²²⁰.

plasmación más trascendente es el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789: “Toda sociedad en la que no están aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de poderes no tiene constitución”. En cambio, un concepto sociológico *empírico* o *fáctico* la concibe como la estructura de ejercicio de poder político que efectivamente existe en una sociedad. Junto a ella podemos encontrar una concepción normativa que la comprende como un conjunto de normas, otra histórica que indicará el resultado de un proceso histórico. GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 2000, p. 33 y ss.

²¹⁹ LASSALLE, FERDINAND, *¿Qué es una constitución?*, citado, p. 119.

²²⁰ LASSALLE, FERDINAND, *¿Qué es una constitución?*, citado, p.91. Este punto de vista tiene en la historia del pensamiento jurídico un importante momento crítico en la discusión entre Hans Kelsen y Eugen Ehrlich. Este último integró el movimiento del Derecho libre alemán, una de las escuelas más representativas del *sociologismo jurídico* pues comprende el Derecho como un hecho social, de modo antinormativista. Cfr. DÍAZ, ELÍAS, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1980. Para Ehrlich, la verdadera ciencia jurídica es la sociología jurídica, y debe desarrollarse con presupuestos de las ciencias sociales. Cfr. SEGURA, MANUEL, “El movimiento del Derecho libre”, citado, p. 439. Esta postura generó la reacción de KELSEN, HANS, “Una fundamentación de la sociología del Derecho”, en *Revista Doxa*, 1992, pp. 213-256. Dentro de los múltiples análisis que han generado los

Esta reflexión, nos permite situarnos críticamente ante la propensión a desconectar el Derecho de la política, propia del constitucionalismo liberal y de las escuelas formalistas del Derecho²²¹. Asimismo, nos compele a estudiar el Derecho más allá de la norma, invirtiendo la tendencia formalista de que la constitución escrita sea más importante que la constitución efectiva o los argumentos abstractos más importantes que las prácticas concretas que se generan a partir del Derecho²²².

Además, un análisis centrado en los textos corre otros riesgos. Uno de ellos es terminar concluyendo que en gran medida éstos no representan novedades tan rotundas en comparación con, por ejemplo, los modelos norteamericano y europeo. Por otro lado, actuaríamos como si las constituciones fuesen estáticas y formales, es decir como si no experimentaran cambios a media que transcurren los años de su vigencia²²³. En el análisis comparado, implicaría un ejercicio escolástico de concordar diversas constituciones, sin asumir la perplejidad del fenómeno constitucional que, como venimos diciendo, implica confrontarnos con su riqueza política²²⁴. Finalmente, existen una serie de textos con indudable importancia para comprender la arquitectura institucional, que no están en las constituciones, como por ejemplo las leyes electorales, la normativa económica y la jurisprudencia de las altas Cortes.

2. Nuevo constitucionalismo latinoamericano

textos en discusión, destaca ROBLES MORCHON, GREGORIO, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1976, pp. 627 y ss. Véase también, DÍAZ ELÍAS, “Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho”, en *Revista de Estudios Políticos*, N°143, 1965, p. 96.

²²¹ BROWN, WENDY, “Lo que se pierde con los derechos”, en *La crítica de los derechos*, citado, p. 137. .

²²² LASSALLE, FERDINAND, *¿qué es una constitución?*, p. 90.

²²³ PISARELLO, GERARDO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2014, p.12 y ss.

²²⁴ SOMMA, ALESSANDRO, *Introducción al Derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Instituto Figuerola de Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 80 y ss. Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, SÁNCHEZ, LUZ MARÍA, “Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balances y perspectivas”, citado.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano comprende los diversos procesos constitucionales que se han desarrollado en la región desde la entrada en vigencia de la constitución brasileña de 1988 que, según gran parte de los autores, es el punto de partida del paradigma. Como veremos, en un sentido más estrecho, con dicha expresión se hace referencia a los procesos constitucionales de Ecuador y Bolivia.

Siguiendo la terminología Roberto Gargarella, en una primera etapa, el constitucionalismo latinoamericano estuvo marcado por un fuerte predominio de pactos de orden liberal-conservador, situación que se extendió sin muchas excepciones hasta principios de S.XX²²⁵. Esta alianza incluyó la configuración de un sistema de pesos y contra pesos, pero desbalanceado a favor del ejecutivo –el hiperpresidencialismo o cesarismo progresista²²⁶–, así como una defensa prevalente de la propiedad privada y de la libertad de culto con preponderancia de la religión católica. Las ideas de orden y progreso, así como la

²²⁵ GARGARELLA ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 59 y ss. Sin perjuicio de ello, también hubo pactos radicales-conservadores. Por ejemplo, el que origina la primera constitución de la región, la de Haití, el año 1801: fuertemente antiesclavista, pero también con normas sobre las virtudes, que dan cuenta de la impronta conservadora indicada, *Ibidem*, p. 55. También hubo algunos pactos entre radicales y liberales, por ejemplo en el caso de Venezuela en 1811 o de Perú en 1823. *Ibidem*, p. 58.

²²⁶ Esta idea de cesarismo progresista tiene antigua data en la región. Se vincula con una forma positiva para evaluar los liderazgos de personalidades *heroicas*, desde Bolívar hasta Chávez, pasando por los diversos hiperpresidencialismos que caracterizan al poder ejecutivo de Latinoamérica. La expresión es de Gramsci, quien distinguía entre un cesarismo progresista y uno regresivo: “es progresista el cesarismo cuando su intervención ayuda a la fuerza progresista a triunfar aunque sea con ciertos compromisos y atemperamientos limitativos de la victoria; es regresivo cuando su intervención ayuda a triunfar a la fuerza regresiva, también en este caso con compromisos y limitaciones, que sin embargo poseen un valor, un alcance y significado distintos que en el caso precedente. César o Napoleón I son ejemplo de cesarismo progresista. Napoleón III y Bismarck de cesarismo regresivo. Se trata de ver si en la dialéctica revolución restauración es la revolución la que prevalece”. Cfr. GRAMSCI, ANTONIO, *Cuadernos desde la cárcel. Notas breves sobre la política de Maquiavelo* N°13, punto N°27. En Tomo 5, Era y Benemérita, Universidad Autónoma de Puebla, México, 1999, p. 65 y ss. Como veremos en el capítulo III, a propósito del modelo agonista de diálogo democrático, ésta aproximación se enmarca también en el *populismo*, entendido como una etapa de la modernización Latinoamericana que, según autores como Torcuato Di Tella, fue uno de los únicos vehículos de reforma disponibles en la región. Cfr. FREI, REIMUNDO, ROVIRA, CRISTOBAL, “El populismo como experimento político: historia y teoría política de una ambivalencia”, en *Revista de Sociología, Universidad de Chile*, N°22, 2008, pp. 123-124.

idea de la cruz y la espada, estuvieron muy presentes en las primeras etapas del constitucionalismo latinoamericano²²⁷.

Luego, se produjeron dos grandes oleadas de reformas. La primera tuvo lugar a principios del siglo XX y su hito es la paradigmática constitución de México del año 1917, que logró integrar a la tradición históricamente excluida de los diseños constitucionales latinoamericanos: el pensamiento radical republicano²²⁸. La revolución mexicana que permitió este proceso constitucional fue una reacción al sistema de orden y progreso que por la fuerza sostenía el general Porfirio Díaz. En esta connotada constitución, la tierra y el trabajo fueron temas centrales, por primera vez en el mundo, la Cuestión Social tenía un triunfo jurídico tan importante²²⁹.

La segunda gran oleada de constitucionalismo se produce a fines del siglo XX y fue impulsada por las dictaduras y los programas de ajuste estructural de la década de los ochenta y noventa, que tendieron a establecer regímenes constitucionales oligárquicos en sintonía con los principios del neoliberalismo instado a escala global desde principios de los

²²⁷ GARGARELLA, ROBERTO, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 302; *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, citado, p. 59 y ss

²²⁸ Esta corriente radical comprende indigenistas, agraristas y socialistas. Gargarella también destaca una vertiente democrática representada en Argentina por el fundador de su partido socialista, Juan Busto, y la feminista Alicia Moreau, Alfredo Palacios; en Chile por el sindicalista y fundador del partido comunista, Luis Emilio Recabarren; en Perú por Manuel González Prada y José Mariátegui; en Cuba por José Martí y en México por Ricardo Flores Magón. Véase *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, citado, p. 173 y ss.

²²⁹ Dos artículos son muestra fehaciente de ello: el N°27: “La nación tendrá en todo tiempo el Derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. Por su parte, el artículo 123 regulaba que “toda persona tiene Derecho a trabajo digno y socialmente útil”. El gobierno proveerá la creación de empleos y la organización social para el trabajo. Todos los aspectos relativos al Derecho del trabajo impactan por lo visionarios que fueron, pues integrarían parte importante de los objetivos del Derecho del trabajo hoy: duración de la jornada, trabajo de menores, derechos de las embarazadas, vacaciones, igualdad en las relaciones, entre otros. Cfr. *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, citado, p. 193; PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, citado, p. 121 y ss.

años setenta²³⁰. El fin de las dictaduras permitió iniciar procesos transicionales, pero, paralelamente, como parte del ajuste estructural, se continuó implantando la política de austeridad, con una drástica reducción del gasto público y con eliminación de programas sociales²³¹.

Las consecuencias del neoliberalismo comenzaban a ser evidentes y la radicalidad de los movimientos sociales apareció como un rasgo transversal en los diversos países de la región; enérgicas protestas que terminaban con horrorosos índices de fallecidos, saqueos a supermercados, piquetes y diversas manifestaciones de descontento social, demostraban que el siglo XXI comenzaba con una sociedad civil que, sin necesidad de la clandestinidad – como en los tiempos de las dictaduras– salía a las calles a reclamar la satisfacción de sus necesidades de subsistencia.

En este sentido, destaca la reacción de argentinas y argentinos ante un *corralito* que no hacía más que empeorar la crisis social que se venía gestando desde hacía varios años. Fue en diciembre del año 2001 cuando popularizaron el ya familiar *¡que se vayan todos, que no quede nadie!*, en una multitudinaria protesta social, muy violenta –con el movimiento piquetero y casi medio centenar de muertos–, la renuncia de un presidente recién electo y otros cinco que se sucedieron unos a otros en menos de 12 días²³². Otra emblemática

²³⁰ Como hemos indicado, en el análisis que realiza Francois Denord, el neoliberalismo no tiene su origen en la década de los setenta, como suelen indicar la mayoría de los autores, sino que en los años treinta. Cfr. LAVAL, CHRISTIAN, “Pensar el neoliberalismo”, en *Pensar desde la izquierda. Mapa del pensamiento crítico para un tiempo de crisis*, citado, p. 15.

²³¹ FONTANA, JOSEP, *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, citado, p. 503 y ss.; GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, citado, p. 275, PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, citado, p. 190.

²³² El producto interno bruto había caído un 20,8% entre 1998 y el año 2002, un 57,5% de la población urbana estaba en situación de pobreza, Cfr. FONTANA, JOSEP, *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, citado, p. 551. Conforme a la Base de Datos y Publicaciones Estadísticas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPALSTAT) la tasa de desempleo era de un 17,4%, la de indigencia de un 9,1% y la de pobreza de un 27,4%. Un relato histórico de la crisis argentina del año 2001 en: VV.AA., *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de 2001*, coord. por

reacción de los movimientos sociales ante los ajustes estructurales que el neoliberalismo instauraba en la región fue el *caracazo*, que en febrero de 1989 imprimía uno de los capítulos más tristes de las protestas en democracia. Tras una visita del Fondo Monetario Internacional, el gobierno de Carlos Andrés Pérez firmaba una “carta de intención” en la que se contemplaban los compromisos económicos propios de la receta neoliberal, el gran viraje. El ajuste estructural era evidente, pero paralelamente, la ciudadanía se manifestaba con un radicalismo nunca visto: fue una semana de saqueos masivos y de una represión atroz. Según el Comité de familiares y víctimas del 27 de febrero (COFAVIC), murieron al menos 1000 personas²³³.

En tercer lugar, fue paradigmático todo lo que sucedió en Bolivia entre los años 2000 y 2005. En este periodo *de la rebeldía* un movimiento social sin precedentes emprendió una intensa reacción en contra del neoliberalismo que se estaba materializando a través de escandalosos contratos de concesión de agua y de marcos legales de privatización (ley 2029) arrebatando los bienes comunes. Sin embargo, la movilización de Cochabamba no cesó los bloqueos pese a la brutalidad de la represión. Al final, tras una seguidilla de bloqueos no solo lograron expulsar a la transnacional Bechtel, sino que con ello iniciaban el camino de uno de los procesos constituyentes más importantes de los últimos tiempos²³⁴.

German Pérez y Sebastián Pereyra, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, 2002; GARGARELLA, ROBERTO, “«Piedras de papel y silencio, la crisis política argentina leída desde su sistema institucional»”, disponible en http://cels.org.ar/common/documentos/2002_dossier1.pdf; VV.AA., *El fracaso del consenso de Washington. La caída de su mejor alumno: Argentina*, editado por Laura Ramos, Barcelona, Icaria, 2003.

²³³ LANDER, EDGARDO, “El impacto del ajuste neoliberal 1989-1993”, en *Neoliberalismo, sociedad civil y democracia: ensayos sobre Venezuela y América Latina*, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, p. 73 y ss.; VÁSQUEZ, PAULA, “El caracazo (1989) y la tragedia (1999): Economía moral e instrumentalización política del saqueo en Venezuela”, *Revue Internationale de Politique Comparée*, V. 17, N°2, 2010, pp. 5-15.

²³⁴ GUTIÉRREZ, RAQUEL, *Los ritmos del Pachakuti. Movilización y levantamiento popular-indígena en Bolivia (2000-2005)*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2008, p. 61 y ss. “En ese contexto la asamblea constituyente se imaginaba y prefiguraba, básicamente, como una instancia de organización política de la sociedad civil, a través de la cual los hombres y mujeres trabajadores recuperan la capacidad de deliberar e intervenir en los

En el caso de Ecuador, los levantamientos indígenas son una de las señales más clara de la intensidad del conflicto social que ha afectado a dicho país. El primero fue en 1990, el segundo en 2001 y recientemente en 2015. Para los indígenas el levantamiento es su acción política extrema, a la que recurren solo en situaciones muy graves, como lo fueron las políticas agrarias del ajuste estructural de la Ley de Desarrollo agrario, que desde los ochenta impone el despliegue de la economía neoliberal en Ecuador y que ha impulsado manifestaciones sin precedentes, con la siguiente consigna: *la tierra para el que las trabaja*²³⁵.

Finalmente, no podemos dejar esta breve reseña de manifestaciones sociales sin referirnos al caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) que, el primero de enero del año 1994, a propósito de la firma de un tratado de libre comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, se visibilizó como uno de los movimiento anticapitalistas más importantes del último tiempo, exponente de lo que ellos identifican como *luchas muy otras*, con lo que quieren expresar la voluntad política de construir una alternativa al modelo civilizatorio neoliberal. En el ámbito académico, las reflexiones sobre el Estado que Holloway ha expresado con la idea de *conquistar el poder sin el Estado* han impulsado un debate prolífico y centrado en uno de los aspectos más vitales y permanentes de los cuestionamientos de los movimientos sociales. La bibliografía al respecto es abundante,

asuntos comunes. Es decir, al considerar la asamblea constituyente como “una forma de recuperación y ejercicio de la soberanía política, esto es, de la capacidad de decisión y ejecución sobre el asunto público, actualmente hipotecada en el sistema de partidos políticos”, se hace evidente que en aquel entonces, la asamblea no se entendía como una forma de reorganizar la relación estatal sino como una herramienta para romper la relación estatal y construir “capacidad de decisión sobre lo público” basada en otras prácticas.²³ Estas ideas fueron explicadas por la Coordinadora de muy diversas formas durante los siguientes años sin conseguir, salvo en momentos excepcionales, una hegemonía conceptual, como existió en Cochabamba en 2000-2001”. Cfr. *Ibidem*, p. 84. Respecto de las guerras del gas, véase *ibidem*, p. 237 y ss. Véase también SALAZAR, HUASCAR, *La formación histórica del movimiento indígena campesino boliviano. Los vericuetos de una clase construida desde la etnicidad*, Clacso, Buenos Aires, 2013.

²³⁵ GUERRERO, FERNANDO, OSPINA, PABLO, *El poder de la comunidad. Ajuste estructural y movimiento indígena en los andes ecuatorianos*, Clacso, Buenos Aires, 2004, p. 19 y ss. PACARI, NINA, “Levantamiento indígena”, en *Sismo étnico en el Ecuador. Varias perspectivas*, CEDIME-Abya-Yala, Quito, 1993.

entre ella destacamos el trabajo del distinguido grupo de académicos de Comuna, así como el desarrollo que han realizado de la tesis del *Estado como campo de lucha*²³⁶.

Anteriormente nos hemos referido a las tensiones entre neoliberalismo y constitucionalismo social, buscando explicar los conflictos graves y estructurales que subyacen a los activismos dialógicos, porque nos interesa realizar una reflexión crítica respecto de ellos que no quede simplificada por un análisis abstracto e indolente. Todo lo indicado en dicho epígrafe, es considerado en esta reflexión, por lo que la movilización social y el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen como telón de fondo a ese neoliberalismo que actualmente se expresa en un modelo extractivista voraz y que tal como lo hemos intentado explicar, es mucho más que un modelo económico porque también se sostiene en una epistemología y una construcción de subjetividades. Evidentemente, urge realizar bastantes precisiones para no incurrir en generalizaciones impertinentes, pero la idea central es que existirían ciertas tendencias o rasgos comunes que confieren a esta etapa un carácter novedoso respecto de los anteriores periodos, y también respecto de otras experiencias, como las del constitucionalismo europeo y estadounidense²³⁷.

²³⁶ VV.AA., *Luchas "muy otras". Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, Universidad Autónoma Metropolitana, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2011. HOLLOWAY, JOHN, *Cambiar el mundo sin tomar el poder*, Universidad Autónoma de Puebla y Ediciones Herramienta, México, Argentina, 2002. El trabajo del profesor Holloway ha generado una reflexión académica intensa. Algunos indicadores de ello son las reediciones del libro y sus traducciones al alemán, italiano, griego, sueco, esloveno, danés, francés, coreano, portugués y turco, además de haber desencadenado una interesante correspondencia entre el autor y múltiples académicos de diversos lugares del mundo. El historial de las discusiones que este trabajo ha producido tiene un acucioso registro en Revista Herramientas. Su sitio web es: http://www.herramienta.com.ar/debate-sobre-cambiar-el-mundo/presentacion-e-indice-de-articulos#_refl (visitado septiembre 2015). Además, se retratan en el libro del mismo autor: *Contra y más allá del capital. Reflexiones a partir del debate sobre el libro "Cambiar el mundo sin tomar el poder"*, Universidad Autónoma de Puebla, y Ediciones Herramienta, Argentina y México, 2006. Respecto del grupo Comuna, véase, VV.AA. *El estado. Campo de lucha*, citado.

²³⁷ VICIANO ROBERTO, MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo Latinoamericano", en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010; UPRIMNY, RODRIGO, "Las Transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos" en *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, citado; UPRIMNY, RODRIGO, SÁNCHEZ, LUZ MARÍA, "Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balances y perspectivas", citado. ÁVILA SANTA MARÍA, RAMIRO, *El neoconstitucionalismo*

Es decir, entre ajuste estructural, extractivismo, procesos transicionales –con la histórica consolidación de los gobiernos civiles²³⁸–, movilizaciones sociales paradigmáticas, entre otros fenómenos, es que viene un supuesto *giro progresista*, marcado porque las etapas de sublevación popular preceden a una etapa institucional que en ciertos casos provocará una pretendida refundación del Estado. El correlato jurídico se encuentra precisamente en esta nueva fase del constitucionalismo latinoamericano. En este orden de ideas se puede citar el trabajo de Santos, ya que en su análisis de las dimensiones que identifican el actual contexto latinoamericano se encuentra la *coexistencia de luchas ofensivas y defensivas*. Las primeras se refieren a las luchas en las que el Estado es parte de la solución. Por ejemplo, acá ubica al movimiento indígena y su trabajo por impulsar procesos constituyentes inclusivos, así como textos constitucionales innovadores en temas como plurinacionalidad y buen vivir. Paralelamente, se desarrollan luchas *defensivas atrasadas*, para las cuales el Estado es parte del problema, Santos cita como ejemplo de éstas los problemas de criminalización de la protesta y el control de los medios de comunicación. Esta coexistencia de luchas conlleva una dualidad de poderes heterogéneo e inestable, marcado por la resistencia interna y externa a los modelos constitucionales que se han implantado. En ambos casos las luchas tienen un correlato jurídico; en el primero a la constitución y en el

transformador. El estado y el Derecho en la constitución de 2008, Abya-Yala, Quito, 2011, p. 58; GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado.

²³⁸ Si consideramos la frecuencia de las dictaduras militares durante los siglos XIX y XX y de todos los eventos insurreccionales que ha habido, concluimos que estamos en una etapa de gobiernos civiles bastante extendida, lo cual ya es un rasgo definidor de la época. Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, “Las Transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, citado, p. 122. Una línea de tiempo de las dictaduras en dicho periodo puede verse en ROITMAN, MARCOS, *Tiempos de oscuridad*, Akal, Madrid, 2014. La excepción es Honduras y una tentativa fracasada contra Chávez. En el caso de Ecuador y Bolivia han caído presidentes, pero a consecuencia de levantamientos populares y no militares.

segundo a las leyes. Retomaremos este punto más adelante, pues representa una tensión que consideramos fundamental.²³⁹

Con el objeto de pormenorizar estas reflexiones, dedicaremos la parte final de este capítulo a tratar los aspectos comunes y las diferencias del nuevo constitucionalismo latinoamericano entre los distintos países donde se ha desplegado²⁴⁰.

3. Principales rasgos comunes del nuevo constitucionalismo latinoamericano

1. Una primera característica del nuevo constitucionalismo latinoamericano es que se trata de un *constitucionalismo aspiracional*. Este rasgo es similar a la idea de *constitucionalismo transformador*, aunque esta última expresión se suele utilizar para aludir específicamente a los procesos de Ecuador y Bolivia, dadas las características descolonizadoras y anticapitalistas que éstos tendrían; la idea de constitucionalismo aspiracional apunta a un fenómeno más amplio, por lo que las constituciones transformadoras serían solo una manifestación de dicha idea²⁴¹.

Con la expresión aspiracional se indica a una concepción que liga la constitución a progreso y que puede ser rastreada hasta Rousseau y el movimiento jacobino. Sus textos

²³⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 50 y ss. GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 297 y ss.

²⁴⁰ El impulso de las múltiples reflexiones que ha generado la pregunta por el giro progresista se encuentra en los diversos (as) presidentes y presidentas que han ganado sus elecciones con el apoyo de coaliciones de izquierda. Entre ellos, por supuesto, está Cuba, Hugo Chávez y Maduro en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador, Ortega en Nicaragua, Evo Morales en Bolivia, Ernesto Mujica en Ecuador, el matrimonio Kirchner en Argentina, Ricardo Lagos y Michelle Bachelet en Chile, Lugo en Paraguay... FONTANA, JOSEP, *Por el bien del imperio*, citado, p. 557 y ss.; SADER, EMIR, *Refundar en Estado. Posneoliberalismo en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2008, p. 21

²⁴¹ “Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo Político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales”. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundación del Estado en América. Perspectiva desde una epistemología del sur*, citado, p. 71 y ss.

serán manifestación de esperanza y lograr su eficacia sería parte del horizonte utópico de un territorio. Se distingue de una concepción que comprende la constitución como *preservadora* del orden existente o como una mera cristalización del *statu quo*, propia de un constitucionalismo preservador²⁴². Los países periféricos y semiperiféricos suelen tener constituciones aspiracionales, en el sentido de que no solo son vistas como un límite al poder, ni tampoco como una vía para estabilizar el ejercicio de derechos que las personas efectivamente ya gozan en condiciones de calidad de vida y de estabilidad institucional, sino que se aspira a que el real respeto de los derechos consagrados venga en el futuro.

La validación de este tipo de constitucionalismo implicaría aquiescencia respecto de los procesos constitucionales que establecen más derechos que los que efectivamente se pueden garantizar, y de modo tal que habrá un grupo de normas que estarán *dormidas* hasta que mejoren las condiciones para su eficacia²⁴³. Un buen ejemplo para observar cómo se produce el *despertar* de las normas lo encontramos en lo sucedido con los derechos sociales en Latinoamérica: éstos derechos pasaron un tiempo importante con un *status* inferior a los derechos civiles pero, en la última década, diversos factores han confluído para que ello cambie, al punto que hoy es bastante discutible sostener que no se trata de derechos humanos iguales a los civiles y políticos. La apuesta política por constituciones con altas aspiraciones de justicia social debe comprenderse con muchos matices, a los que nos iremos refiriendo a lo largo de este apartado. No obstante, por lo pronto diremos, de la mano del Roberto Gargarella, que: “puede ocurrir—como suele ocurrir— que no todos estén en las mismas condiciones de apropiarse del beneficio reclamado, en el momento en que ese

²⁴² Esta distinción es, como todas las distinciones, pedagógica y se encuentra desarrollada por GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “El Derecho como esperanza”, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, citado, p. 201 y ss.

²⁴³ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 261 y ss.

reclamo aparece. Puede pasar, entonces, que a algunos resulten mucho más beneficiados que otros, amparados en la excusa de un beneficio universal. Sin embargo, el Derecho suele tomarse revancha de tales situaciones. Suele suceder que, con el paso del tiempo, las condiciones sociales originarias varían de modo sustantivo, y aquellos que, en un primer momento, no estaban en condiciones de tomar ventajas que otros tomaban, quedan de pronto en condiciones de exigir lo suyo. En definitiva, la apuesta por las cláusulas que en principio pueden estar dormidas no resulta un apuesta extraña ni mucho menos irracional, sino una demanda común, que está profundamente enraizada en la historia del Derecho moderno²⁴⁴,

De los planteamientos anteriores se deduce que el constitucionalismo aspiracional se relaciona con el optimismo y la esperanza, defenderlo puede ir de la mano de sostener que para que el Derecho pueda *tomar revancha*, se precisa adoptar una concepción constructivista del fenómeno jurídico y nuevamente nos aparece la idea del Derecho como campo de batalla. Esta vez, concretamente, referido a las constituciones²⁴⁵. Como hemos indicado retomaremos esta perspectiva en el tercer capítulo de esta investigación.

Finalmente, para la reflexión respecto a cómo despertar cláusulas dormidas, es de interés la idea de *potencia constituyente*, que el profesor Toni Negri – no sin exceso de optimismo– esgrime para hablar precisamente de los procesos constituyentes latinoamericanos: “en América Latina, el poder constituyente no se ha dado solo como movimiento singular de levantamiento, insurrección y toma del poder por parte de multitudes o, si se quiere, de las fuerzas populares, encaminado a transformarse en Constitución, sino que se ha presentado más bien como una continuidad de operaciones de

²⁴⁴ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 166.

²⁴⁵ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, en “El Derecho como esperanza”, citado, p. 225; y con SAFFON MARÍA PAULA, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Socio Jurídica*, Bogotá, enero-junio 2011.

renovación. Luego se ha prolongado en el tiempo a través de iniciativas constitucionales sucesivas. El poder constituyente no parece haber renunciado aquí a representaciones simbólicas o a la exaltación de insurgencias temporales singulares (que permanecen vivas como narraciones), sino que parece haber preferido configurarse más bien como una potencia constituyente que se realiza en los tiempos (largos o breves) de un proceso más o menos radical y no obstante continuo²⁴⁶”.

2. En segundo lugar, este constitucionalismo estaría por una noción de democracia que comprende una ampliación de los espacios de participación ciudadana y de la deliberación pública, que tiene rasgos propios. Los análisis más optimistas indican que se estaría desarrollando un proceso de regeneración política que contrasta con la degradación oligárquica de las constituciones del norte global, donde también se está emprendiendo un debate por nuevos debates constituyentes²⁴⁷.

El modelo de democracia que subyace a los diversos procesos no es un tema sencillo. Desde luego los deliberativos y agonistas se encuentran presentes²⁴⁸, pero éstos deben ser entendidos en relación a –y enriquecidos con– nociones de *democracia comunitaria e intercultural*, porque uno de los aspectos más importantes y distintivo de los procesos constitucionales que analizamos precisamente tiene que ver con el reconocimiento de las dinámicas sociales que desde antaño se desarrollan en sociedades abigarradas. Boaventura

²⁴⁶ NEGRI, TONI, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, traducción de Simona Frabotta, Raúl Sánchez Cedillo, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015, p. 17.

²⁴⁷ PISARELLO, GERARDO, *Un largo temidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, citado, p. 196.VV.AA. *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática*, Sequitur, Madrid, 2012.

²⁴⁸ ALTERIO, MICAELA, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Revista Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, N°8, 2014, p. 287; GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, “Recepción de los postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Argentina de teoría jurídica*, Volumen 8, 2007.

de Sousa Santos utiliza la expresión de *demodiversidad*²⁴⁹, que vendría a ser parte de una noción más amplia, la de *democracia intercultural* y que tiene se diferencia de las categorías de democracia directa, procedimental, substancial, deliberativa o agonista con las que suele trabajarse en el mundo de Derecho.

Para comprender lo anteriormente indicado, resulta necesario recordar las nociones de *Küme Mongen* y principalmente el *sumak kawsay*, *suma qamaña* propias de las cosmovisiones de las comunidades indígenas andinas, principios estructurantes de la convivencia y finalidades del poder estatal según indican las constituciones de Bolivia y Ecuador que recorren una y otra vez los diversos debates constitucionales de la región²⁵⁰. En este orden de ideas, la democracia de las nuevas constituciones rebasa la reflexión tradicional porque incluye el reconocimiento y el desafío de la interculturalidad, entendida como diálogo igualitario entre culturas diversas, originando un *Constitucionalismo de la diversidad*.

Este rasgo común del nuevo constitucionalismo es paradigmático. Para comprender su magnitud, pese a las lecturas que ven en la invención de América un *encuentro de dos mundos*²⁵¹, los Estados de Latinoamérica se fundaron bajo el paradigma de la

²⁴⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, p. 98. El profesor Ramiro Ávila, refiriéndose al proceso ecuatoriano, nos habla de una democracia de acción comunitaria, sustancial, permanente, vinculada a un proyecto común, público, deliberativo, de calidad y cuya extensión comprende a todos. Cfr. ÁVILA SANTA MARÍA, RAMIRO, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el Derecho en la constitución de 2008*, Abya-Yala, Quito, 2011, p. 75.

²⁵⁰ APARICIO, MARCO, “Hacia una justicia social, cultural y ecológica: el reto del buen vivir en las constituciones de Ecuador y Bolivia”, en *Revista Meritum*, Vol. 8, No1, junio 2013, p. 291.

²⁵¹ “la presencia española en América comenzó bajo los más felices auspicios, dada la actitud pacífica y obsequiosa de los indios. En esos primeros contactos no se pensó en ningún tipo de dominio territorial, en el sentido que luego se llevó a cabo. Los establecimientos primigenios fueron concebidos para impulsar relaciones amistosas y de intercambio comercial con los indígenas. La ulterior sustitución de esa actitud por la guerra de conquista fue una iniciativa personal” Cfr. PÉREZ LUÑO, ANTONIO, “El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1991, p. 15.

homogeneización asimilacionista²⁵². La historia de la constitución de Cadiz de 1812 es en este ámbito bastante clarificadora: “alcanza a los pueblos indígenas de América abrazándoles en su propia ciudadanía. El más numeroso es el quechua, que se encuentra por lo Andes y, en menor medida, por el amazonas en un área que se extiende, en términos de los actuales Estados, entre Colombia y Chile, pasando por Ecuador, Perú y Bolivia, formando una mayoría neta en aquellos tiempos primeros del constitucionalismo. Verá pasar, tras la española, una serie de variada de constituciones de esos Estados prestando a indígenas una atención tan escasa como desigual sobre el doble supuesto de que forman parte de la ciudadanía y de que les corresponde una condición tutelada en tanto que no abandonasen lenguas y costumbres propias. Resulta en esencia el paradigma gaditano que ya conocemos²⁵³”.

Los y las indígenas han sido considerados *miserables*, en los tiempos de la colonia, *salvajes* en los inicios de la república, sin olvidar las impactantes discusiones sobre su *humanidad*, entre Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, debates que una y otra vez argumentaban la inferioridad mental, la animalidad y la incapacidad de los indígenas, para legitimar el sometimiento espiritual y sobre todo material, a la voluntad de los conquistador²⁵⁴. Las repúblicas criollas continuaron el proceso de exclusión a través de diversas técnicas: desde guerras defensivas, pasando por la evangelización, y fueron consolidando la táctica del asimilacionismo. Es decir, la

²⁵² STAVENHAGEN, RODOLFO, *Los pueblos originarios: el debate necesario*, CLACSO, Buenos Aires, 2010, p. 21. CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Genocidio y justicia: la destrucción de las indias, ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid, 2002; *¿Hay genocidios cotidianos? y otras perplejidades sobre América indígena*, IWGIA, Copenhague, 2011; BENGUA, JOSÉ, *Historia del pueblo Mapuche (Siglo XIX y XX)*, Ediciones Sur, Santiago, 1996. LENTOS, DIANA, “Apuntes en torno a la aplicabilidad del concepto de genocidio en la historia de las relaciones entre el estado argentino y los pueblos originarios”, en *Prácticas Genocidas y Violencia Estatal en Perspectiva Transdisciplinar*, compilado por José Luis Lanata, Conicet, Bariloche, 2014, p. 31 y ss.

²⁵³ CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid, 2007, p. 228.

²⁵⁴ ARIZA, LIBARDO, *Derecho, saber e identidad indígena*. Universidad de los Andes – Siglo del Hombre, Bogotá, 2009, p. 136. FERNÁNDEZ BUEY, FRANCISCO, “La controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas”, en *Boletín Americanista*, N°42-43, 1992, pp. 301-347;

independencia no implicó una ruptura real con la colonia, ya que las distinciones, pensamientos e instituciones que permitían excluir al indígena siguieron vigentes²⁵⁵. Todo esto fue permitido por diseños institucionales de fuerte cuño liberal²⁵⁶.

Por todo ello, es necesario destacar que para el constitucionalismo latinoamericano las violencias que afectan a los pueblos indígenas nunca fueron tan importantes como lo son hoy. En otras áreas de la reflexión latinoamericana han sido una preocupación desde antaño, como en la filosofía o la sociología, pero no en el Derecho constitucional²⁵⁷.

Una suerte distinta ha tenido el debate en torno a la *cuestión social*, por lo que cuando estos problemas han llegado a ser preocupación constitucional han tenido un acervo de pensamiento en el cual apoyarse²⁵⁸. En este orden de ideas, ahora utilizando las categorías de análisis de Nancy Fraser, la tradición radical se ha concentrado en las demandas de justicia basadas en la redistribución, cuestionando las injusticias generadas por las estructuras económicas que precariza y subordina a la gran mayoría de trabajadores y trabajadoras formales e informales y consolida un modelo de concentración de propiedad que está en la base de las desigualdades de la región. Pero ha aislado a las demandas de justicia de reconocimiento, es decir, las que se basan en el estatus y estima social asignados a los

²⁵⁵ ARIZA, LIBARDO, *Derecho, saber e identidad indígena*, citado, p. 138 “el proyecto criollo de sujeción indígena del horizonte del constitucionalismo liberal se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los indios en ciudadanos intitulado de derechos individuales mediante la disolución de los pueblos de indios –con tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena– para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar a los indígenas todavía no colonizados, a quienes las Constituciones llamaron “salvajes”, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones indias –con las que las coronas habían firmado tratados y a las que las Constituciones llamaban “bárbaros”– para anexar sus territorios al Estado”. YRIGOYEN, RAQUEL, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El Derecho en América Latina, mapa para el pensamiento jurídico en el S. XXI*, citado, p. 140.

²⁵⁶ Esta idea de fuerte cuño liberal comprende que para que el constitucionalismo y la democracia funcionen se requieren sociedades homogéneas, véase, GARZÓN VALDEZ, ERNESTO “Derecho y democracia en América Latina”, en *Revista Isonomía*, N°14, 2004, p. 33-64.

²⁵⁷ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 326 y ss. Importantes excepciones a la falta de atención a los contextos indígenas de la región encontramos en el trabajo de Rodolfo Stavenhagen, Carlos Antonio Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Raquel Irigoyen, Bartolomé Clavero, entre otros y cuya bibliografía hemos ido e iremos consultando a lo largo de esta investigación.

²⁵⁸ GARGARELLA ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 323.

grupos tradicionalmente marginados en América Latina, como los pueblos indígenas y las y los afrodescendientes²⁵⁹.

Roberto Gargarella, en su extenso análisis de la historia del constitucionalismo de Latinoamérica, ratifica este difundido diagnóstico: “por supuesto, había una tradición de luchas y movilizaciones indígenas, pero no una que fuera interna a la vida del constitucionalismo. Existían solo antecedentes aislados dentro de la tradición radical (hablamos, por caso, del Reglamento Provisorio promovido por José Artigas), pero que se complementaban con una actitud general de negligencia, desdén o mero “patronazgo” frente a la “cuestión indígena” (mencionamos, por caso, la forma en que el propio proceso independentista mexicano, protagonizado por grupos indígenas, terminó por dejar de lado dicha cuestión, al momento de redactar la Constitución de Apatzingán)²⁶⁰”.

Raquel Irigoyen indica que el cambio de paradigma se comenzó a producir con distintos niveles de intensidad en la década de los ochenta²⁶¹. La primera etapa es el periodo comprendido entre los años 1982 y 1988, identificado por un *constitucionalismo multicultural* en el que se incorporan a las constituciones los conceptos de diversidad cultural y lingüística, ciertos derechos territoriales y el reconocimiento individual y colectivo del Derecho a la identidad cultural. Honduras y Nicaragua son ejemplo de este primer periodo. Una segunda etapa se desarrolló entre los años 1989-2005, y es calificada como una fase de *constitucionalismo pluricultural*, que profundiza en el modelo anterior al elevar a rango de principio fundamental del Estado al pluralismo cultural y ampliando el catálogo de derechos de las comunidades étnicas, en consonancia con el convenio 169 de la

²⁵⁹ GARAVITO, CÉSAR, BAQUERO, CARLOS ANDRÉS, *Reconocimiento con redistribución. El Derecho y la justicia étnico racial en América Latina*, Dejusticia, Bogotá, 2015, p. 18.

²⁶⁰ GARGARELLA ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 325.

²⁶¹ YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, citado, p. 139 y ss.

Organización Internacional del Trabajo y la atribución de funciones jurisdiccionales a comunidades indígenas. Colombia, México, Paraguay, Perú, Bolivia, Argentina y Venezuela son ejemplos de esta etapa²⁶². Actualmente, estaríamos en el último periodo, en el que los últimos procesos constitucionales de Ecuador y Bolivia representan el punto más alto de compromiso con las demandas de reconocimiento de los pueblos indígenas, y para comprenderlo debemos atender el cambio radical que han realizado, al dar un paso al lado del Estado nación unitario, para reconocer y constituirse como *Estado plurinacional*²⁶³.

Como hemos indicado anteriormente, no corren buenos días para estos procesos. Al tiempo que desarrollamos esta investigación en Ecuador se ha producido el tercer alzamiento indígena y en Bolivia las críticas al gobierno de Evo Morales tienen como principales exponentes a reconocidos activistas del movimiento indígena, así como intelectuales que han quitado el apoyo a su gestión y los procesos de criminalización de resistencias territoriales ponen en cuestión los aspectos más emancipadores de sus compromisos. Se ha indicado que el proyecto de la plurinacionalidad ha estado muy lejos de avanzar. Todo lo contrario, el Estado unitario se ha fortalecido. Por lo que esas constituciones que representan la voluntad política abandonar el *maldesarrollo*²⁶⁴, y en su lugar construir un modelo descolonizador y anticapitalista se encuentran con profundos problemas de eficacia.

²⁶² Para el caso colombiano se cita especialmente el trabajo de su Corte Constitucional. Al respecto véase BONILLA, DANIEL, *La constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006. Especialmente capítulos 3 y 4. Para el caso chileno que es, junto con Costa Rica, el país más atrasado en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, véase AYLWIN, JOSÉ, MATÍAS LOPEHANDÍA, YÁÑEZ, NANCY, *Los pueblos indígenas y el Derecho*, LOM, Santiago, 2013

²⁶³ PRADA, RAÚL, *Descolonización y transición*, citado, pp. 225 y ss. Para un análisis de la plurinacionalidad, véase VV.AA. *Un estado, muchos pueblos. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, coord. por Katu Arkonada, Icaria, Barcelona, 2012. VIAÑA, JORGE, “Estado plurinacional y nueva fase del proceso boliviano”, en *El Estado en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2012, p. 375 y ss.; ÁVILA SANTA MARÍA, RAMIRO, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el Derecho en la constitución de 2008*, citado, p. 193 y ss.

²⁶⁴ Cfr. ACOSTA, ALBERTO, “El buen vivir como alternativa al desarrollo. Algunas reflexiones económicas y no tan económicas”, en *Revista Política y Sociedad*, Universidad Complutense de Madrid, N°52, 2015 pp. 299-

Casos como Sarayaku, Yasuni y Tipnis²⁶⁵ nos ayudan a comprender las tensiones y magnitud del que ha venido en denominarse neoextractivismo al que ya nos hemos referido, y que nos parece un punto de análisis fundamental para hablar de los constitucionalismos andinos actuales.

Finalmente, el buen vivir y la crítica al modelo de desarrollo que el extractivismo despliega por toda Latinoamérica da cuenta del problema global y de una sensibilidad política contrahegemónica que no solo se encuentra en dicha región. Un indicador de esta reflexión lo encontramos en el trabajo que se viene desarrollando en torno a la relación entre las ideas de *Buen Vivir* y de *bienes comunes*, para vindicar la existencia de ciertos bienes que tendrían que estar más allá de las lógicas de público y privado, ser extraídos del comercio humano y estar al servicio de las necesidades esenciales de las comunidad humanas, como el agua y las semillas²⁶⁶.

331. MARTÍNEZ, ESPERANZA Y ACOSTA, ALBERTO, *Desarrollo, postrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, Abya Yala, Quito, 2014.

²⁶⁵ Con el caso Sarayaku nos referimos a la oposición que el pueblo Kichwa despliega desde hace años en contra de la extracción petrolera en sus territorios amazónicos, provincia de Pastaza. El gobierno de Ecuador había autorizado a la empresa CGC para ejecutar un proyecto, sin consulta ni consentimiento de la comunidad indígena que sería afectada. En la historia del caso encontramos graves episodios de violencia a propósito de una importante cantidad de explosivos colocados sin consentimiento del pueblo para realizar la explotación indicada (2002). En los hitos de la resistencia se encuentra la concesión de medidas provisionales a favor del pueblo por la Corte Interamericana de derechos humanos (año 2003) y el año 2012 la Corte Interamericana emitió una sentencia favorable a la causa indígena, que además le permitió desarrollar uno de los precedentes jurisprudenciales más importantes que existen respecto al Derecho a la consulta indígena. Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia 27 junio 2012; MELO, MARIO, “Derechos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Avances alcanzados en la sentencia del caso Sarayaku contra Ecuador, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, N°7, 2014, 277-290. También puede visitarse el sitio del pueblo: www.sarayaku.org. El caso Yasuní también se ventila en el Ecuador y trata sobre un reserva de la biosfera que se encuentra en el Amazonas ecuatoriano, el parque Yasuní, y que constantemente está siendo expuesto a la amenaza de aumentar las explotaciones petroleras que se realizan en su interior, las que además de representar un atentado a la biodiversidad, atenta contra los derechos de los diversos pueblos indígenas que viven en su interior, entre ellos los pueblos en aislamiento voluntario, los Tagaeri y los Taromenane. Véase COLLEONI, PAOLA Y PROAÑO, JOSÉ, “Los pueblos en aislamiento de la amazonia ecuatoriana”, en VV.AA., *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, IWGIA, Madrid, 2012, pp. 170-198. El caso Tipnis se ventila en Bolivia y se refiere a una carretera que atraviesa el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Séure. Este proyecto también ha sido fuertemente resistido por las comunidades indígenas de la zona.

²⁶⁶ MATTEI, UGO, *Bienes Comunes. Un manifiesto*, citado; BELOTTI, FRANCESCA, “Entre bien común y bien vivir, Afinidades y distancia”, *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, N°48, Quito, 2014, pp.41-54; MÍGUEZ,

3. Un Tercer rasgo del constitucionalismo actual en Latinoamérica es que se trata en general de casos de constitucionalismo fuerte, con una presencia importante de mecanismos desformalizados y accesibles para que la ciudadanía dé inicio a los procedimientos de tutela y de control de constitucionalidad sin mayores formalidades. Esta es una diferencia que consideramos relevante y distintiva respecto de las experiencias comparadas, en las que el acceso a las altas Cortes suele caracterizarse por estar vedado a través de una serie de obstáculos económicos y de un conocimiento que solo suelen tener los profesionales del Derecho. Así, a diferencia de esas imágenes kafkianas de procesos enrevesados y agobiantes, avanzan en vías simples, económicas y de rápida tramitación.

Esto permite señalar que el constitucionalismo fuerte puede desarrollarse como un modelo en que los jueces tienen la última palabra en el sistema institucional, que es la lógica que prima para referirlo y distinguirlo de un modelo débil, pero además como un modelo en el que los derechos y sus mecanismos de protección se encuentran normados, a la vez que la ciudadanía puede acceder al poder judicial desempeñando un rol legitimador de los procesos²⁶⁷.

RODRIGO, “De las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate”, *Revista Chilena de Derecho*, N°41, pp. 7-36, HOUTART, FRANÇOIS, *De los bienes comunes al bien común de la humanidad*, en *Revista Ágora U.S.S.*, n 14, Medellín, 2014, pp. 258-293, VV.AA. *La protección de los bienes comunes de la humanidad, Un desafío para la política del Siglo XXI*, coord. por José Gordillo, Trotta, Madrid, 2006; OSTROM, ELIONOR, *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, traducción de Leticia Merino, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

²⁶⁷ En el caso de Alemania el gobierno federal el gobierno de un Land o un tercio de los miembros del Bundestag. Cfr. artículo 92 de la ley fundamental de Bonn. Y en el modelo estadounidense, que es difuso, la inconstitucionalidad tiene un carácter incidental, es decir, a propósito de un juicio sobre un problema determinado en el que se cuestiona la constitucionalidad de una norma como cuestión accesoria al juicio. En ninguno de estos casos son las personas normales que acceden a las altas cortes. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”, *Revista Ius et Praxis*. 2004, vol.10, N°2, pp. 197-223.

En este mismo sentido, otra novedad vino dada por la integración de las altas Cortes a través de votación universal²⁶⁸. En la mayoría de los países la integración de las altas Cortes se produce por la decisión de las élites de la política, y no se encuentra excluida de la pugna partidaria. Hay casos en que el nombramiento lo realiza el primer ministro (Australia), en otros casos quien decide es el parlamento a partir de una lista que elabora el ejecutivo (Nicaragua), o también existe la opción de que algunos miembros del tribunal sean nombrados por el presidente, otros por el parlamento y otros por la Corte suprema (Chile). Éstos son solo algunos de los ejemplos en los que podemos ver cómo la ciudadanía no tiene una participación directa en la elección de las autoridades judiciales²⁶⁹. Pero además de innovar con la integración a través de votaciones populares, también se ha incluido un sistema de cuotas para reservar un espacio de representación a las comunidades indígenas. Estos aspectos influyen de forma significativa en las tensiones entre constitución y democracia. Como hemos señalado, diversos autores consideran que son indicadores de que la tensión se encuentra morigerada²⁷⁰.

4. Un cuarto rasgo del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la concentración de poderes del poder ejecutivo. Para algunos autores el modelo actual sería de un

²⁶⁸ El caso paradigmático en este ámbito es Bolivia. Artículo 198.1 y art. 183. Ley 027 del Tribunal Constitucional (art. 19 y 20) En el caso de Ecuador y Venezuela se comprende la posibilidad de participación de la ciudadanía en las elecciones ejerciendo funciones de control y veeduría (art. 343 Ecuador) (art. 264 Venezuela)

²⁶⁹ Un buen análisis sobre las diversas formas de nombrar jueces y respecto del rol de la ciudadanía en el análisis de constitucionalidad en: NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, en *Constitucionalismo popular en América Latina*, coord. por Micaela Alterio y Roberto Miembro, Porrúa, Mexico, 2013.

²⁷⁰ NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, “El neoconstitucionalismo andino: una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria*, N° 90, 2011, p. 195. En este mismo sentido Cfr. PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, p 196; Cfr. VICIANO ROBERTO, MARTÍNEZ RUBÉN, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo Latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, p.17. PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, citado, p. 194.

hiperpresidencialismo híbrido²⁷¹, pero para otros el nuevo constitucionalismo latinoamericano no lograría salir del modelo de hiperpresidencialismo fuerte que caracteriza a la región. Según los primeros, las atenuaciones al presidencialismo se producirían por las innovaciones que las nuevas constituciones han introducido en el ámbito de los mecanismos de poder negativo, tanto por vías jurisdiccionales como por vías institucionales de poder negativo indirecto. Los mecanismos institucionales comprenden las vías de democracia directa a través de las cuales la ciudadanía recuperaría el control de las decisiones políticas²⁷². Su manifestación normativa se encuentra en la incorporación de un “Poder Ciudadano”²⁷³ y en términos prácticos se ejerce a través de consultas populares, elección de cargos públicos, referendos, revocatoria de mandatos, iniciativas legislativas, cooperativas locales, presupuestos participativos, asambleas locales vinculantes, entre otras. Pero la tesis de que las vías de poder directo de la ciudadanía conllevan una atenuación al hiperpresidencialismo no ha generado igual recepción entre los autores. En este contexto destaca la opinión de Gargarella, para quien su tesis de la *sala de máquinas* sigue vigente en el caso del constitucionalismo andino, especialmente en lo que se refiere a los súper poderes del ejecutivo. Ésta tesis plantea la necesidad de analizar con especial cuidado las

²⁷¹ UPRIMNY, RODRIGO, SÁNCHEZ, LUZ MARÍA, “Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balances y perspectivas”, citado, 2013. En un sentido distinto véase GARGARELLA ROBERTO. “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Anacronismo e Irrupción; Teoría Política Clásica y Moderna*, V. 3, N° 4, 2013, pp. 245-257.

²⁷² NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, “El neoconstitucionalismo andino: una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2011, p. 189,

²⁷³ En Venezuela se llama “Poder ciudadano” capítulo IV, Título V. En Ecuador se llama “Poder de transparencia y control social” Capítulo V, Título IV. En Bolivia se llama Función de participación y control social, Art. 241 y 242. Ley N° 341 De participación y control social. Para el caso de Ecuador puede consultarse: NOGUERA, ALBERT, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Quito, 2008, p. 133 y ss.; MEDICI, ALEJANDRO, “Nuevo constitucionalismo Latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico”, en *Debates constitucionales en nuestra América*, *Revista el Otro Derecho* N°48, ILSA, Bogotá, p. 38 y ss.

dimensiones orgánicas de las constituciones, evitando deslumbrarse con el contenido de las declaraciones de derechos, ya que es en la parte de la organización del poder donde se ponen los cerrojos que dificultan e impiden la eficacia de los derechos. En palabras de Gargarella: “la sección relacionada con la organización del poder, podría decirse, encierra el «motor» de la constitución de la constitución, y por ese motivo puede afirmarse que las reformas incluidas en una y otra sección no deberían ser juzgadas como si pudieran tener impactos o capacidades transformadoras análogas: el «motor» se encuentra solo en una de esas secciones, y es de esperar que ejerza influencia especial en el funcionamiento global de la constitución²⁷⁴”. Por ello advierte que, frente al nuevo poder ciudadano, el poder ejecutivo sigue detentando un exceso de poder: mandatos extensos, reelecciones inmediatas, amplias facultades legislativas, autorizaciones para disolver asambleas legislativas y poder para decretar los estados de excepción que permiten la restricción temporal de las garantías constitucionales. Por eso, las vías de participación directa pueden tornarse inviables frente a un ejecutivo súper poderoso para bloquear los procesos de participación ciudadana cada vez que ésta critique las decisiones del ejecutivo. Esta tesis la corrobora analizando diversos momentos políticos de Venezuela, Ecuador y México²⁷⁵:

En definitiva, respecto de este punto hay un disenso importante entre los autores. Sin perjuicio de ello, es preciso señalar que un análisis más pesimista respecto a la atenuación del presidencialismo que conllevaría la existencia de mecanismos de democracia directa, no implica sostener que estas vías no sean importantes. En este sentido, la preferencia se encuentra en evitar los cerrojos constitucionales y potenciar la participación ciudadana y las

²⁷⁴ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 289

²⁷⁵ GARGARELLA ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 313- 316-319. Véase LISSIDINI ALICIA, *Democracia directa en Latinoamérica: entre la delegación y la participación*, Clacso, Buenos Aires, 2011; ZOVATTO, DANIEL, “Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina. Balance comparado: 1978-2010”, en *Revista de Sociología*, N°24, 2010, pp. 87-124.

dinámicas democráticas ampliadas: “la crítica al presidencialismo que aquí se formula no implica una defensa del sistema parlamentarista, como si esta fuera la única alternativa existente al presidencialismo. El parlamentarismo no aparece como una opción viable a la luz de los principios que hemos defendido aquí (menos aún, a la luz de la situación actual de los Congresos Latinoamericanos). A la vez, nuestra crítica tampoco representa una manera de apoyar el nuevo rol adquirido por el poder judicial en las últimas décadas, como órgano decisor fundamental en las nuevas democracias (menos aún, a la luz del elitismo que sigue distinguiendo a los poderes judiciales latinoamericanos)”²⁷⁶.

4. Diferencias fundamentales.

Hemos indicado los rasgos más relevantes que distinguen al nuevo constitucionalismo latinoamericano. También se ha indicado que algunos casos son más representativos de esta nueva oleada de constituciones, pero que existen diferencias múltiples; no se podría comparar el constitucionalismo de Ecuador con el de Chile, por mencionar un ejemplo patente.

No obstante, siguiendo con el ejemplo, los problemas de relevancia jurídica de Ecuador en ciertos casos no son muy distintos a los de Chile, lo que nos permite indicar que sin perjuicio de que los procesos constitucionales son muy distintos, se encuentran más veces de las que se suele reconocer tanto en el interés que despiertan, como en la influencia que se proyectan y en el aprendizaje conjunto de las redes de activismo ciudadano que trabajan en torno al Derecho en la región. Lo mismo sucede con el trabajo de la Corte Colombiana, por mencionar un ejemplo difícil de discutir; la influencia de su jurisprudencia se proyecta en varias materias en las que la calidad de la argumentación y de los procesos

²⁷⁶ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 297 y ss.

que ha generado causa interés y voluntad de aprendizaje en toda América Latina. Es decir, más allá de las diferencias que vamos a referir, que son importantes y nos exigen no generalizar, hay problemas y contradicciones comunes por los variados referentes compartidos tanto a nivel socio cultural, como económico y político que ya hemos señalado en diversas secciones de este capítulo.

1. Una diferencia evidente es aquella que destaca la diversidad de origen y naturaleza. Desde este punto de vista encontraremos, en primer lugar, los textos que han sido resultado natural ante el fin de las dictaduras que devastaron la región; son constituciones de tránsito o bisagras entre un régimen dictatorial y uno democrático²⁷⁷. En segundo lugar encontramos los procesos cuyos textos llegan a *reforzar procesos democráticos* pero con problemas de legitimidad²⁷⁸. Y en tercer lugar encontramos los procesos constituyentes que son fruto del derrumbe del sistema de partidos y el ascenso de nuevas fuerzas políticas, destruyendo el esquema de los partidos tradicionales. Se trata de plataformas o espacios de encuentro de organizaciones y movimientos sociales, antes que de estructuras partidistas clásicas, al menos en sus inicios²⁷⁹: Son procesos constitucionales que tuvieron un sorprendente respaldo popular: en el impulso de los procesos, en la elección de los constituyentes y en la aprobación de los textos: en el caso de Venezuela, un 92% de los votantes respaldaron la iniciativa constituyente y un 71% el texto finalmente aprobado (con

²⁷⁷ UPRIMNY, RODRIGO, SÁNCHEZ, LUZ MARÍA, “Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balances y perspectivas”, citado, Tal es el caso de las constituciones de: Honduras 1982, Panamá 1983, El Salvador 1983, Guatemala 1986, Nicaragua 1987, Brasil 1988 y Paraguay 1992. Véase GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la constitución*, citado, p. 270 y ss.

²⁷⁸ Nos referimos a México 1992 y Colombia 1991. Sobre Colombia relata que no es un texto bisagra, pero sí es el resultado de un esfuerzo por acabar con los desmanes de los gobiernos civiles que, a partir de uso y abuso del estado de excepción, lograron poner entre paréntesis el Estado de Derecho durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX.

²⁷⁹ En el caso de Venezuela el Presidente Hugo Chávez ganó las elecciones de 1998 con el Movimiento V República, apoyado por distintos sectores de la izquierda articulados en torno al Polo Patriótico; en Ecuador, Rafael Correa se presentó con el Movimiento PAIS (Movimiento por una Patria Altiva y Soberana); y Evo Morales, en Bolivia, lo hizo con el Movimiento Al Socialismo (MAS).

una participación que no llegó al 45%); en Ecuador, el 81.7% aprobó el llamado a asamblea constituyente y el 63% aprobó el texto constitucional (con una participación de más del 75%); en Bolivia, el texto constitucional fue aprobado con el 61% de los votos, y una participación del 90% del censo²⁸⁰.

2. El contraste está en las experiencias de Perú y Argentina, ya que sus constituciones surgen como iniciativa de los presidentes y sus bloques partidarios, que fueron los que en gran parte determinaron el contenido de las mismas (Fujimori y Menem). En el caso de Perú hubo una intervención al parlamento, que se terminó por disolver, y del poder judicial, unido a una etapa de gobierno de emergencia o *democradura*²⁸¹. En Argentina el *Pacto de los Olivos* fue una transacción política muy limitada entre el memenismo y la oposición representada por Alfonsín. En ambos casos formalmente se dieron procesos de asambleas constituyentes y referendos, pero con limitadas manifestaciones reales de deliberación y democracia.

Menos deslegitimado es el de las constituciones aprobadas en procesos de tránsitos a la democracia, por ejemplo Guatemala, Paraguay, Nicaragua, e incluso Brasil. En todos estos casos las constituciones fueron fruto de procesos de debates constituyentes, con participación popular en la elección de los parlamentarios que integraron asambleas.

3. Otro criterio utilizado para expresar la diversidad de realidades constitucionales de la región es el de la intensidad de los procesos. En este sentido tenemos a) constituciones

²⁸⁰ Cfr. APARICIO, MARCOS, “Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur”, en VV.AA. *Por una asamblea constituyentes. Una solución democrática a la crisis*, Sequitur, Madrid, 2012, p. 108; PISARELLO, GERARDO, “El nuevo constitucionalismo Latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década”, *Revista Sin Permiso*, Barcelona, noviembre 2009, p. 9. SCHAPELZON, SALVADOR, *El nacimiento del Estado plurinacional de Bolivia: etnografía de una asamblea constituyente*, Clacso, La Paz, 2012.

²⁸¹ MACFARLAND, MARÍA, “Cuando una «Constitución» es una Constitución: el caso peruano”, *Revista Pensamiento Constitucional*, N°8, 2002, p. 551 y ss.

que implican la adopción de nuevos textos muy diversos a las anteriores²⁸², y otras cuyos textos introdujeron normativas nuevas, pero que en realidad trajeron cambios menos trascendentales en relación a sus textos anteriores²⁸³. Por una parte está el constitucionalismo con vocación de transformador anticapitalista y anticolonialista de Ecuador, Bolivia y Venezuela y, por otra parte, están constituciones que tienen claras connotaciones neoliberales como la de Perú o la de Chile²⁸⁴, con un fuerte énfasis en la protección de la libertad del mercado. En cambio, la tendencia es la de las constituciones que atribuyen algún tipo de rol al Estado en la economía, ya no solo para favorecer el libre mercado, sino también para adquirir compromisos de justicia social. Finalmente, encontramos las que reservan actividades económicas al Estado: en Venezuela este tiene la actividad petrolera, en Bolivia los recursos naturales deben ser administrados por el Estado con especial referencia a los hidrocarburos, y lo mismo en Ecuador, donde el Estado se reserva los derechos para administrar, regular, controlar y gestionar los sectores económicos estratégicos²⁸⁵. Junto a ello, apuestan por fomentar el desarrollo de iniciativas económicas alternativas, como las asociaciones comunitarias para el trabajo, el ahorro y el consumo o la organización económica comunitaria en forma comunitaria y popular²⁸⁶. Finalmente, incorporan el sistema agrario, proscriben el latifundio y promueven una mejor distribución de la tierra²⁸⁷, así como la protección de la inversión nacional por sobre la extranjera²⁸⁸. En

²⁸² Es el caso de Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

²⁸³ Argentina, México y Costa Rica.

²⁸⁴ ATRIA, FERNANDO, *La constitución tramposa*, LOM, Santiago, 2013.

²⁸⁵ Cfr. Venezuela los artículos: 302, 303; en Bolivia el artículo: 311.2, 359.1; y para Ecuador los artículos 313, 314, 316, 318.

²⁸⁶ Cfr. Venezuela los artículos 308, en Bolivia el 306 y 307, y en Ecuador el artículo 283.

²⁸⁷ Cfr. En Venezuela artículo 307, en Bolivia los artículos 172, 396 y 398, en Ecuador el 281 y 282.

²⁸⁸ Cfr. En Venezuela el artículo 301, en Bolivia el 320 y en Ecuador el 339.

el caso de Ecuador y Bolivia la potencia de los textos se encuentra en el esfuerzo por vincular justicia social, cultural y ambiental²⁸⁹.

IV. RECAPITULACIÓN

En este capítulo hemos expuesto qué entendemos por activismo dialógico. Para ello, en una primera etapa buscamos precisar analíticamente la expresión, sin perder de vista el eje metodológico que nos orienta a analizar el objeto de estudio considerando las particularidades del ámbito de investigación elegido. En atención a ello vimos qué entenderemos cada vez que utilizamos las expresiones: activismo, dialógico, progresista y también pudimos examinar las especificidades procesales del objeto de estudio, cuestión que nos permite comprender relevantes rasgos diferenciadores e innovadores. Hemos puesto especial esfuerzo en indicar el carácter estructural de los problemas sociales que impulsan este tipo de estrategias jurídicas y finalizamos indicando el rol que los movimientos sociales han tenido en el impulso del activismo judicial dialógico.

En un segundo apartado nos dedicamos a realizar algunas diferenciaciones teóricas, pues buscábamos contribuir a una adecuada individualización del objeto de estudio a través de indicar a qué no nos referimos cuando hablamos de activismo judicial dialógico. Como hemos visto, las distinciones no son nítidas en todos los casos. Pese a ello, pensamos que ha sido un esfuerzo valioso, desde el punto de vista del esclarecimiento pedagógico y de situar de mejor modo sus fortalezas y debilidades filosóficas.

²⁸⁹ APARICIO, MARCOS, *Asamblea Constituyente*, citado, p. 115.

Finalmente realizamos una aproximación a la actualidad jurídica de Latinoamérica a través del estudio de lo que ha venido denominándose como nuevo constitucionalismo latinoamericano, cuestión que nos permitió conectar con la faz jurídica de varios de los conflictos y situaciones enunciada en la primera parte del capítulo.

CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN SOCIO-JURÍDICA AL ACTIVISMO JUDICIAL

DIALÓGICO EN LATINOAMÉRICA

*Toda cosa se da como un complejo
inextricable de forma y contenido; de allí
que la teoría no pueda separarse de la
práctica ni el sujeto del objeto.*

Fals Borda

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el capítulo anterior buscábamos demostrar que el activismo dialógico tiene una dimensión teórica. En este capítulo expondremos casos que consideramos paradigmáticos y que dan cuenta de la actualidad de nuestra investigación. Aunque cuantitativamente no podemos decir que existe un nuevo paradigma de activismo judicial, sí podemos indicar que cualitativamente estamos ante un nuevo paradigma, lo que quedará adecuadamente ilustrado al exponer los casos.

Nos aproximamos a los casos utilizando una metodología socio-jurídico²⁹⁰, inspirada en dos fuentes. En primer lugar, en el pensamiento jurídico realista de Estados Unidos que desde sus orígenes cuestionó el *case method*, una de las expresiones características del formalismo jurídico estadounidense²⁹¹. Su precursor fue el primer decano de Harvard Christopher Columbus Langdell, quien estaba empeñado en el reconocimiento del carácter

²⁹⁰ Respecto de la trayectoria de la sociología jurídica, véase: SORIANO, RAMÓN, *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 17 y ss.; DÍAZ, ELÍAS, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1980, p. 64; BOBBIO, NORBERTO, “*Teoría general del derecho*”, traducción de Eduardo Rozo Acuña y Marcela Anzola, Temis, Bogotá, 1987, p. 25; CARBONNIER, JEAN, *Sociología Jurídica*, traducción de Luis Diez Picazo, Tecnos, Madrid, 1972, p. 15; TREVES, RENATO, *Introducción a la sociología del derecho*, traducción de Manuel Atienza, Taurus, Madrid, 1978, p. 150 y ss.; FERRARI, VICENZO, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 2000, capítulo II, epígrafe 7.

²⁹¹ TREVES, RENATO, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, citado, p. 82.

científico del estudio del Derecho. Su creación de un método de enseñanza basado en casos caló profundamente en la cultura jurídica estadounidense. El *case method* se caracteriza por tres aspectos: el estudio del Derecho centrado en sentencias judiciales elegidas por contener principios y doctrinas con una relevancia tal que sirvan de guía para la resolución de otros tantos conflictos jurídicos. El segundo aspecto viene dado por los *casebook*, que son materiales de enseñanza que contienen la selección de casos sobre los que se trabajará con los alumnos. Por último, el método socrático, es decir, la cátedra caracterizada por preguntas que el profesor formula a los estudiantes relacionadas con los casos y el diálogo participativo que en virtud de ello se desarrolla al interior del aula, en contraposición a la clásica clase magistral y la formación de un profesional en base al aprendizaje marcado por la repetición de doctrinas y normas²⁹².

Que este método de enseñanza sea tachado como piedra angular del formalismo puede sorprender a quien ha sido formado principalmente a través de la clase magistral y el aprendizaje dogmático de normas. Pero dicha formalidad se da por dos razones: el estudio de los casos se realizaba con el objeto de extraer los principios y doctrinas en ellos inmersos de manera pretendidamente imparcial y sin considerar los contextos sociales de surgimiento, funcionando como precedentes estrictos que se extraen y aplican a otros casos semejantes, por lo que el estudio de los casos era asimilable al estudio dogmático de los códigos. La otra razón viene dada porque en los *casebook* solo se incluían sentencias, y no otros textos con contenido filosófico, social o económico, pues para Langdell el estudio de ello debía realizarse en otras facultades²⁹³. El realismo jurídico estadounidense ha criticado esta forma

²⁹² PÉREZ LLEDÓ, JUAN, *El movimiento Critical Legal Studies*, citado, p. 108.

²⁹³ PÉREZ LLEDÓ, JUAN, *El movimiento Critical Legal Studies*, citado, p. 108 y ss. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, "El formalismo jurídico de la teoría jurídica estadounidense", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 18, España, 2001, pp. 267-299. KENNEDY, DUNCAN, *La enseñanza del derecho como forma de acción política, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012*.

de enseñanza, para abrir sendas de conexión con otros ámbitos del saber. “el realismo como su propia definición sugiere está animado por un afán de anclar el estudio del fenómeno jurídico en realidades tangibles, empíricamente constatables, y, en este sentido, su atención se centrará en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados los componentes esenciales del concepto de derecho²⁹⁴”.

La segunda fuente que nos ha permitido adoptar esta metodología de análisis proviene del trabajo de la sociología pública²⁹⁵ y de la Escuela de Manchester. Esta es una escuela de antropología social que destinó gran parte de su trabajo al Derecho, y que creo el *análisis situacional* y el *método del caso extendido*, bautizado de tal modo por Van Velsen y desarrollado por Gluckman y los discípulos de la escuela, que se caracterizan por colocar en el centro del análisis a los contextos y sus conflictos sociales y por la valoración de las metodologías cualitativas por sobre las cuantitativas, por lo que privilegian la elección de casos para ser analizados en profundidad²⁹⁶. Específicamente, esta metodología nos ha ayudado a encontrar herramientas que nos aparten de la tendencia a evaluar el trabajo de estas cortes sin prestar esta fuerza a comprender los conflictos que originan los casos y a centrar la atención en el juez, normalmente desatendiendo las dinámicas sociales relevantes y específicas de cada caso.

²⁹⁴ SOLAR CAYÓN, JOSÉ, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, citado, p. 1186.

²⁹⁵ BORAWOY, MICHAEL, “Por una sociología pública”, en *Revista Política y Sociedad*, V. 45, N°1, 2005, p. 197 y ss.

²⁹⁶ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Os conflitos urbanos no Recife: O caso do Skylab”, *Revista Critica de Ciencias Sociais*, Coimbra, 1983, p. 11; LUBE, MENARA, “Conflicto, Equilibrio y cambio social en la obra de Max Gluckman”, en *Papeles del CEIC*, N° 88, Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva, Universidad del País Vasco, 2012; VV.AA. *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales*, compilado por Jorge Guevara y Aníbal Gálvez Rivas, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, Dirección Académica de Responsabilidad Social, Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima, 2014.

Iniciamos este capítulo analizando la sentencia T-025-2004, de la Corte Constitucional Colombiana. Para ello realizaremos unas referencias básicas al conflicto armado, al problema del desplazamiento forzado y al trabajo de la Corte Constitucional. Consideramos que son tres temas que nos permitirán comprender de mejor forma el contenido mismo de la sentencia y el proceso de ejecución que ha generado. En segundo lugar analizaremos el caso Riachuelo de Argentina. Para su estudio realizaremos una breve introducción a los conflictos socioambientales, que nos permita abordar el caso con un marco teórico que trascienda a sus novedades jurídicas y procesales, para analizarlo con una mirada más amplia, propia de la reflexión socio-jurídica.

II. ACTIVISMO DIALÓGICO Y DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

La sentencia T-025 fue emitida por la Corte Constitucional colombiana el 22 de enero de 2004 y versa sobre desplazamiento forzado. Comprender su contexto es un reto ya que se trata de una tragedia humanitaria, consecuencia de un conflicto armado interno muy complejo. Pese a que el Estado ha retomado la voluntad política de su reconocimiento y ha iniciado un proceso de paz que se encuentra en desarrollo, el desplazamiento sigue produciéndose día a día y no cesará hasta que el conflicto verdaderamente finalice²⁹⁷.

²⁹⁷ El ex presidente de Colombia, Álvaro Uribe, negó durante ocho años la existencia de un conflicto armado en Colombia. Fue una estrategia discursiva que tuvo importantes consecuencias jurídicas, pues buscaba sustituir la figura de conflicto armado interno por la de *Amenaza Terrorista*. Con ello cambia todo el estatuto aplicable a los combatientes internos, ya que pasa de la lógica de la criminalización, que imperaba por esos años, a la lógica del terrorismo, que comprende un estatuto más gravoso para los integrantes de la guerrilla interna. Junto a ello, el discurso promovía el triunfo del Estado por las armas, mientras que una situación de conflicto armado promueve una salida con un marco normativo humanitario. Sobre este punto puede verse: VV.AA, *La estratagema terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto armado interno en Colombia*, Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia y Fundación Konrad, Bogotá, 2008. El actual presidente, Juan Manuel Santos, con la dictación de la ley de víctimas puso marcha atrás a dicha política y, al tiempo que redactamos estas páginas, se desarrolla en Colombia un importante proceso de paz, que comprende un complejo proceso de negociación en la Habana. En tal sentido, no solo será relevante un proceso de verdad y reparación de las víctimas sino también la negociación respecto de las condiciones de desmovilización de la guerrilla. Agradecemos todos los alcances realizados gracias a la generosa reflexión de SÁNCHEZ, LUZ MARÍA, *Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y*

Al tiempo que redactamos estas líneas hay nuevas noticias sobre el proceso de paz en la Habana: la ausencia de cese de fuego bilateral, adelantos en acuerdos sobre reparaciones, nuevos informes sobre falsos positivos, análisis críticos sobre el complejo proceso de restitución de tierras, más víctimas de desplazamiento forzado, por mencionar tan solo algunos. Todo indica que investigar en este contexto es una tarea compleja. Por una parte tenemos a la Corte más progresista e importante en el desarrollo del contenido de los derechos humanos, con una creciente producción de sentencias ilustradas y vanguardistas y por otra parte la violencia sin límites, intensa, dolorosa y con una capacidad sorprendente de reinventarse a sí misma. Sin embargo, es en medio de este mar de contradicciones donde surge una de las manifestaciones paradigmáticas del activismo judicial dialógico, por lo que estamos ante un caso imprescindible en el marco de la investigación planteada.

Iniciamos con un breve examen a algunos aspectos básicos del conflicto armado (§ 1), para luego hacer referencia al trabajo de la Corte Constitucional (§ 2), continuaremos con algunas claves para comprender la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado (§ 3) y solo después haremos un análisis de la sentencia (§ 4). Como hemos indicado, nos parece que esos pasos previos son fundamentales para comprender y dimensionar su significado jurídico.

1. El conflicto armado en Colombia

Los conflictos armados internos son regulados por el Derecho internacional humanitario que rigen a los Estados en situación de guerra, Su finalidad es que, pese a la irracionalidad del conflicto bélico, se respeten sus normas, que están destinadas

2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz, Tesis para optar al título de Magister en Derecho, por la Universidad Nacional de Colombia, 2011.

esencialmente al resguardo de la vida de civiles no combatientes y a restringir los medios de guerra. Estamos ante un conflicto armado cuando se producen enfrentamientos entre el Estado y actores armados disidentes, siempre que éstos tengan un mando responsable, control territorial suficiente para realizar operaciones militares y velar por la aplicación de normas humanitarias²⁹⁸.

Para el mundo de las ciencias sociales las características centrales de un conflicto armado interno son la existencia de un grupo de combatientes organizados y armados, que se enfrentan al Estado en forma permanente dejando un número considerable de víctimas. Como tal, debe ser distinguido de las guerras internacionales, de las situaciones de violencia de delincuentes comunes, de insurrecciones fallidas y de irrupciones momentáneas de violencia²⁹⁹.

²⁹⁸ El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1977 son las normativas principales. La definición de conflicto armado interno la encontramos a propósito del ámbito de su aplicación material, en el artículo 1 del protocolo adicional: “1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen *en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*. 2. *El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados*”.

²⁹⁹ La Universidad de Michigan elabora el *Correlates of War Project*, y la Universidad de Uppsala y el *PRIO*, en Noruega, elaboran pautas para analizar cuándo estamos ante un conflicto armado interno. En síntesis refieren a los elementos indicados. Según el COW, para hablar de conflicto armado interno es preciso al menos mil muertos relacionados con el combate, de los cuales al menos un 5% fue ocasionado por el actor armado más débil. El segundo proyecto indica una cifra de al menos 25 muertos por año en enfrentamientos armados donde al menos uno de los actores sea el Estado. Si los muertos ascienden a 1000 al año el conflicto se llama guerra. Evidentemente estos estudios han sido criticados por muchas razones. Sin embargo, coincidimos en que es positivo que nos permiten una reflexión desde un ámbito diverso al Derecho. Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, “Existe o no conflicto armado en Colombia?”

<https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/EXISTE+O+NO+CONFLICTO+ARMADO+EN+COLOMBOA+-+Rodrigo+Uprimny.pdf> (visitado junio 2014)

El conflicto armado colombiano es el más longevo del mundo³⁰⁰: para algunos autores se inicia con el periodo que se ha denominado La Violencia (1946-1966)³⁰¹; en otros casos se identifica con el momento en que las Fuerzas Armadas y Revolucionarias (FARC-EP) se alzaron en armas (1964); y en otros con el día del asesinato de Luis Eliécer Gaitán (9 de abril de 1948)³⁰². Independientemente de la postura que se adopte, estamos ante más de medio siglo de conflicto, duración que por sí misma nos advierte de su gravedad. Además, ha ido mutando notablemente en sus causas, dinámicas y actores.

No obstante, un hilo común a todo el periodo tiene que ver con los problemas relativos a la distribución de la tierra; de hecho, la herencia colonial de distribución del territorio, que históricamente ha confrontado a terratenientes y campesino e indígenas despojados de sus tierras, se encuentra en la columna vertebral del conflicto³⁰³. Estamos ante una manifestación concreta y enrevesada de colonialismo, no solo como parte de la historia, del conflicto sino también como una explicación actual del mismo, pues el extractivismo es parte fundamental de su actual fisonomía.

³⁰⁰ VV.AA., *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*, Norma-Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Bogotá, 2006. Para una mirada menos jurídica y más global a la política colombiana puede verse OSPINA, WILLIAM, *Pa que se acabe la vaina*, Planeta, Bogotá, 2013; ROSAS, OLIVERIO, *Los ejércitos*, Tusquets, Barcelona, 2012; IBÁÑEZ, ANA MARÍA, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno a la pobreza*, Uniandes, Bogotá, 2009.

³⁰¹ “La Violencia” comprende el periodo transcurrido entre los años 1946 y 1966. Su punto más terrible fueron los años 1949 y 1953. Es un periodo especialmente intenso que afectó principalmente a las zonas rurales del país. Los análisis de las cantidades de muertos son sobrecogedores. Los más serios indican una escalada de asesinatos que asciende a los 200.000. El conflicto de fondo de esta etapa se ha vinculado con la lucha desde abajo en contra de las oligarquías de liberales y conservadores. HOBBSAWM, ERIC, “La Anatomía de «la violencia» en Colombia”, en *Rebeldes Primitivos, estudio sobre las formas arcaicas de los movimientos sociales en los siglos XIX y XX*, traducción de Joaquín Romero, Ariel, Barcelona, 1983, p. 263 y ss. FALS BORDA, ORLANDO, “La Violencia en Colombia”, en *Una sociología sentipensante para América Latina*, Siglo el Hombre-Clacso, Bogotá, 2009, p.137.

³⁰² Luis Eliécer Gaitán fue un político colombiano liberal que ejercía un gran liderazgo. Tras su muerte se produce el movimiento conocido como “Bogotazo”.

³⁰³ HOBBSAWM, ERIC, “La Anatomía de «la violencia» en Colombia”, en *Rebeldes Primitivos, estudio sobre las formas arcaicas de los movimientos sociales en los siglos XIX y XX*, traducción de Joaquín Romero Maura, Ariel, Barcelona, 1983, p. 263 y ss. FALS BORDA, ORLANDO, “La Violencia en Colombia”, en *Una sociología sentipensante para América Latina*, Siglo el hombre editores, Clacso, Bogotá, 2009. Tesis de la revolución social frustrada.

Respecto de los actores del conflicto armado, cabe señalar que ha habido diversos procesos de desmovilización que son estimulados desde el gobierno, tanto en su faceta individual como colectiva. Uno de los más importantes ha sido la desmovilización de M-19, la guerrilla que protagonizó la toma del Palacio de Justicia, uno de los capítulos más impactantes de la violencia del conflicto³⁰⁴. Los combatientes que aún siguen movilizados son las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), que se encuentran integrados en las negociaciones de paz, pese a que un cese al fuego total es uno de los cuestionamientos más críticos al tiempo que redactamos estas líneas. Otros actores del conflicto son los narcotraficantes y las diversas organizaciones de paramilitares, una de las más importantes es Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que supuestamente se ha desmovilizado desde el 2005³⁰⁵.

Estos tres actores –guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes– representan la señalada “trinidad hobbesiana” del conflicto colombiano; combaten y negocian entre ellos

³⁰⁴ La toma del Palacio de Justicia se produjo el 6 de noviembre de 1985. Un comando de 35 guerrilleros asaltó el palacio. El objetivo era que los magistrados juzgaran públicamente al presidente Belisario Betancur por incumplimiento de sus promesas para el logro de la paz. El M-19 creía que la presencia de los magistrados de aquella corte “incorruptible” impediría que la violencia no respetara la vida. Pero se equivocaban. Murieron once magistrados de la Corte Suprema, tres magistrados auxiliares, diecisiete auxiliares de los magistrados, dos abogados asistentes, tres conductores, dos guardias, el administrador del edificio, el ascensorista, seis soldados, dos visitantes, un transeúnte y treinta y cinco guerrilleros. El alto impacto público de estos sucesos se vio incrementado por la transmisión vía televisión y radio en vivo: fueron 28 horas de transmisión ininterrumpida. Cfr. LEMAITRE, JULIETA, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre editores, Bogotá 2009, p. 43 y ss. La responsabilidad estatal de los hechos ha sido reconocida por el Consejo de Estado, pero ello no ha ido de la mano de un enjuiciamiento por todos los hechos acaecidos con ocasión de la toma y retoma del palacio. Por ello recientemente se ha reconocido la responsabilidad del Estado en la comisión de delitos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial por el sistema regional de protección de los derechos humanos en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014) Caso Sentencia Rodríguez Vera y otros vs. Colombia (desaparecidos del Palacio de Justicia) 14 noviembre. Serie C No. 287.

³⁰⁵ “Luego de la supuesta desmovilización de la estructura del grupo Autodefensas Unidas de Colombia – AUC–, los grupos paramilitares continúan cometiendo crímenes y haciendo amenazas de muerte firmadas con nombres como “Águilas Negras”, “Los Paisas”, “Los Rastrojos”, “Los Urabeños”, “Autodefensas Gaitanistas de Colombia”, “Ejército Revolucionario Antisubversivo de Colombia-Erpac” y “Libertadores del Vichada”. Cfr. COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *IX Informe sobre desplazamiento forzado en Colombia periodo 2013-2014*, p. 23 y ss. Se ha informado que la presencia paramilitar se extiende a más de 400 municipios del país, Cfr. INDEPAZ, *VIII Informe sobre Grupos Narcoparamilitares*, agosto de 2013. Disponible en <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/08/Informe-VIII-Indepaz-final.pdf>. (visitado agosto 2015).

por las rentas del dinero producto del negocio de las drogas, cuestión que hace que se confundan entre unos y otros o que surjan categorías como narco paramilitarismo, narco política o parapolítica³⁰⁶.

Una de las manifestaciones que más nos interesan de las nuevas dinámicas del conflicto tiene que ver con el hecho de que las zonas en las que la captura del Estado es más intensa, son a su vez las zonas con más riqueza de bienes naturales. Esto conlleva la coincidencia entre los lugares en los que el conflicto armado es intenso, con los lugares en que el extractivismo también lo es. Por ello las violaciones a los derechos humanos, la fractura de identidades colectivas y del tejido social que se registran en dichas zonas son cada vez mayores. En definitiva, hablar de desplazamiento forzado en Colombia, actualmente, nos remite a esta dimensión: “la minería se desarrolla en los lugares donde hay condiciones de conflictividad y violencia inmanentes, hibridación que se relaciona con el conflicto, en el territorio entre seis modalidades de minería diferentes, desde las legales de gran escala, otra la ancestral y la artesanal, han surgido tres tipos nuevos: informal empresarial que no cumple ni satisface la normatividad y la abiertamente criminal en la que participan las bacrim, los grupos guerrilleros, incluso organizaciones criminales transnacionales como el cartel de Sinaloa y el de los zetas³⁰⁷”.

La relación entre desplazamiento y extractivismo ha sido advertida desde hace tiempo, incluso por la Corte Constitucional, en innumerables decisiones³⁰⁸. Un patrón de

³⁰⁶ VV.AA, *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, editado por Claudia López Hernández, Random House, Bogotá, 2010. En este libro precisamente se demuestra la vinculación de paramilitares con el parlamento, llegando a demostrar que hasta un 35 % del congreso era ocupado por paramilitares.

³⁰⁷ VARGAS, FERNANDO, “Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas”, en *Minería en Colombia. Derechos, política pública y gobernanza*, coordinado por Luis Jorge Garay, Contraloría General de la República, Bogotá 2013. pp. 57-82.

³⁰⁸ Una de ellas es uno de los autos más importantes del seguimiento de la sentencia T-025: “En este sentido ha de resaltarse que múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores

sospecha que viene cimentándose desde el auto 008 de 2009, en el que se indica: “el desplazamiento forzado de colectividades rurales y las violaciones a derechos humanos sería una estrategia compleja de anulación de las subjetividades heterodoxas y alteridades disidentes o no coincidentes con el modelo de desarrollo imperante u ortodoxo³⁰⁹”.

Finalmente, la minería como causante del desplazamiento forzado es un tema complejo y enciende discusiones fundamentales. De hecho, para algunos la minería y sus consecuencias que generan el desplazamiento es parte del *Estado de Cosas de Inconstitucionalidad* que veremos más adelante.

2. La Corte Constitucional Colombiana

Paralelamente a este desolador panorama, el constitucionalismo colombiano se fue instituyendo en un referente a nivel mundial. Sus sentencias sobre los límites a la declaración de estado de sitio son paradigmáticas: en estricto rigor, Colombia pasó de vivir en un estado de excepcionalidad permanente a una utilización mucho más restrictiva, gracias al control abstracto de constitucionalidad de la Corte³¹⁰.

armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades. Según se denuncia –y se reseña más adelante en el anexo–, aparentemente algunos actores económicos se han aliado con los actores armados irregulares para generar, dentro de las comunidades indígenas, actos de violencia que eliminen o desplacen a los indígenas de sus territorios ancestrales, despejando así el camino para la implementación de estos proyectos productivos. Ello se deriva, esencialmente, de la existencia de intereses comerciales extensivos en los recursos naturales de sus territorios. *En algunos lugares del país es claro que se han vinculado los actores del conflicto armado con intereses económicos, vinculación que es una de las principales causas de desplazamiento forzado...*” Cfr. Auto de Seguimiento 004-2009, Sentencia T-025-2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, párrafo 2.3.2.

³⁰⁹ VARGAS, FERNANDO, “Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas”, en *Minería en Colombia. Derechos, política pública y gobernanza*, coordinado por Luis Jorge Garay, Contraloría General de la República, Bogotá, 2013, p. 65.

³¹⁰ Sobre el estado de Sitio (expresión usada por la constitución de 1986) o estado de excepción (expresión utilizada por la constitución de 1991), cabe destacar que de los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de 30 años bajo estado de sitio, con la restricción de libertades y derechos que ello conlleva, además de una legislación sin legitimidad democrática basada en la

La emblemática sentencia que despenalizó el consumo de pequeñas dosis permite dar cuenta del lugar que ha tenido el mejor liberalismo en sus argumentaciones³¹¹. Incluso en un tema de tantos disensos como lo es la muerte digna, la Corte, con aguda argumentación, declaró inconstitucional el delito de homicidio por piedad o eutanásico, estableciendo como requisito que se trate de enfermos terminales y que debe ser un médico el que realice la práctica. Esta decisión se ha reiterado en el tiempo y además ha motivado que el

fuerza de la ley de facto emanada del ejecutivo. Cfr. GARCÍA, MAURICIO, *Eficacia simbólica del derecho*, Penguin Random, Bogotá, 2014, p. 141 y ss. Desde la promulgación de la constitución del 1991 la situación cambió por las nuevas restricciones que prescribe y también por el desarrollo jurisprudencial de la acción de inconstitucionalidad. La innovación más importante vino de la mano del control sustancial del decreto presidencial, es decir, al control formal se incluyó un control de fondo. La primera sentencia importante en este tema es la C-004 de 1992, solo el inicio del control material, con más impacto retórico que otra cosa. El periodo más interesante de restricción de la excepcionalidad a partir del control abstracto, con el desarrollo de la tesis del control material –ya no solo a nivel retórico– vino, por ejemplo, con la sentencia C-300-1994, que declaró inexecutable el Decreto 874 de mayo 1 de 1994, relativo al estado de conmoción interior, o la sentencia C-466-1995, que declaró inexecutable el Decreto 1370 de 1995. Cfr. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO Y UPRIMNY, RODRIGO, *Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia, una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*, Documentos de discusión Dejusticia, Bogotá, 2005.

³¹¹ No referimos a la paradigmática sentencia C-221-1994. El magistrado ponente fue Carlos Gaviria, declarando la inaplicabilidad de los artículos de la Ley 30 de 1986 que establecía como delito el porte o uso de dosis mínima de droga permitida. Entre sus argumentos destacamos el desarrollo que realiza del derecho al *libre desarrollo de la personalidad*: “La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales”. Asimismo, un análisis crítico del *peligrosismo penal*: “a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Solo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles”. Esta sentencia ha intentado ser dejada sin efecto en múltiples ocasiones. Sin embargo ha sobrellevado de buena forma los diversos ataques jurídicos, el principal obstáculo se relaciona con el cambio cultural que se tiene que dar para que sea realmente eficaz, sobre todo en lo que se refiere al actuar de la policía. Cfr. GUZMÁN, DIANA, PARRA, JORGE Y BERNAL CAROLINA, “Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia”, *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, Editado por CIDE y WOLA, México, 2014, p. 84 y ss.

Ministerio de salud emita un protocolo destinado a desarrollar las políticas públicas que posibiliten la eficacia del derecho³¹².

La despenalización parcial del aborto también tiene su origen en el trabajo de la Corte constitucional con su sentencia C-335-2006. Además, un conjunto de sentencias constituyen la normatividad que propende a generar políticas que permitan la efectividad del derecho a interrumpir el embarazo en Colombia (IVE)³¹³. Por otra parte, no son pocas las personas que consideran que el trabajo más exitoso de la Corte lo encontramos en sus diversas decisiones que han contribuido a la igualdad de derechos del colectivo de lesbianas, gay, bisexuales y transexuales. Estas intervenciones de la Corte han recorrido

³¹² La sentencia C-239-1997 declaró la inconstitucionalidad del artículo 366 del código penal que regulaba el homicidio por piedad: “la Constitución no solo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. La Carta no es neutra frente al valor vida sino *que* es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales. Solo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana. Y si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos, que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que solo a ellos les atañen”. Posteriormente, se dictó la T-970-14, en la que además de reiterar la doctrina de la sentencia anterior y profundizarla, se exhorta al parlamento y al Ministerio de Salud para regular la eficacia generalizada del derecho. Ella originó la resolución 1216, de abril del año 2015, en la que el Ministerio de salud emite directrices para la organización y funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad.

³¹³ La sentencia es la C-335-2006. La despenalización comprende tres causas: peligro para la vida o la salud de la mujer gestante, malformación del feto que haga inviable la vida extrauterina, o embarazo es resultado de una conducta delictiva como, por ejemplo, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. En cuanto a la otras sentencias de la Corte que se refieren al aborto y que son esenciales para la eficacia del derecho de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, destacan las sentencias de tutela T-988 de 2007, T-946 y T-209 de 2008, T-388 y T-009 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-627 de 2012. Esta situación comprende una evidente dispersión normativa a la que se le busca poner fin a través de diversas vías. Sobre esto Cfr. DALEN, ANNIKA, CHAPARRO, NINA, *No interrumpir el derecho. Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE*, Documentos de trabajo Dejusticia, N°19, Bogotá 2015; JARAMILLO, ISABEL Y ALFONSO, TATIANA. *Mujeres, Cortes y Medios: La Reforma Judicial del Aborto*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

diversos tópicos de las reivindicaciones del colectivo LGTBI, desde derechos de salud, de afiliación a previsión social, regímenes patrimoniales, herencias y matrimonio³¹⁴.

No podemos dejar de mencionar las sentencias sobre sobre deliberación democrática. Las más emblemáticas han anulado leyes y reformas constitucionales por haber prescindido del debate público. En un punto también muy alto de sus trabajos específico sobre democracia destaca la sentencia que impidió la reelección de Álvaro Uribe³¹⁵. Desde un ámbito más controvertido aún, conviene resaltar las decisiones sobre derechos sociales: pese a todos los obstáculos que éstos han tenido en su desarrollo jurisprudencial, es la labor de Cortes como la de Colombia las que han permitido desarrollar la doctrina más relevante al respecto³¹⁶. Finalmente, no podemos dejar de mencionar las sentencias referidas a la minería

³¹⁴ Se ha reconocido el derecho a pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo en la tutela T-935-2014, el derecho a herencia de compañeros permanentes del mismo sexo con la sentencia C-238-2012, el derecho de alimento entre compañeros en la sentencia C-798-2008. Se ha prohibido la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en los colegios en la sentencia T-478-2015 y se ha protegido las diversas orientaciones sexuales e identidades de género en los manuales y libros escolares en la sentencia T-565-2013. En el ámbito de la adopción destacan las sentencias C-683-2015 que reconoce el derecho de las parejas de un mismo sexo a adoptar. En cuanto al matrimonio igualitario encontramos la sentencia C-577-2011 y la sentencia SU-214-2016. Véase VV.AA., *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, coordinado por Mauricio Albarracín y César Rodríguez, Uniandes, Bogotá, 2011.

³¹⁵ Efectivamente la Corte ha resaltado la importancia de la deliberación democrática en algunas sentencias que han anulado leyes y dos reformas constitucionales por haberse aprobado sin debate parlamentario. C-760-2001, C-668-2004 y C-816-2004. En este ámbito también se destaca la famosa sentencia de inconstitucionalidad de la ley sobre referendo destinado a la reelección de Álvaro Uribe. C-141-2010.

GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, “Recepción de los postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional, análisis crítico a partir del tribunal colombiano”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 8 Noviembre 2007.

³¹⁶ En el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales destaca el proceso de la sentencia T-760-2008, sobre derecho a la salud y las causas estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud que lo vulneran. Es una síntesis de dieciséis años de activismo judicial en la materia. No se declara el estado de cosas de inconstitucionalidad pero la argumentación que realiza no escatima en indicar las causas estructurales del conflicto. Por otra parte, esta sentencia es importante en cuanto deja atrás la teoría de la *conexidad de derechos* que se encontraba fuertemente incorporada en la jurisprudencia y pasa a desarrollar la teoría del derecho a la salud como *derecho autónomo*, exigible sin necesidad de probar la conexión con un derecho civil. El magistrado ponente fue Manuel José Cepeda. Véase: PARRA, OSCAR, *La protección judicial de las dimensiones prestacionales del derecho a la salud: tipos de norma y estándares y formas de activismo judicial*, tesis de maestría en derecho aprobada por la Universidad Nacional de Colombia. SAFFON, MARÍA PAULA, GARCÍA-VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, pp. 75-107. Respecto a las diversas objeciones que se han realizado a los derechos sociales y su desarrollo jurisprudencial, véase el texto

que ponen límites a los proyectos extractivistas que, al igual que en toda Latinoamérica, comprometen la vulneración de múltiples derechos fundamentales³¹⁷.

Por todo lo indicado no debería de sorprender que las publicaciones de importantes revistas internacionales sobre derecho constitucional y de derechos humanos hagan referencia al trabajo de la Corte Constitucional colombiana. De hecho, al cumplirse veinte años de actividad de la Corte, se reunieron en Bogotá destacados juristas latinoamericanos junto a: Robert Alexy, Jon Elster, Vicki Jackson, Mark Tushnet y Marc Guillaume, con cartas de saludo de Habermas para celebrar y analizar la erudición y compromiso del trabajo desarrollado en Colombia³¹⁸.

Como se ha indicado, estamos ante una de las paradojas más importantes a la que se enfrentan los investigadores que sienten admiración por el progresismo jurídico de Colombia y en general con el rol que las Cortes y el Derecho pueden tener en contextos de gran conflictividad social: la relación entre Derecho y la barbarie; ¿cómo es posible que el constitucionalismo de Colombia conviva con el conflicto armado³¹⁹?

de: COURTIS CHRISTIAN, ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

³¹⁷ Sentencia T-123-2014 y C-035-2016 por la que se declara inconstitucional del plan de desarrollo que podría afectar los Paramos. C-366-201, indicando que las comunidades indígenas y afrodescendientes tenían derecho a una consulta previa, libre e informada con respecto a cualquier legislación que pudiera afectar a sus derechos. BONILLA, DANIEL, *La constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006

³¹⁸ El programa del evento citado puede consultarse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/viiencuentro/PROGRAMA.pdf> (Visitado 20 junio 2015) El registro de las ponencias presentadas en esta emblemática oportunidad se encuentra en: VV.AA., *Diálogos constitucionales con el mundo*, editado por Juan Carlos Henao Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

³¹⁹ “Durante la década de los ochentas, cuatro candidatos presidenciales fueron asesinados, (Jaime Pardo Leal en 1987, Luis Carlos Galán en 1989 y a Bernardo Jaramillo y Carlos Pizarro en 1990) los grupos paramilitares comenzaron a perpetrar masacres como estrategia de terror, los narcotraficantes hacían detonar bombas en los centros urbanos, y los grupos guerrilleros persistían en sus ataques. Y a todo esto se sumaban las violaciones a los derechos humanos cometidas por el uso y abuso del estado de excepción que constituyó el mecanismo ordinario de actuación del Estado. La imagen del Palacio de Justicia en llamas luego de su toma en 1985 por parte del grupo guerrillero M-19, y de la desproporcionada reacción del Estado encauzada por los militares” Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO, SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARÍA, “Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después” *Cahiers des Amériques latines*, N°71, 2014.

Esta tensión, que es parte de Colombia, marcó la génesis de la constitución de 1991 y el trabajo de la Corte catalizaba la esperanza de los y las colombianas. Destacamos a los y las estudiantes por el rol protagónico que tuvieron en el proceso constituyente a través del movimiento que se popularizó como *La Séptima Papeleta*, que reunía a estudiantes de universidades públicas y privadas, medios de comunicación y distintos políticos que forzaron a que en las elecciones de marzo de 1990 se incorporara un voto extra oficial, que con el tiempo comenzó a ser conocido como la séptima papeleta, que convocaba a asamblea constituyente: “se pensaba, se decía que era un «nuevo pacto social» que inauguraría una etapa de paz basada en el respeto de los derechos humanos³²⁰”. Cuántas papeletas se depositaron efectivamente ese día es una cuestión que no se sabe con exactitud, porque no se contabilizaron oficialmente, pero fueron lo suficientes como para instalar la necesidad de un proceso constituyente para Colombia. El llamado a asamblea constituyente se realizó unos meses después y ganó por amplia mayoría³²¹.

El optimismo que impulsó el texto del 91 y los primeros años de trabajo de la Corte han llevado a calificar al proceso como contrahegemónico: “de esta manera, poco a poco, se ha dado una especie de alianza contra-hegemónica tácita entre la Corte Constitucional –o por lo menos entre algunos magistrados de la Corte Constitucional– y ciertos sectores sociales excluidos o atropellados, para desarrollar los valores emancipatorios consagrados en la carta de 1991³²²”. Es decir, estamos ante uno de los casos insignes de constitucionalismo

³²⁰ LEMAITRE, JULIETA, *El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, citado, p. 103.

³²¹ El llamado a asamblea constituyente propiamente tal se produce a través de la dictación del decreto 927, en pleno estado de sitio, y se ordenaba contar los votos a favor y en contra de la asamblea constituyente en mayo de 1990, en elecciones presidenciales. El 88% del electorado votó por el sí. Cfr. LEMAITRE, JULIETA, *El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, citado, p. 114.

³²² UPRIMNY, RODRIGO Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004; p. 478.

aspiracional que caracteriza al constitucionalismo latinoamericano, según vimos en el primer capítulo de esta investigación³²³.

Incluso hoy, personas conscientes de las contradicciones y tensiones que subyacen al texto constitucional y de los múltiples obstáculos para su eficacia que los años han ido poniendo de manifiesto, sostienen con convicción que el proceso para llegar a la constitución de 1991 fue transformador. Se basan en la idea de que, aun cuando no se ha logrado superar el conflicto armado, *podría haber sido peor*: “esta fe en la constitución se funda en un postulado imposible de probar: que sin la constitución de 91, todo hubiera sido peor. Pero también es una fe que, como argumento en el transcurso de este libro se finca no en una apreciación pragmática de los logros concretos de la constitución –logros que sin duda existen–, sino se funda en un rechazo visceral al dolor de aquellos años, a la desesperanza y, sobre todo, en la necesidad profunda de darle sentido a ese mar de violencia y caos de finales de los años ochenta³²⁴”.

Pero además del proceso histórico que se atravesaba, este optimismo puede venir impulsado por el propio contenido de la constitución de 1991. Para empezar, su catálogo de derechos fundamentales incluye un abultado grupo de derechos sociales, cuestión que en estos tiempos nos parece normal, dada la fase actual del constitucionalismo, pero en ese entonces era una auténtica novedad. También destaca un sistema de frenos y contrapesos enriquecido y complejizado por un control de constitucionalidad intenso, así como diversas vías de participación democrática que propenden a dar una nueva fisonomía al Estado

³²³ SAFFON, MARÍA PAULA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, citado, p. 81; GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “El derecho como esperanza”, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, citado; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el estado en América Latina*, Instituto de Derecho y Sociedad, Lima, 2010.

³²⁴ LEMAITRE, JULIETA, El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales, citado, p 119.

colombiano, comprometiéndolo con el modelo de Estado social y con el reconocimiento de derechos indígenas en clave multicultural³²⁵.

El control de constitucionalidad se produjo a través del establecimiento de una Corte Constitucional³²⁶ y dos instrumentos jurídicos centrales de la cultura jurídica colombiana: una acción de inconstitucionalidad y la acción de tutela, caracterizadas porque las puede interponer cualquier persona, sin abogado, y ante cualquier juez (la tutela). Todas las sentencias de tutela que emiten otros tribunales pasan a la Corte, para un proceso de revisión. Además cualquier juez puede inaplicar una norma cuando considere que la norma contraviene la constitución³²⁷. A su vez, la Corte Constitucional tiene la facultad de anular decisiones de otros jueces por razones de inconstitucionalidad³²⁸.

³²⁵ YRIGOYEN, RAQUEL, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, citado, p. 143 y ss.

³²⁶ Colombia, además de la Corte Constitucional, tiene una Corte Suprema (con funciones de casación) y un Consejo de Estado (máximo tribunal contencioso administrativo) lo que parece responder a la recepción de una Corte de características austriacas y de un Consejo de origen francés. La Corte Constitucional se integra por jueces que duran ocho años en sus funciones y que son nombrados por el Senado de ternas que elevan al Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado. La Corte Suprema y el Consejo de Estado, por su parte, también se integran con jueces que duran ocho años en sus funciones, que son seleccionados por los propios cuerpos que integran, pero de ternas que eleva un organismo de preselección que se llama “Consejo de la Magistratura”, integrado por dos representantes de la Corte Suprema, uno de la Corte Constitucional y tres del Consejo de Estado. El Consejo de la Magistratura tiene un comité disciplinario, compuesto por siete magistrados nombrados por ocho años, por el Congreso, de ternas que le eleva el ejecutivo. Así, se configura un complejo sistema de equilibrios de poder intrincado, pero que buscaba apartarse de modelos menos proclives a una real independencia externa e interna de la judicatura. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 157.

³²⁷ Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO, SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARÍA, “Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después”, citado, p.35. La Corte Constitucional colombiana está compuesta por nueve magistrados. Trabaja en salas y en pleno. En salas a propósito de los procesos de tutela (que se identifican por su letra “T”). En pleno trabaja para emitir sentencias de control abstracto de las leyes (que se identifican por la letra “C”) y también para unificar doctrina relativa a procesos de tutela (se identifican con las letras “SU”). La sala de selección se decide por sorteo semanal, se compone por tres magistrados. Para seleccionar una tutela para su revisión por la Corte deben estar de acuerdo a lo menos dos magistrados. Un comunicado del actual presidente de la Corte Constitucional colombiana nos ilustra en torno a que: “Mediante este procedimiento se examinan mensualmente un promedio de 40.000 expedientes de tutela de todo el país –se radican 2.000 diarios–. De este total, solo se selecciona para revisión aproximadamente 60 tutelas al mes. En este proceso, participan cerca de 80 funcionarios de distintos niveles de la Corte Constitucional.” Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php>. (visitado, junio 2013).

³²⁸ Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia: “1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución,

Sin duda que todas estas previsiones institucionales tienen una trascendencia democratizadora y son un factor relevante para comprender el progresismo de la Corte. A continuación buscamos exponer algunas de las explicaciones sobre las causas del fenómeno constitucional colombiano. En primer lugar, un factor político de fondo es la relativa independencia de la Corte, en un país cuyas fuerzas políticas se encuentran profundamente fragmentadas, cuestión que es propia del conflicto armado, y que impide que las tendencias opositoras al trabajo de la Corte reúnan la intensidad necesaria para desactivar su trabajo. Sin perjuicio de ello, las intenciones de intervenir a la Corte, sobre todo a través del nombramiento de magistrados conservadores, es una amenaza que ha tenido más de un buen resultado³²⁹.

En segundo lugar, se ha destacado que estas acciones –tutela desprovista formalidades– no son novedosas en su cultura jurídica, por lo que el trayecto hacia su

cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación; 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación; 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación; 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución; 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.; 11. Darse su propio reglamento. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

³²⁹ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Penguin Random House, Bogotá, 2014.

eficacia no fue una lucha por conquistar. Dos datos elocuentes son que desde 1910 existen en Colombia acciones populares con efectos generales y desde la misma fecha existe una acción pública accesible y libre de formalidades, por la que cualquier ciudadano puede pedir la declaración de inconstitucionalidad³³⁰.

Otra explicación es la formación profesional de los magistrados, pues la mayoría de los magistrados que han emitido las sentencias más representativas del activismo progresista suelen tener una trayectoria académica de excelencia. Ésta por si misma no es causal de progresismo, pero cuando es experimentada por personas leales al mejor liberalismo, la formación de excelencia permite desplegar un trabajo que se defiende con argumentos. Es una perspectiva realista para comprender el trabajo de la Corte, al punto de que según algunos la alta formación académica de magistrados progresistas se constituye en un factor determinante del mejor contenido de sus resoluciones: “hubiera bastado que uno de los magistrados progresistas no hubiera resultado electo, y muy probablemente algunas líneas jurisprudenciales de la Corte no habrían existido. Igualmente, en otros momentos, algunas tentativas de supresión de competencias muy importantes de la Corte estuvieron a punto de triunfar; pero, hasta ahora, este tribunal ha logrado preservar sus competencias y un activismo progresista³³¹”.

En cuarto lugar, el activismo en derechos humanos, articulado desde la sociedad civil, impulsa y sostiene la fuerza de los casos. El trabajo de organizaciones como *Colombia*

³³⁰ LONDOÑO TORO, BEATRIZ, Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación, en *Revista de Estudios socio-jurídicos*, N°2, 1999, p. 106.

³³¹ UPRIMNY, RODRIGO Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 478. En el análisis de Charles Epp, este también sería uno de factores relevantes de “la revolución de los derechos” pero, como veremos, subordinado en importancia a las *estructuras de sostén*. Cfr. EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, citado, p. 22.

Diversa, Dejusticia, el *Colectivo de Abogado José Alvear Restrepo*, la *Comisión Colombiana de Juristas*, *Afrodes*, *Women's Link Worldwide*, *Codhes*, *Sisma*, entre otras, es parte fundamental de la historia de los casos y no solo por el impulso a interponer las acciones constitucionales que permiten que los casos ingresen al sistema judicial, sino además por la labor de apoyo que hacen a su substanciación, a través de la figura del *amicus curie*, participando en audiencias públicas, en las instancias técnicas para la construcción de alternativas jurídicas y generando múltiples estrategias para incidir en los medios de comunicación y en los diversos espacios de poder, conforme a los estándares del litigio estratégico de los que hemos hablado en el primer capítulo.

La reciente aprobación del matrimonio igualitario en Colombia nos aporta una excelente imagen de lo anterior. Específicamente en julio del año 2015 se celebró una audiencia pública que representa en forma bastante adecuada el tipo de trabajo que la sociedad civil desempeña para mantener el perfil progresista de la Corte. La ocasión reunió expertos a nivel mundial y nacional que desarrollaron sus argumentos para apoyar la histórica decisión, se transmitió en vivo y tuvo amplia cobertura en los medios de prensa³³².

³³² En la ocasión expusieron representantes de las organizaciones nacionales: *Colombia Diversa, Dejusticia, Marido y Mujer* y *Alliance Defending Freedom*. Así como el representante del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Colombia, el Consejero Presidencial para los Derechos Humanos, los Ministros del Interior y de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Fiscal Nacional, la Viceprocuradora General de la Nación. En el ámbito académico internacional destacó la exposición del Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, de la Vicedecana de los programas de posgrado de Georgetown University Law Nan Hunter, de la Directora Académica del Proyecto de Litigio de Alto Impacto de la American University Macarena Saez, del Profesor de derechos humanos del King's College of London Robert Wintemute, el experto brasileño en Derecho Constitucional Comparado sobre matrimonio igualitario en Brasil, Estados Unidos y Sudáfrica Thiago Amparo. Los expertos colombianos Diego López Medina, Esteban Restrepo, Angélica Lozano, Aroldo Quiroz, Ilyvia Myriam Hoyos Castañeda, Mauricio Noguera. También expusieron representantes de las Universidades Nacionales de los Andes, Sergio Arboleda, Javeriana, Libre, de la Sabana, Externado y del Rosario. Y se emitieron ciertos videos de diversos magistrados y académicos de las universidades más prestigiosas del mundo. La sesión duró más de siete horas. El auto de convocatoria a la emblemática sesión puede consultarse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/AUTO%20AUDIENCIA%2010.pdf> (consultada septiembre 2015)

Mauricio Albarracín ha señalado que la audiencia comprende un ejemplo de democracia deliberativa, nosotros consideramos que también es un gran ejemplo de cómo se puede desarrollar un litigio estratégico, poniendo lo mejor de la academia a su disposición.

Para finalizar, resulta central exponer algunas críticas que la Constitución y el activismo de la Corte han generado. Entre ellas encontramos la que denuncia una carencia democrática en el origen de la constitución debido a la exclusión de las Farc del proceso de deliberación, cuestión que implicó restar a un sector central de la disidencia política y con ello la elitización del proceso, al respecto una de las voces más críticas es la de Mejía Quintana: “la Constitución del 91 se convirtió en un recurso ideológico de las elites para justificar un nuevo esquema de dominación que ofrecía, en lugar de la paz, una democracia participativa sin la participación de los actores disidentes y un estado social sin los sectores sociales que reclamaban la inclusión³³³”. Además, se le critica la falta de refrendación ciudadana y, lo que hoy es más evidente, su incapacidad para poner fin al conflicto armado.

Por otra parte, se denuncia la contradicción entre el proyecto de Estado mínimo que ha marcado la economía de Colombia en las últimas décadas y el texto constitucional. Por una parte la norma jurídica de la más alta jerarquía ha tenido que convivir con una serie de leyes económicas de corte neoliberal que entran en tensión con la dimensión social del texto constitucional, generando una crisis de representatividad y dejando a la Corte prácticamente sola defendiendo la propuesta política de la constitución³³⁴. Recordemos que hemos identificado esta situación como un problema generalizado del constitucionalismo y que y

³³³ MEJÍA QUINTANA, OSCAR, “A dos décadas de la Constitución Política de 1991”, en *Araucaria; Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N°29, 2013, p. 101; “La Constitución de 1991 como proyecto inacabado”, en *Revista El Otro Derecho*, ILSA, Bogotá, 2002, pp. 147 y ss.; “Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia”. en *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, compilado por Guillermo Hoyos Vásquez, Clacso, Buenos Aires. 2007, pp. 75 y ss.

³³⁴ SAFFON, MARÍA PAULA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Socio Jurídica*, Bogotá, enero-junio 2011, p. 81.

que, como explica Pisarello, ha conllevado un desplazamiento del principio democrático por parte del principio oligárquico³³⁵.

Finalmente, conviene reiterar que los enemigos de la Corte tienen un gran poder y las posibilidades de cooptarla siempre han latido como amenaza: “se ha movido al filo de la navaja, ya que ese progresismo explica también la crítica acérrima de otros sectores, en general ligados a los grupos empresariales o al gobierno que atacan la jurisprudencia de la corte que consideran populista e ingenua³³⁶”. Los deseos de cooptarla tienen en el último tiempo algunos triunfos evidentes, pues algunos escándalos de corrupción han logrado perjudicar su prestigio. La inestabilidad institucional del Estado la sitúan como eterna candidata a reformas institucionales favorables a los intereses conservadoras y de las élites económicas que, aunque aún no se logran estructurar, son una amenaza permanente³³⁷.

Con todo lo anteriormente indicado, la sentencia que analizaremos –T-025-2004– sobre desplazamiento forzado es parte del mejor trabajo de la Corte y se enmarca dentro de sus aportaciones centrales a la defensa de los derechos humanos.

³³⁵ PISARELLO, GERARDO, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, citado, p. 160.

³³⁶ UPRIMNY, RODRIGO Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, citado, p. 476.

³³⁷ Me refiero a los escándalos de corrupción protagonizados por los magistrados Jorge Pretelt y los ex magistrados Rodrigo Escobar y Alberto Rojas. Al primero se le acusa de haber recibido importantes sumas de dinero, como tráfico de influencias, para que emitiera un voto determinado en una millonaria tutela en la que era parte la empresa Fidupetrol. La discusión pública que ha rodeado este hecho noticioso es un buen indicador de las tensiones que genera en las esferas de poder colombianas el rol político que ha desempeñado la Corte, en el sentido de ser una instancia clave y fundamental para la defensa de los derechos humanos en el país. Para consultar el desarrollo noticioso de estos hechos recomendamos la cobertura que realizó el medio digital *La Silla Vacía*.

3. La tragedia humana del desplazamiento forzado

Según la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados, 2014 fue el año en el que más personas víctimas de desplazamientos forzados se han contado en el mundo (59,5 millones de personas) a consecuencia de los diversos conflictos y guerras existentes. Al tiempo en que se emitía dicho informe, el Alto Comisionado para los refugiados indicaba que “estamos siendo testigos de un cambio paradigmático, una caída descontrolada hacia una era en la que la dimensión del desplazamiento forzado, así como la respuesta necesaria, ahora eclipsa totalmente cuanto habíamos visto hasta ahora”; y a través de diversos estudios visibilizaba una abismal insuficiencia de respuesta humanitaria³³⁸.

Estudios recientes de la Unidad de Víctimas de Colombia, demuestran que en los últimos treinta años ha habido 6,8 millones de víctimas, de las cuales el 86 % son desplazados forzados y el 14 % son víctimas de amenazas, desaparición forzada, violencia sexual, entre otros³³⁹. En reiteradas ocasiones las organizaciones de derechos humanos han señalado que las cifras del gobierno comprenden una subestimación, cuestión que se debe a

³³⁸ ACNUR, *Tendencias Globales, Desplazamiento Forzado en el mundo año 2014*, http://acnur.es/portada/slider_destacados/img/PDF_180615093507.pdf (último acceso julio 2015)

³³⁹ La Unidad de Víctimas de Colombia se creó el año 2011 por mandato de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Esta unidad lleva un registro actualizado y con distintos enfoques diferenciales en atención a los hechos victimizantes y víctimas del conflicto armado: <http://rni.unidadvictimas.gov.co>
Hasta antes del Registro Único existía una gran dificultad para determinar la cantidad de personas víctimas. Algunos permitían una idea importante de ello: 1) Sistema Único de Registro (SUR) El problema es que solo contabilizaba a los desplazados a causa del conflicto armado interno y solo registraba previo relato de los afectados por los hechos, pero resulta que algunas víctimas sienten temor de denunciar la situación en la que se encuentran. Para entender este temor debemos comprender que cada cierto tiempo mueren por asesinato líderes de personas en situación de desplazamiento y las amenazas son parte de las tempestades que viven normalmente. 2) Codhes, por su parte, también lleva un registro e incluye los éxodos ocasionados por otros factores (menos los ocasionados por desastres naturales). 3) Otro registro es el RUT, administrado por la Conferencia Episcopal de Colombia, pero su problema es que solo registraba a las familias que fueron atendidas por la iglesia católica. Cfr. SÁNCHEZ MOJICA, BEATRIZ, *El estatuto constitucional del desplazamiento interno en Colombia*. Tesis doctoral dirigida por los doctores Pablo Pérez Tremps y Luís Peral Fernández para el doctorado en Derecho: programa derechos fundamentales, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, p. 36 y ss.

la falta de registro histórico³⁴⁰. Estamos ante una tragedia humanitaria enorme, que se desarrolla en medio de un conflicto armado, por lo que aproximarnos a ella nos resulta fundamental para poder analizar críticamente la sentencia que comentaremos.

En el origen del desplazamiento forzado se entrecruzan los problemas políticos, sociales y económicos de la realidad sociopolítica colombiana; es una causa de ella: “ha sido arma empleada por todos los contendientes en el conflicto armado, instrumento al que han recurrido los latifundistas para ampliar sus dominios, estrategias de excepción empleada por el Estado para garantizar la supervivencia de comunidades amenazadas a las que resultaba imposible garantizar la seguridad en el lugar de origen, y medio para el desarrollo de proyectos de infraestructura tales como represas, carreteras e hidroeléctricas. Al mismo tiempo se ha convertido en una consecuencia indirecta de las acciones de lucha estatal contra los cultivos de sustancias alucinógenas, así como de los enfrentamientos armados que se desarrollan en el marco del conflicto interno³⁴¹”.

Las víctimas de desplazamiento forzado sufren una serie de graves vulneraciones a sus derechos fundamentales, que comienzan con los hechos que originan la migración forzada, que suelen estar asociados con masacres, amenazas directas, amenazas indirectas, asesinato de familiares, de amigos, reclutamiento forzado y obviamente el hecho de la migración misma. Los desplazados son personas que luchan por la vida. Pese a haber perdido todo lo material, sus más importantes lazos sociales, afectivos, su cotidianidad y

³⁴⁰ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *IX Informe sobre desplazamiento forzado Periodo 2013-2014*, diciembre 2014, p. 15 y ss. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Auto de seguimiento 009-2009 sobre falencias de los sistemas de registro caracterización de la población desplazada. Vid. También COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/VII Doc.49/13, diciembre 2013, p. 221 y ss. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

³⁴¹ SÁNCHEZ MOJICA, BEATRIZ VERÓNICA, *El estatuto constitucional del desplazamiento interno en Colombia*. Tesis doctoral dirigida por los doctores Pablo Pérez Tremps y Luís Peral Fernández para el doctorado en Derecho: programa derechos fundamentales, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, p. 25.

haber sido víctima de los más graves sufrimientos, siguen vivos y en la precariedad absoluta de un sobreviviente comienza una vida de inseguridad alimentaria, ausencia de vivienda, de salud, problemas a nivel emocional, físico, psicológico y un desarraigo social absoluto. Cabe destacar que las principales víctimas de desplazamiento forzado en Colombia son indígenas y afrodescendientes y la persistencia del desplazamiento aumenta el riesgo de extinción de algunas etnias³⁴².

La definición de desplazamiento forzado, tanto en sede internacional como nacional, ha estado cargada de tensiones. Una de las principales ha venido dada por las causas que lo originan, pues existe una tendencia a considerar como desplazados a quienes lo son como consecuencia de conflicto armado y no por otras razones, como las ambientales que hoy por hoy son muy relevantes. En los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*³⁴³, elaborados por Naciones Unidas, se señala: “a los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto

³⁴² “Al igual que lo ocurrido en años anteriores, entre las víctimas del desplazamiento se encuentran numerosos miembros de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Al respecto, la CMSL reportó al menos 104 eventos de desplazamiento masivo ocurridos en 2013, que comprenden cerca de 38.788 personas. En el 71% de los hechos resultaron afectados miembros de los grupos étnicos (27.765): 18.501 miembros de comunidades afrodescendientes (47,7%) y 9.264 miembros de pueblos indígenas (23,9%)” Cfr. COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *IX Informe sobre desplazamiento forzado periodo 2013-2014*, diciembre 2014, p.7.

³⁴³ En el derecho internacional surgió la preocupación por el desplazamiento forzado, de la mano del interés por evitar que los éxodos forzados se convirtiesen en éxodos transnacionales, lo que conllevaría a que las víctimas se transformasen en refugiados, con derechos de tal. Por ello el derecho a no ser desplazado forzosamente surge, primeramente, en el derecho internacional humanitario –artículo 49, 4ª Convención de Ginebra y artículo 17 de su segundo protocolo adicional–. También existe consagración en el artículo 16 del convenio 169 de la OIT. En ambos casos la determinación del contenido del derecho es compleja, pues lo eclipsa el siempre complejo principio de proporcionalidad que rige en el ámbito del derecho humanitario. También se encuentra regulado –el derecho a no ser desplazado forzosamente– implícitamente en los derechos a la libertad de movimiento, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la propiedad contra las injerencias en el propio domicilio. Siempre su regulación ha tenido un carácter relativo, en la medida que el traslado resulta preceptivo al ser una vía para garantizar la vida, en caso de conflicto armado o desastre. La ONU, por su parte, ha tenido dos líneas de acción: la *ampliación del mandato de ACNUR* (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) para asistir a la población en riesgo de convertirse en refugiado (asistencia material para impedir que traspasen las fronteras) y la Creación del *Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Poblaciones Internamente Desplazadas*. Este fue el camino para otorgar un mecanismo de protección integral a los desplazados como colectivo. Es en el marco de la gestión de este que se elaboran los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, cuyo número 2 citamos en el texto principal. Estos también son conocidos como *principios Deng*, en honor a su articulador, Francis Deng. Como veremos tendrán un rol fundamental en el razonamiento de la Corte.

forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida³⁴⁴”.

Unos meses antes de promulgarse por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas los Principios Deng, Colombia dictaba su primera ley sobre desplazamiento forzado, 387-1997, que en su artículo primero nos otorga una definición más amplia, “es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personal han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público³⁴⁵”.

Cabe destacar que, antes de la sentencia, además de haberse emitido algunos documentos de política pública y la ley 387, las dificultades no cesaban de ocurrir y las víctimas solo iban en aumento. Demostración indiscutible de la gravedad de la situación es que una gran mayoría de la población en Colombia consideraba que las y los desplazados no eran víctimas de conflicto armado y ello no entrañaba vulneraciones a sus derechos

³⁴⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante del Secretario General Sr. Francis M. Deng*, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, 18 febrero 2008, NU.E/CN.4/1998/53/Add.2.

³⁴⁵ Artículo 1 Ley 387/1997 Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.

humanos. Por otra parte, para el Estado no era un problema; se negaba o simplemente se atribuía a problemas económicos o a desastres naturales, la situación fue así de grave hasta mediados de los noventa. En esta etapa la ayuda a las personas víctimas de desplazamiento forzado provenía principalmente de la Iglesia, el Comité de la Cruz Roja Internacional, la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento³⁴⁶ (Codhes) o algún proyecto gubernamental aislado³⁴⁷.

Pero la actitud del Estado público comenzó a variar, principiando por el poder ejecutivo. El primer documento de política pública fue emitido el año 1995, a través de él se reconoció la vinculación entre desplazamiento y conflicto armado, el *Conpes 2804-95*³⁴⁸. Luego siguieron otra serie de documentos Conpes que intentaban mejorar los abundantes déficits de los documentos anteriores. Pese a la gran cantidad de insuficiencias que tenían, sentaron las bases de una política pública de atención integral a la población desplazada.

El segundo hito, tuvo lugar el año 1997, con la mencionada Ley 387. Por primera vez el poder legislativo reconoció derechos a la población desplazada, pero fue deficientemente implementada y la dispersión de competencias, la ausencia de un sistema de seguimiento y de indicadores, gatillaron su derrota. Fue el propio gobierno quien criticó su actuar, cuestión que dejó en evidencia con el Conpes 3057-1999. Otra intervención del poder legislativo vino de la mano de la promulgación de la ley 589-2000 que modificó el código penal, incluyendo la tipificación del desplazamiento forzado como delito en el artículo 284- A, en coherencia

³⁴⁶ Codhes es la ONG de Colombia que se ha ocupado de manera especializada y sostenida en el tiempo de esta tragedia humanitaria. Como tal, hoy forma parte de la Comisión de Seguimiento Técnico y Sistemático de la sentencia T-025. Su sitio web es: www.codhes.org.

³⁴⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, citado, p. 58.

³⁴⁸ Los Conpes son documentos de política pública de alto nivel del Consejo Nacional de Política Económica y Social. Cfr. RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRÍGUEZ DIANA, *Cortes y cambio social*, citado, p.72. Cfr. también, de los mismos autores, con: *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, citado, p. 59. Véase también el Anexo N°5 sentencia T-025-2004, *La política pública de atención a la población desplazada y observaciones relevantes para la decisión adoptada por la Corte*.

con la decisión que ya se había adoptado internacionalmente, en el Estatuto de Roma que lo reconoce como crimen de lesa humanidad³⁴⁹. Asimismo, la Corte Constitucional colombiana, hasta antes de la sentencia T-025-2004, se había pronunciado en diecisiete ocasiones sobre el tema³⁵⁰.

4. **El caso T-025-2004**

El proceso T-025-2004 fue iniciado de oficio por la Corte Constitucional colombiana, ejerciendo sus facultades para conocer y acumular tutelas denegadas por los jueces de instancias (recordemos que el control de constitucionalidad en Colombia funciona de manera difusa o desconcentrada, por lo que se puede interponer una demanda de tutela de derechos ante cualquier juez) pues las sentencias que estos dictan deben ser remitidas a la Corte –sean denegatorias o de concesión– para que ejerza su facultad de selección de revisión, y por lo menos dos de los magistrados integrantes de la sala revisora deben estar de acuerdo en seleccionar una tutela para que ésta sea revisada por una sala o bien para que la Corte la conozca en pleno.

Así, al tiempo de originar el caso, la Corte constataba la existencia de un amplio grupo de víctimas de desplazamientos forzados, ocurridos en un promedio de más de un año y medio que no habían recibido ni siquiera ayuda humanitaria de emergencia. Algunos datos que la Corte expuso para ilustrar de forma más concreta la gravedad de los hechos fueron: el 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas, el 80% se encuentra en situación de indigencia, el 63% tiene vivienda inadecuada, el 49% no

³⁴⁹ El Estatuto de Roma establece en su artículo siete crímenes de lesa humanidad, letra d: “Deportación o traslado forzoso de población”, señalando en su número 2 letra d que: por “deportación o traslado forzoso de población "se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”.

³⁵⁰ Para conocer los precedentes jurisprudenciales, Vid. Anexo N°4 de la sentencia: Resumen de las sentencias de la Corte Constitucional sobre los derechos de la población desplazada valoradas en la presente sentencia. La primera vez fue en 1997 con la sentencia emitida en la causa T-227-1997.

cuenta con servicios idóneos, la tasa de mortalidad es 6 veces superior al promedio nacional, el 25 % de los niños de entre 6 y 9 años no asiste a establecimiento escolar, cifra que aumenta al 54% en el rango etario que va desde los 10 a los 25 años. Los datos permiten concluir que las condiciones de las víctimas de desplazamiento forzado, como colectivo, son peores que las del quintil urbano más pobre de Colombia³⁵¹.

La gravedad de la situación generó que miles de personas interpusieran tutelas, pero estas eran denegadas por diversos motivos que van desde la falta de legitimación para interponer la acción, improcedencia, fallas en la carga probatoria, ausencia de vulneración de derechos, temeridad, hasta la limitación de funciones del tribunal³⁵². La Corte, en definitiva, contraviniendo los argumentos de los jueces de instancia y priorizando otros argumentos que analizaremos, decidió acumular las causas y originar el proceso de tutela T-024-2004, que aún se encuentra vigente en su etapa de ejecución. En concreto, fueron 108 tutelas interpuestas en 22 ciudades del país, por 1150 familias, con un promedio de 4 personas por núcleo familiar. Con posterioridad a su emisión se ha generado un proceso de ejecución y seguimiento inédito, que ya cuenta en su haber con 20 audiencias públicas y más de 250 autos de seguimiento³⁵³.

³⁵¹ La Corte tomó la información señalada del informe del PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS, *Vulnerabilidad a la inseguridad alimentaria de la población desplazada por violencia en Colombia*, Naciones Unidas, Bogotá, 2003, (Disponible en <http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/ena/wfp036410.pdf>) (Visitado junio 2015) Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-025-2004, p. 58.

³⁵² Véase anexo N° 1 de la sentencia y Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-025-2004, p. 29 y ss. de la sentencia.

³⁵³ La sentencia y sus autos de seguimientos pueden ser consultados en el sitio web de la Corte, que contempla una sección especial dedicada a la sentencia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/> Además hemos consultado CODHES, *La Corte ordena. Autos de seguimiento de la sentencia T-025-2004*, Antropos, Bogotá, 2011. Se trata de un texto que contiene una selección de los autos más importantes de las tres primeras etapas del proceso de ejecución de la sentencia. Un cuadro resumen de los indicadores se encuentra en RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, citado, p. 230 y ss.

4.1 Las partes del proceso

El caso en análisis comprende un procedimiento colectivo. Como demandantes encontramos a las víctimas de desplazamiento forzado que, en su gran mayoría, son mujeres cabezas de familia, personas de tercera edad, menores e indígenas, pertenecientes a diversos lugares de Colombia. Los hechos denunciados son de muy difícil sistematización, pues obedecen a vulneraciones masivas diversas. Por otra parte, como hemos visto, las acciones de tutela son muy informales, pues lo único substancial que se exige es una adecuada relación de los hechos, por lo que se puede prescindir de la argumentación jurídica. Las principales pretensiones que se esgrimieron en juicio fueron: ser inscritos en el Registro de Población Desplazada, ayuda humanitaria de emergencia, cupos en establecimientos educacionales para sus hijos, incorporación en el programa de auxilio para la vivienda, protección de las tierras abandonadas por el desplazamiento, la adopción de un programa de salud alimentaria, el suministro de medicamentos que habían sido recetados, capacitación para emprender proyectos productivos, entre otros.

Las respuestas de las autoridades con anterioridad al juicio colectivo que estudiamos giraban en torno a la falta de competencia para resolver las peticiones, el insuficiente presupuesto para atender las demandas y el que, por no encontrarse inscrito en el registro de población desplazada, la ayuda no se podía otorgar. Incluso, y este es un tema que fue bastante polémico, que para otorgar lo solicitado era necesario interponer previamente acción de tutela.

En definitiva, los demandantes alegaban una serie de vulneraciones a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y exigían a los tribunales de instancia su intervención a efectos de dar eficacia a la normativa existente y que las distintas

autoridades de la administración pública colaborasen para que los derechos de esta población fueran respetados.

La dimensión colectiva del proceso también se manifiesta en la parte demandada de la causa, dado que se demandó a múltiples instancias estatales³⁵⁴. El procedimiento para obtener las pruebas y la defensa del Estado consistió en un cuestionario que se presentó a las diversas autoridades involucradas. El Estado informó sobre el marco normativo y el conjunto de políticas públicas existente al tiempo de ventilarse el caso. Entre las pruebas³⁵⁵, destacan las aportadas por la Red de Solidaridad Social, que era la coordinadora del sistema Nacional de Atención Integral a la Población desplazada y del Registro Único de Población Desplazada, principal responsable de la ayuda humanitaria de emergencia. También contestaron el cuestionario el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Protección Social, el Instituto Nacional de Vivienda y la Defensoría del Pueblo, entre otros.

El argumento central del gobierno fue *la escasez de recursos* como obstáculo para otorgar una oferta de servicios coherente con las necesidades existentes, y es precisamente en esta línea en la que se encuentran los mayores esfuerzos argumentativos del fallo³⁵⁶.

³⁵⁴ La Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Salud, del Trabajo y la Seguridad Social, de Agricultura, de Educación, el INURBE (Instituto Nacional de la reforma urbana), el INCORA, el SENA, y varias administraciones municipales y departamentales.

³⁵⁵ No obstante las referencias que la propia sentencia hace a las pruebas aportadas a partir del análisis que hace de las políticas públicas, se incorpora, en su anexo N° 2, un resumen de las pruebas aportadas por las entidades públicas y organizaciones consultadas.

³⁵⁶ Sentencia T-024-2004, p. 34 y 35: -“¿Procede la acción de tutela para examinar las acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada para determinar si problemas en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de la respectiva política estatal contribuyen de manera constitucionalmente relevante a la violación de sus derechos constitucionales fundamentales?

-¿Se vulnera el derecho de los desplazados al mínimo vital y a recibir pronta respuesta a sus peticiones - en particular respecto a la ayuda humanitaria, al restablecimiento económico, a la reubicación, a la vivienda, a la atención integral de salud y a la educación - cuando dicho acceso está supeditado por las propias autoridades (i) a la existencia de recursos que no han sido apropiados por el Estado; (ii) al rediseño del instrumento que determina la forma, alcance y procedimiento para la obtención de la ayuda.; (iii) a que se defina qué entidad asumirá el suministro de la ayuda, dado que quien lo hacía se encuentra en proceso de liquidación?

4.2 Rasgos centrales de la decisión

El aparato doctrinario de la Corte tiene dos líneas de argumentación centrales: la doctrina de la *colaboración armónica de poderes* en conexión con un Estado social y democrático de Derecho y la doctrina del *estado de cosas inconstitucional*. Para el desarrollo de ambas se apoya en sus precedentes jurisprudenciales, el derecho internacional de los derechos humanos y diversas fuentes normativas internas³⁵⁷. Identificó falencias en la capacidad de las políticas públicas y en las políticas presupuestarias. Respecto de las primeras, expuso detalladamente problemas de diseño, de implementación, de seguimiento y de evaluación³⁵⁸. El tribunal concluyó que las vías que el Estado había creado para poner fin a las vulneraciones no eran eficientes en toda la extensión y componentes de las políticas públicas y que, sin perjuicio de que los jueces no pueden solucionar estos problemas, dado que es un ámbito en el que prevalece la responsabilidad de los órganos gubernamentales nacionales y territoriales, no están impedidos de hacer constar vulneraciones concretas, ni de decidir remedios que contribuyan a superarlas.

Uno de los aspectos específicos que la Corte consideró para resolver fue la disminución del presupuesto nacional para el desplazamiento forzado³⁵⁹. En este contexto,

-¿Se vulneran los derechos de petición, al trabajo, al mínimo vital, a la vivienda digna, a la atención en salud, al acceso a la educación de los actores en el presente proceso, cuando las entidades encargadas de otorgar las ayudas previstas en la ley para su atención, (i) omiten dar respuesta de fondo, concreta y precisa sobre la ayuda solicitada; o (ii) se niegan a otorgar la ayuda solicitada (a) por la falta de apropiación de recursos suficientes para atender las solicitudes; (b) por falta de cumplimiento de requisitos legales para acceder a dicha ayuda; (c) por existir un lista de solicitudes que deben ser atendidas previamente; (d) por falta de competencia de la entidad ante la cual se presenta la solicitud; (e) por cambio de los requisitos y condiciones definidos por el legislador para acceder a la ayuda solicitada; (f) porque la entidad ante la cual se presenta la solicitud se encuentra actualmente en liquidación? ”

³⁵⁷ Sentencia T-025-2004, p. 57.

³⁵⁸ Principalmente: no existe plan de acción actualizado acerca del funcionamiento del SNAIPD, no se han fijado metas específicas o indicadores, faltan plazos para el cumplimiento, falta equipo humano y recursos administrativos idóneos para ejecutar la política, los requisitos y condiciones para acceder a los créditos de vivienda no se ajustan a las carencias económicas de los hogares de los desplazados. Es sorprendente la ilustración con la que analiza los problemas relativos a la capacidad institucional.

³⁵⁹ En 2002 fueron asignados 103.491 millones de pesos del presupuesto general de la nación a la población desplazada, pero en el 2003 ello se redujo en un 32% -70.783 millones-.

su argumentación utilizó los métodos de interpretación tradicionales respecto de la jerarquía normativa de la ley 387 en relación con la ley de presupuesto (que contemplaba la disminución indicada), por razones de temporalidad y especialidad. El argumento de la Corte en concreto fue que supeditar la financiación de la ley de desplazamiento forzado a las capacidades económicas del Estado no es posible porque el deber de garantizar el presupuesto suficiente de una ley determinada y anterior es jerárquicamente superior en razón de tiempo y materia. De tal modo, el presupuesto para dotar de eficacia a las normas de la ley indicada, al ser ésta jurídicamente superior, se encuentra supeditado a ella, por lo que las decisiones estatales debían ser coherentes con ella, porque los compromisos legales fueron asumidos anteriormente³⁶⁰.

La Corte también enumeró los derechos constitucionales afectados por los diversos hechos que fueron denunciados en las tutelas, a saber: derecho a la vida, a la libre circulación por el territorio nacional, al trabajo, a la alimentación mínima, a la educación, a la vida en condiciones de dignidad de niños, mujeres cabezas de familia, personas con discapacidad y otros grupos especialmente protegidos, a escoger el lugar de domicilio, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, a la salud, a la unidad familiar, a la integridad personal, a la seguridad personal, a la paz, a la personalidad jurídica y finalmente el derecho a la igualdad; explicando de qué forma se produjo la vulneración del derecho en el caso concreto del desplazamiento forzado³⁶¹. En base a los argumentos que hemos comenzado a esbozar, señaló que el Estado tenía responsabilidad por

³⁶⁰ Algunos ejemplos muy ilustrativos que la Corte señala para justificar este análisis son que la atención humanitaria de emergencia, que busca la satisfacción de las necesidades más básicas de la población desplazada-, tiene una cobertura para solo el 43% de la población registrada. Las medidas destinadas a ejecutar la política relativa a la generación de ingresos por las víctimas alcanza tan solo a 19,5% de ellas y solo el 3,7% accede a las ayudas de vivienda señaladas por la ley. Vid. sentencia T-025 p. 76.

³⁶¹ Sentencia T-025-2004, p. 47.

las vulneraciones y otorga protagonismo a los argumentos derivados del derecho a la igualdad material³⁶².

Para determinar las medidas que era preciso adoptar, los principios rectores fueron: el de la interpretación de las normas de modo favorable los y las desplazadas³⁶³, los principios de desplazamiento forzado interno (Principios Deng) y la prevalencia del derecho substancial, en el contexto del Estado Social de Derecho.

4.3 Sentencia

El apartado resolutorio de la sentencia es bastante extenso, no solo por las órdenes que dicta en general, sino porque además atiende con notable diligencia las demandas que en particular se formularon por el gran número de actores. En coherencia con lo que venimos exponiendo, el considerando resolutorio más importante es el primero:

“En mérito de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la constitución, Resuelve: PRIMERO.- DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad

³⁶² En el caso de la constitución colombiana nos referimos al artículo 13 inciso 2 y 3: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan”.

³⁶³ El principio *pro homine* o pro persona es un principio de derechos humanos con gran trayectoria jurisprudencial. Véase PINTO, MÓNICA, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compilado por M. Abregú y C. Courtis, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado³⁶⁴.

Las órdenes que la Corte emitió para superar el Estado de Cosas Inconstitucional son identificadas como medidas de ejecución compleja, pues involucran a varias autoridades y están destinadas a proteger a todas las víctimas de desplazamiento forzado, con independencia de si son intervinientes del caso o no. Estas órdenes estuvieron dirigidas fundamentalmente al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, instancia designada para que estableciera en un plazo de dos meses la dimensión del esfuerzo presupuestal que se debía realizar y los mecanismos para que ello se hiciera efectivo, tomando como referente el marco normativo vigente y, en caso, de que fuera necesario, redefinir las metas de la política estatal de protección a la población desplazada. La Corte exigió que el proceso para fuera participativo, sobre todo en la reestructuración de las metas³⁶⁵. Respecto de la capacidad institucional, estableció un plazo de tres meses para diseñar soluciones, las que fueron especialmente identificadas en la sentencia.

En lo que interesa a nuestro tema de investigación, el tribunal es muy enfático en que las medidas destinadas a superar el estado de cosas inconstitucional deben realizarse con participación de la ciudadanía, un ejemplo de ello es:

“Teniendo en cuenta la incidencia que pueden tener las decisiones que adopte el Consejo Nacional sobre los derechos de la población desplazada, también es vital que se permita a quienes puedan verse afectados por una decisión, tomar parte en el proceso para su adopción.

³⁶⁴ Sentencia T-025-2004, p. 105.

³⁶⁵“en aras de los principios de transparencia y eficacia podrá redefinir tales compromisos de tal manera que exista concordancia entre las obligaciones jurídicas definidas mediante procesos democráticos por las autoridades competentes de un lado y los recursos efectivamente destinados a cumplir tales obligaciones. Dicha redefinición deberá hacerse públicamente, ofreciendo oportunidades suficientes de participación a los representantes de las asociaciones de desplazados y expresando las razones específicas que justifican tal decisión siempre que se le asegure a todos los desplazados el goce efectivo de sus derechos señalados en el apartado 9 de esta sentencia...” Sentencia T-025-2004, p. 98.

Por lo anterior, en la adopción de las decisiones relativas a la superación del estado de cosas inconstitucional, deberá ofrecerse a las organizaciones que representan a la población desplazada la oportunidad de participar de manera efectiva. Ello implica, como mínimo, conocer con anticipación la decisión proyectada, recibir la oportunidad para hacerle observaciones y que las observaciones que presenten a los proyectos de decisiones sean debidamente valoradas, de tal forma que haya una respuesta respecto de cada observación, pero sin que ello implique que se deban concertar las decisiones³⁶⁶»

Por otra parte, la Corte emitió órdenes para dar respuestas a las pretensiones específicas de los accionantes en los casos más graves dió un plazo de entre seis y ocho días, para entregar ayuda humanitaria de emergencia.

4.4 La declaración de Estado de Cosas Inconstitucional

El *Estado de Cosas Inconstitucional* es una declaración que indica que desde el punto de vista constitucional estamos ante uno de los casos más graves y complejos. La sentencia T-025-2004 realiza una sistematización y desarrollo de los aspectos constitutivos de la declaratoria que había sido pronunciada por la Corte en diversas ocasiones³⁶⁷.

³⁶⁶ Sentencia T-025-2004, apartado resolutivo tercero, p. 106.

³⁶⁷ Al tiempo de dictarse la sentencia T-025-2004, la Corte había declarado en siete ocasiones la existencia de un *estado de cosas inconstitucional*. 1) La primera vez fue en el caso SU-559-1997, el Magistrado Ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz. Se trataba de un grupo de profesores que denunciaban que no estaban afiliados en las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a que llevaban bastante tiempo trabajando y que se les descontaba una parte del sueldo. La Corte ordenó la afiliación y, como constató que la situación afectaba a más personas, ordenó corregir la política pública. 2) La segunda ocasión fue en el caso T-153-1998, relativo al hacinamiento en las cárceles y a las precarias condiciones de las prisiones colombianas. La Corte ordenó a las autoridades públicas corregir la falla estructural que ocasiona las malas condiciones de las cárceles. 3) La tercera vez fue en la causa SU-250-1999, declaró el Estado de Cosas Inconstitucional por falta de concursos públicos para el nombramiento de notario. Este caso ha sido cuestionado y es utilizado como un ejemplo de falta de criterio definido para realizar la declaratoria. 4) La cuarta vez fue con la tutela T-590-1998 relativa a la situación de los defensores de derechos humanos, se ordenó a todas las autoridades implementar mecanismos de prevención de violaciones de los derechos a la vida, la integridad personal y la seguridad de los defensores de derechos humanos. 5) T-068 de 1998, T-525-

Esta doctrina es un desarrollo jurisprudencial de conceptos, fundamentos e instituciones del derecho nacional e internacional, impulsada por la gravedad y masividad de violaciones a los derechos humanos, entre las que encontramos el desplazamiento forzado, y por la incapacidad del Estado para protegerlas y ampararlas, reestableciéndolas a condiciones de respeto de la dignidad humana. Rodolfo Arango indica que las causas de esta doctrina son dobles: “las causas del estado de cosas inconstitucional son tanto fácticas como normativas: no solo el despojo y la movilización mediante la violencia de la población, sino también la vulneración de derechos fundamentales y el incumplimiento de los deberes sociales del Estado. El estado de cosas inconstitucional es, por lo tanto, normativo, y su contestación supone una valoración tanto fáctica como valorativa por parte de la Corte Constitucional³⁶⁸”.

La función de esta doctrina es jurídica-política y eminentemente pragmática, pues permite que se movilicen políticas públicas, lo cual puede ir desde su diseño, pasando por su implementación y, desde luego, hasta la financiación de políticas que antes de la declaratoria no tenían mayor efectividad³⁶⁹.

1997 y SU-090- 2000 sobre pensiones de jubilación. Se ordenó corregir fallas de organización y procedimiento que impedían la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones, y que destinaran el presupuesto necesario para cumplir con sus obligaciones. Otra sentencia muy importante de la Corte es la T-760-2008, que hemos citado como ejemplo del tratamiento que la Corte ha hecho de los casos relativos a derechos sociales, pero en ella la Corte refiere a las causas estructurales que determinan las violaciones, no declara el estado de cosas inconstitucional, cuestión que para algunos ha sido vista como una incongruencia de su jurisprudencia.

³⁶⁸ ARANGO, RODOLFO, “Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado”, en *Desplazamiento forzado. ¿hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?* Tomo I, Coordinado por Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento (Codhes), Bogotá, 2010, p. 96

³⁶⁹ RODRÍGUEZ, GARAVITO, CESAR, “¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento?”, en *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Uniandes, Bogotá, 2009, p. 438. En las sentencias que declaran el estado de cosas de inconstitucionalidad, la Corte ha ordenado, entre otras cosas, el diseño y puesta en marcha de políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; que se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; que se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas

La Corte indicó que en el caso concreto del desplazamiento forzado el estado de cosas de inconstitucionalidad se había producido por las siguientes razones: 1) La gravedad de la situación de los y las desplazados y desplazadas, derivada de la violación masiva de múltiples derechos. Para ello recurrió al artículo 1 de la ley 387, que hemos visto. 2) También refirió el número de tutelas que se había presentado hasta ese entonces como consecuencia del desplazamiento. Incluso en algunos documentos de política pública se había condicionado la obtención de ayudas a la interposición de tutela ante la Corte³⁷⁰. 3) El carácter estructural del problema es otro factor de la declaratoria y se apoya en que la vulneración de los derechos no es imputable a una única entidad:

“En efecto, como se advirtió anteriormente varios órganos del Estado, por acción u omisión, han permitido que continúe la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados, especialmente las entidades nacionales y locales encargadas de asegurar la disponibilidad de recursos para asegurar que los distintos componentes de la política beneficien en igualdad de condiciones a la población desplazada (ver apartado 6 y Anexo 5 de esta sentencia)³⁷¹”.

La omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios tendría manifestación en la insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política pública, pero también en la falta de capacidad institucional para desarrollar, implementar y dar seguimiento de la política estatal.

Con la declaratoria la Corte, además de realizar un desarrollo jurisprudencial de las normativas, se hizo cargo de la necesidad inminente de protección de las víctimas, otorgando un efecto colectivo propio de este tipo de procesos. De hecho, la declaratoria

inconstitucional; y que se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos. Cfr. Sentencia T-025-2004, p. 83, epígrafe N°7.

³⁷⁰ Tal es el caso de la asignación del auxilio de vivienda que hace el Inurbe, pues los recursos entregados corresponden exclusivamente a quienes interpusieron acciones de tutela. Ver Anexo 5 sobre las observaciones a la política pública respectiva.

³⁷¹ Sentencia T-025-2004, Apartado séptimo, p. 89.

generó una gran exigencia para la Corte, nos referimos a las órdenes de largo alcance material y temporalmente. Impulsados por el deber de dotar de rigor el seguimiento, se han tenido que generar indicadores de goce efectivos de derechos que permitan evaluar la política pública³⁷².

Como indica Rodolfo Arango: “la declaratoria conduce a un análisis que es oportunidad pero también desafío: analizar y evaluar la política pública que se ha desarrollado a través de los diversos cuerpos normativos conlleva el deber de administración de las órdenes contenidas en el fallo, interviniendo permanentemente para asegurar la eficacia de las decisiones, reordenación la planeación, coordinando y decidiendo constantemente sobre la ejecución prioritaria de los recursos humanos y económicos”³⁷³.

Tras más de una década de la emisión de la sentencia, el actual desafío gira en torno a cómo y cuándo poner fin a la declaración de estado de cosas inconstitucional. Aunque ésta no es la primera vez que la Corte emite una declaratoria, sí es la primera vez que genera un proceso de seguimiento y ejecución tan importante, por lo que la reflexión sobre el fin del proceso debe estar a la altura de los este ha sido: “el abuso de la figura por su falta de definición normativa y de evaluación técnica puede llevar a su obsolescencia ante el masivo desacato de lo ordenado en ella. Por tal motivo, el alcance del estado de cosas inconstitucional como mecanismo para afrontar una violación masiva, sistemática y persistente de los derechos fundamentales de varios individuos depende directamente de la capacidad que tengan los jueces constitucionales de realizar mediante medidas judiciales de

³⁷² RODRÍGUEZ, GARAVITO, CÉSAR, “¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento?”, citado, p. 440.

³⁷³ ARANGO, RODOLFO, “Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado”, citado, p. 92.

control las órdenes dictadas para garantizar la plena observancia de los derechos fundamentales de las personas afectadas³⁷⁴».

Sin perjuicio de la discusión jurídico-política sobre cómo poner fin al estado de cosas inconstitucional y de los criterios y argumentos que podrían sostener dicho debate, no podemos dejar de mencionar que una de las manifestaciones más ilustrativas de su complejidad viene dada porque, al ser el desplazamiento una consecuencia del conflicto se le traspasan los diversos nuevos caracteres que va asumiendo este último. Cuestión que genera una serie de problemas, uno especialmente grande es el caso de la imbricación entre el conflicto y el extractivismo, que ha llevado a sostener que la minería ha pasado a ser parte del estado de cosas de inconstitucionalidad y cualquier esfuerzo serio por superar la situación debe considerarla; es decir, ha comenzado a ser parte del problema y debe ser parte de la solución. Volveremos sobre este tema³⁷⁵.

4.5 El Estado Social de Derecho

La Corte analiza los límites de su competencia estableciendo como marco de análisis los principios del Estado social de Derecho, que prescribe el deber de asumir un rol políticamente activo ante las desigualdades sociales, para todo el poder público:

“las autoridades están obligadas por los medios que estimen conducentes a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social

³⁷⁴ ARANGO, RODOLFO, “Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado”, citado, p. 92.

³⁷⁵ VARGAS, FERNANDO, “Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas”, en *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*, coordinado por Luis Jorge Garay, Contraloría General de la República, Bogotá, 2013. pp. 62. Disponible: http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/182119332/Libro_mineria_sep3_2013.pdf/65bf77a0-8b0b-430a-9726-dad0e72639c6 (visitado julio 2014)

de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivos de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad³⁷⁶”.

Desarrollando el contenido del Estado social, la Corte señaló dos deberes de las autoridades: abstención y promoción de medidas positivas. En el marco del primer deber, se debe evitar que se adopten medidas que empeoren las condiciones materiales de las personas; el segundo deber, comprende promover medidas positivas y focalizadas que generen condiciones de vida que contribuyan a la igualdad real entre las personas.

Desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales, la Corte adhirió a las tesis que niegan la existencia de grandes diferencias entre derechos civiles y sociales, cuestión que le permite emitir decisiones que propendan al goce efectivo de todos los derechos humanos, especialmente en lo que refiere al reconocimiento de una dimensión prestacional en todos los derechos, argumentos que son especialmente trabajados por Holmes y Sunstein su reconocida obra *El costo de los derechos*³⁷⁷. El contrapunto para los derechos más complejos de proteger, desde el punto de vista económico, vino dado por el principio de progresividad, en el sentido de que las acciones positivas del Estado “pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y

³⁷⁶ Sentencia T-025-2004, p. 83.

³⁷⁷ HOLMES, STEPHEN, SUNSTEIN, CASS, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* Siglo XXI, Buenos Aires, 2011. Otro argumento relevante para sostener la debilidad de la distinción entre derechos proviene de la característica de *interdependencia de los derechos fundamentales*. El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido en diversas ocasiones el principio de indivisibilidad e interdependencia, un hito relevante al respecto ha sido la emblemática Declaración de Viena de 1993. Por otra parte, los argumentos históricos a favor de conferir superioridad a derechos civiles frente a los derechos sociales, también ha sido impugnado, cuestión que ha conllevado a criticar el sustento histórico del enfoque de las generaciones de derechos. En este sentido, véase: PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 19 y ss. LLOREDO ALIX, LUIS, “Derechos políticos y sociales: una crítica historiográfica e ideológica a su distinción” citado. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica...*, citado, p 85 y ss. Finalmente, la diferencia entre derechos sociales y civiles ha permitido el desarrollo de una teoría estándar sobre los derechos que sostiene el carácter no universal de los derechos sociales. Para una argumentación contraria a dicha tendencia, véase: LEMA, CARLOS, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Revista Derechos y Libertades*, N°22, 2010, p. 179 y ss.

prestacional de un derecho constitucional siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos”³⁷⁸. Es decir, la Corte reconociendo que ante derechos que depende de onerosos aportes económicos del Estado y de un proceso de diseño y planificación de políticas complejo se requiere gradualidad, pero orientada por ciertos principios fundamentales: “este proceso de planificación y diseño deben ser igualitario, gradual y racional, para que su contenido sea susceptible de ser implementado. Además, debe ser coherente, enfatizando que se precisa destinar los recursos necesarios para, realmente, poder ejecutar la planificación”³⁷⁹.

No obstante, la Corte prescribió la existencia de contenidos mínimos que precisan ser satisfechos en toda circunstancia y que, imponen al Estado un deber positivo y de respeto de su núcleo esencial. Los derechos que están en esta categoría son los que guardan una estrecha conexidad con el derecho a la vida; son el mínimo prestacional que debe ser satisfecho por el Estado: derecho a la vida, dignidad e integridad física, psicológica y moral; a la unidad familiar; subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital; salud; protección ante situaciones discriminatorias; para los niños y las niñas el derecho a la educación hasta los quince años y el derecho al retorno al lugar de origen o al restablecimiento en un lugar diverso, de manera no impuesta.

4.6 Proceso de seguimiento

El modelo de activismo del caso se ha relacionado con la formula que planteada por Tushnet para debilitar la intervención judicial, de modo que no sea la última voz del sistema institucional³⁸⁰. Recordemos, que comprende un *activismo fuerte* porque es un reconocimiento vigoroso de derechos –la declaración de estado de cosas inconstitucional–, y

³⁷⁸ Sentencia T-025-2004, p.85.

³⁷⁹ Sentencia T-025-2004, p.86 y ss

³⁸⁰ Nos hemos referido a este modelo anteriormente, véase p. 37.

remedios débiles en la medida que no indica detalladamente y de una vez cómo resolver las vulneraciones que comprende el caso, y un *proceso de seguimiento* marcado por una serie de hitos innovadores y creativos³⁸¹. La trascendencia de este modelo radicaría en que permite atenuar considerablemente la crítica contramayoritaria.

Dada la magnitud de la sentencia, el pleno de la Corte decidió crear una sala especial de seguimiento, que ha ejercido competencia para evaluar los avances, obstáculos y retrocesos de la política pública, con el objetivo de dotar de eficacia tanto a la sentencia como a sus autos. Además, el seguimiento ha estado caracterizado por la emisión de más de docientos cincuenta autos de seguimiento, audiencias públicas y la creación de una comisión ciudadana especial de seguimiento. Iremos pasando breve revista a cada uno de estos procesos, pero vale la pena recordar una vez más que es en el seguimiento de la sentencia donde encontraremos los principales rasgos novedosos y legitimadores del proceso que estudiamos, es decir, es acá donde reluce el carácter participativo y dialógico de este modelo de activismo progresista³⁸².

El proceso ha pasado por diversas etapas. Siguiendo el análisis de César y Diana Rodríguez, podemos apreciar una primera etapa, entre los años 2004 y 2006, que se caracterizó por profundizar el enjuiciamiento de las políticas públicas relativas al desplazamiento forzado. En esta fase los autos de seguimiento se caracterizaron por evaluar el grado de incumplimiento y de responsabilidad de cada institución, es decir, se trata más bien de una etapa más bien de diagnóstico y evaluación³⁸³. El contexto seguía siendo de

³⁸¹ RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión*, citado, p. 30 y 31.

³⁸² El fundamento normativo para esta intervención es el artículo 27 del decreto 2591 del año 1991. En virtud de esta disposición la Corte puede establecer “los demás efectos del fallo para el caso concreto” y mantener su competencia “hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

³⁸³ Uno de los autos más importantes de esta etapa fue el 178-2005, que analizó las causales del estado de cosas inconstitucional que se indican en la sentencia T-025-2004

grandes falencias en la coordinación general de las diversas instancias estatales que trabajan en programas asociados al desplazamiento forzado, insuficiente esfuerzo presupuestal, deficiencias graves en lo que respecta al registro y caracterización de la población desplazada, ausencia de indicadores de goce efectivo de los derechos.

En una segunda etapa, que principalmente se corresponde con el año 2007, se desarrollaron mecanismos de evaluación para medir de manera permanente el avance, estancamiento o retroceso en las vulneraciones a los derechos fundamentales, es decir, hubo un avance cualitativo en la construcción de indicadores de goce y también de proceso³⁸⁴.

En la tercera etapa, desde mediado del año 2008, la Corte mejoró la vigilancia a la actuación del gobierno y emitió autos paradigmáticos para el proceso, pero también a nivel jurídico en general, pues avanzaron cualitativamente en los enfoques diferenciales que permitieron analizar cómo el desplazamiento afecta en forma especial a ciertos colectivos como mujeres, niñas y niños, personas con discapacidad, indígenas y comunidades afro descendientes y así desarrollar políticas públicas coherentes con los enfoques desarrollados³⁸⁵.

³⁸⁴ Los principales autos de seguimiento de esta etapa son: 109-2007, por el que se adoptan indicadores de goce efectivo de los derechos, se rechazan otros y se pide al gobierno mejorar otros; auto 233-2007 que adopta indicadores, y el auto 116-2008 que realiza ajustes de indicadores. Nuevos indicadores para mínimo vital, seguridad personal, participación, restitución y la no repetición (150 indicadores para 20 derechos). En el auto 219-2011 la Corte retoma el proceso de creación de indicadores.

³⁸⁵ Los autos paradigmáticos en cuanto a la introducción de los enfoques diferenciales son: 092-2008, que desarrolló el enfoque diferencial para el problema de las mujeres desplazadas, indicando doce riesgos que solo afectan a mujeres y seis políticas públicas que aumentan los riesgos. También el auto 251-2008 relativo a la niñez y adolescencia. El auto 04-2009 desarrolla el enfoque diferencial de personas indígenas afectadas por el desplazamiento forzado y el conflicto armado. También se han emitido pronunciamientos especiales para comunidades indígenas determinadas en especial riesgo, por ejemplo el que se emitió en protección de treinta y cuatro comunidades indígenas en riesgo de desaparecer. Otro enfoque diferencial relevante ha sido el desarrollado en el auto 05-2009, que se refiere a las comunidades afrodescendientes. Finalmente, el auto 06-2009 desarrolla el enfoque diferencial que beneficiaría a las personas con discapacidad.

Finalmente, la cuarta etapa, comenzó el año 2011, con la puesta en marcha de la *Ley de Víctimas*³⁸⁶. Esta ley generó un cambio paradigmático en la situación política, jurídica y social de Colombia, un auténtico antes y después en el reconocimiento del conflicto armado, junto con prescribir una serie de medidas individuales y colectivas para que las víctimas del conflicto armado puedan ejercer los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición.

En el momento de entrada en vigor la ley hubo un periodo de gran incertidumbre respecto a cómo se iban a relacionar la ley y el procedimiento de la T-025-2004 –no olvidemos que las personas víctimas de desplazamiento forzado representan el ochenta por ciento de las víctimas del conflicto armado–. Por ello, con la entrada en vigencia de la ley, no faltó quienes pensaron que se debía levantar el estado de cosas inconstitucional. Los dirigentes se preguntaban por las relaciones que existirían entre los autos y la ley, por la jerarquía normativa de la sentencia y por el retroceso conceptual de la noción de persona víctima de desplazamiento forzado, ya que la ley 397, –el marco legal que regía el desplazamiento hasta la dictación de la Ley de Víctimas–, no restringía la noción de víctima al conflicto armado, mientras que la nueva ley parecía ser más restrictiva. Otra indicación crítica inicial se refirió al año 1983 como inicio del conflicto. Estos y muchos más problemas avivaron el debate en aquel momento³⁸⁷.

³⁸⁶ Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

³⁸⁷ A este respecto véase, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, *Sentencia T-834-2014*, que versa sobre el alcance del concepto de desplazado interno, atendiendo a los diversos precedentes jurisprudenciales y normas legales anteriores: “La Corte ha concluido, en relación con la condición de persona desplazada por la violencia que se adquiere con ocasión de la violencia generalizada, lo siguiente: (i) la condición de desplazamiento forzado no se limita a situaciones de conflicto armado; (ii) es independiente de los motivos de la violencia, de la calidad del actor (política, ideológica, común o legítima), o de su modo de operar; (iii) la violencia generalizada puede tener lugar a nivel rural o urbano, en una localidad, un municipio, o una región; (iv) para que una persona adquiera la condición de desplazada por la violencia basta un temor fundado, aunque es usual que la violencia generalizada se acompañe de amenazas, hostigamientos o ataques tanto a la población civil como a la fuerza pública; en este último caso con repercusiones en la primera”.

Por ello, durante todo este periodo el seguimiento de la sentencia ha dado un giro para coordinar las relaciones entre ambos procesos, visibilizando las incompatibilidades, el funcionamiento de las nuevas instituciones y todo lo que implica la puesta en marcha de la Ley de Víctimas³⁸⁸. En este sentido destaca, por ejemplo, el trabajo que la Corte desplegó para compatibilizar el concepto de víctima de ambos cuerpos legales, y la claridad con la que ha indicado que el estado de cosas de inconstitucionalidad no será levantado sino hasta que se garantice el goce de los derechos de la población desplazada³⁸⁹.

Resumiendo, como han indicado César Rodríguez y Diana Rodríguez: “entre las etapas primera y cuarta, la Corte pasó de juzgar la política pública y proporcionar directrices generales con el fin de mejorarla, a elaborar indicadores para medir el progreso de los esfuerzos para superar el estado de cosas inconstitucional. Ayudó luego a diseñar una nueva política para los grupos especialmente vulnerables dentro de la población desplazada, como mujeres y niños, y terminó haciendo seguimiento y microgestión de la situación de las

³⁸⁸ Una manifestación de esta situación es indicada del siguiente modo: “el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas –SNARIV– creado por la ley 1448 de 2011, ofrece un conjunto de servicios inespecíficos para atender, de manera desarticulada, las solicitudes de las mujeres desplazadas. La atención a las mujeres desplazadas no corresponde a las medidas dispuestas por la Corte Constitucional a través del auto 092 de 2008” Cfr. COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *IX Informe sobre desplazamiento forzado en Colombia periodo 2013-2014*, p. 11.

³⁸⁹ “Sin desconocer la importancia de ese nuevo marco legal y su posible impacto en términos de derechos, hasta el momento no se cuenta con información que permita apreciar cuál es la comprensión del gobierno sobre las necesidades de capacidad institucional y responsabilidades institucionales en relación con la dimensión del problema que debe atender... ni cómo se clarificarán las competencias entre las distintas entidades nacionales y territoriales tanto para efectos de atender adecuadamente a la población desplazada amparadas bajo la Ley 387 de 1997 como a las víctimas cuya reparación prevé la Ley 1448 de 2011 bajo el nuevo esquema institucional, o cómo se incorporarán las lecciones aprendidas durante dicho proceso de diagnóstico de tal forma que sea posible corregir las falencias de capacidad institucional identificadas; cómo se aplicarán instrumentos tales como las certificaciones sobre contribución institucional a la superación del estado de cosas inconstitucional (orden 12 del auto 008 de 2009... cómo se asegurará la protección de los derechos de la población desplazada no cobijada por la Ley 1448 de 2010, dado que las responsabilidades estatales identificadas frente a esa población tanto por la jurisprudencia constitucional como por el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no desaparecen por la modificación del marco legal; o cómo se asegurará la transición entre una y otra institucionalidad, ni mucho menos cuáles serán las medidas adoptadas para asegurar que la capacidad institucional responda a la duplicación de necesidades que surgen durante la transición, de tal manera que ella no implique un retroceso en los niveles de protección alcanzados”. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, *Auto de seguimiento N 219-2011*, proceso T-025-2004.

personas desplazada internamente según el nuevo marco institucional y jurídico introducido en la Ley de Víctimas”³⁹⁰. Retomaremos las relaciones entre la sentencia y la ley al revisar los efectos de la sentencia.

4.7 Comisión de seguimiento

La creación de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado es una instancia de la sociedad civil, creada a propósito de la sentencia que analizamos y que con el transcurso del tiempo, sin ser parte del proceso, fue validando su trabajo en la sociedad, ante la corte y el gobierno³⁹¹. Se ha caracterizado por un trabajo riguroso en argumentos, constituyéndose en una especie en un auténtico líder y árbitro técnico de múltiples situaciones propias del seguimiento de una sentencia tan compleja como la que comentamos³⁹². La premisa inicial de la comisión fue: “el cumplimiento integral de esta decisión de la Corte Constitucional es fundamental para la protección efectiva de los derechos consagrados en la ley 387 de 1997 y para la afirmación de un Estado Social de Derecho capaz de responder materialmente por los derechos básicos de todos los ciudadanos y ciudadanas de Colombia³⁹³”. La comisión de seguimiento está integrada por diversas personas de la vida social, política y académica de Colombia, desde

³⁹⁰ RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión*, citado, p. 76.

³⁹¹ Nunca ha sido nombrada como parte procesal del proceso, pero ha desempeñado una función parecida a los comités de seguimiento establecidos por la Corte Suprema de la India para supervisar la implementación de su decisión. Cfr. RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRÍGUEZ, DIANA *Juicio a la exclusión*, citado, p. 46.

³⁹² Se constituyó en noviembre del 2005, en el marco de un seminario sobre desplazamiento forzado convocado por la Universidad de los Andes, CODHES, *Viva la Ciudadanía y Confluencia Democrática*. La secretaria técnica está a cargo de CODHES, por lo que gran parte del registro de su trabajo lo podemos consultar en el sitio web: http://codhes.org/index.php?option=com_content&view=article&id=20:comision-de-seguimiento&catid=2:uncategorised&Itemid=121 (visitado junio 2015)

³⁹³ COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Primer Informe de Verificación presentado a la Corte Constitucional. Verificando el cumplimiento de los derechos*, Anthropos, Bogotá, 2008, p. 34

los más connotados académicos, hasta religiosos, ex integrantes del poder judicial y diversos líderes de movimientos sociales³⁹⁴.

El surgimiento de esta comisión y su extendido trabajo nos permite comprender que la participación es un rasgo realmente novedoso y democratizador del proceso de ejecución de la sentencia. Que ha sido intencionado por la sociedad civil pero que también ha contado con múltiples solicitudes de propia iniciativa de la Corte, citando a audiencias públicas destinadas a que diversos colectivos expusieran la situación en la que se encontraban en relación al cumplimiento de la sentencia o invitando a la presentación de conocimiento experto. Es más, durante estos años la Corte ha realizado visitas a pueblos indígenas, a propósito de la provisión de medidas cautelares ante graves violaciones a los derechos en contexto de desplazamiento forzado³⁹⁵.

En una primera etapa, la labor de la comisión comprendió la construcción de conceptos especializados, el pronunciamiento respecto de los informes que presentaba el gobierno relativos a la construcción de indicadores de goce de los derechos, la participación en audiencias técnicas para elaborar la estructura de los indicadores y los enfoques diferenciales. En segundo lugar, participó en la verificación de los indicadores de goce

³⁹⁴ En su formación original estaba integrada por el ex defensor del Pueblo y ex magistrado de la Corte Constitucional Eduardo Cifuentes Muñoz, el director nacional de la Pastoral Social Monseñor Héctor Fabio Henao, el economista Luis Jorge Garay, el rector de la universidad Jorge Tadeo Lozano Dr. José Fernando Isaza, el presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) Luis Evelis Andrade, la periodista y escritora Patricia Lara, el profesor de la Universidad Nacional de Colombia Orlando Fals Borda, la representante de una organización Afrocolombiana Rosalba Castillo, el Presidente de la organización *Viva la Ciudadanía* Pedro Santana, el presidente de CODHES Marcos Romero y el director de *Dejusticia* Rodrigo Uprimny. Acompañan el trabajo de la comisión el premio nobel de la paz Rigoberta Menchú, la directora del Plan Internacional Gabriela Bucher, la directora del programa de niñez y desplazamiento de la *Organización Plan Internacional* Fanny Uribe Idárraga. Cfr. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Primer Informe de Verificación presentado a la Corte Constitucional. Verificando el cumplimiento de los derechos*, Antrophos, Bogotá, 2008, p. 6.

³⁹⁵ Testimonio fidedigno de ello son los diversos autos de seguimiento en los que la Corte cita a audiencia a múltiples actores de la sociedad civil o aquellos en los que invita a realizar aportes de conocimiento especializado para avanzar en la construcción de indicadores de goce o para evaluar y contrastar los avances presentados por el gobierno. La Corte ha acercado al proceso a una gran cantidad de académicos de diversas áreas del saber y técnicos de universidades, centros de investigación y organizaciones especializadas. Uno de los tantos autos que se han dictado en este sentido es el Auto de Seguimiento N° 30, de junio 2010.

efectivo de los derechos, para evaluar la política pública y los informes presentados por el gobierno nacional. La deliberación en torno a los indicadores ha sido crucial, ya que fue “puente conceptual y terminológico entre los diferentes actores estatales y sociales involucrados en este caso³⁹⁶”.

Para desempeñar cada una de estas funciones, la Comisión ha contado con el apoyo de importantes financistas, como la fundación Ford, Acnur o el Consejo Noruego. Y ha ido involucrado a múltiples organizaciones y profesionales que han incrementado los conocimientos especializados, especialmente en lo que respecta al trabajo con los enfoques diferenciados y los indicadores de goce de los derechos, ampliando así las cuotas de participación de la sociedad civil en el proceso.

En definitiva, esta comisión de seguimiento es uno de los puntos que más nos interesa rescatar del caso que estudiamos porque el trabajo que ha realizado aporta no solo el conocimiento especializado que requiere la ejecución de una sentencia, sino que además ha demostrado que la legitimidad de las decisiones es un ideal en construcción al que puede accederse a través de vías novedosas como lo es precisamente su constitución como comisión de seguimiento. Evidentemente, también se pueden realizar poderosas críticas a estas comisiones, a nuestro juicio, las más agudas tienen que ver con la representatividad de quienes participan en ellas, volveremos sobre este tema al finalizar este capítulo.

Finalmente, cabe destacar otras Comisiones de Seguimiento que son espacios de participación y deliberación relevantes en lo que ha sido el procedimiento. Nos referimos a las que se han ido construyendo a propósito de los diversos autos de seguimiento de la sentencia. Por ejemplo, el seguimiento del auto 092 que desarrolla el enfoque diferencial de mujeres, que originó dos meses de trabajo, la primera enfocada al seguimiento de los 13

³⁹⁶ RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRIGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión*, citado, p. 126

programas y la segunda enfocada al seguimiento de las órdenes relacionadas con el anexo reservado del auto que versa sobre casos de violencia sexual en contexto de conflicto armado. El trabajo de estas comisiones reúne a diversas organizaciones de la sociedad civil, que han emitido una serie de informes que permiten tener información actualizada sobre los avances y retrocesos en el cumplimiento de la sentencia³⁹⁷. Además de permitir que las activistas se conozcan, se relacionen y articulen, cuestión muy valiosa desde el punto de vista del diálogo democrático, en la que profundizaremos con especial esfuerzo.

4.8 Audiencias públicas de rendición: de información y de cuentas

En el contexto de este procedimiento se han realizado veinte audiencias públicas. La dinámica de las audiencias públicas varía según sus objetivos. A veces se trata de la ocasión en la que se reúnen los distintos actores involucrados como las víctimas, autoridades gubernamentales, legisladores, ONG, académicos, los miembros de la Comisión de Seguimiento y representantes de organizaciones internacionales, que desarrollan un diálogo en presencia de los magistrados y las magistradas integrantes de la sala especial de seguimiento. Es una ocasión realmente inédita, en la que hemos podido presenciar que efectivamente gran parte de los tiempos está dedicado a las víctimas y al relato y la experiencia vital de quienes han padecido el desplazamiento y que estarían vinculados con las diversas medidas que la sentencia ha movilizado. Por otra parte, también se realizan algunas sesiones técnicas que se parecen a las audiencias públicas de seguimiento, pues su objetivo es discutir en público el cumplimiento de las órdenes de la Corte, centradas en las dificultades de las localidades.

³⁹⁷ El último informe presentado es *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual Sexto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 y Primer Informe de Seguimiento al Auto 009 de 2015, Anexos Reservados*, Antropos, Bogotá, 2016.

4.9 Efectos de la sentencia

Como hemos venido indicando, uno de los análisis más concienzudos que se han realizado a la sentencia y al proceso que analizamos, ha sido realizado por César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, quienes, en una investigación de más de una década, han emitido dos monografías y múltiples ensayos³⁹⁸. Uno de los aportes valiosos de la investigación que han desarrollado es la metodología para evaluar los efectos de la sentencia, aunque ya lo hemos mencionado de forma tangencial en algunos apartados, nos dedicaremos a explicarlo con algo más de detalle, pues consideramos que es uno de los aportes relevantes del trabajo de los investigadores.

El marco teórico de la metodología que han desarrollado es constructivista³⁹⁹. Esta metodología tiene en sus bases la crítica al neorealismo, dado que dicho marco epistemológico impide captar algunos efectos de las decisiones de los tribunales que consideran de gran relevancia. La perspectiva neorrealista es una metodología positivista, para la cual el Derecho es un conjunto de normas que modelan la conducta humana y las ciencias sociales se dedican al estudio de lo cuantificable y empíricamente contrastable: “derecho como un conjunto de normas coercitivas cuyo cumplimiento eficaz modifica la conducta humana, y la ciencia como conocimiento del comportamiento externo observable y que aplica un estricto test de causalidad para medir el impacto de una resolución judicial”. Desde esta metodología de análisis las sentencias son evaluadas atendiendo a los cambios efectivos en la vida de las personas implicadas por la sentencia; sus efectos directos. En esta

³⁹⁸ Especialmente los libros que hemos venido citando, Cortes y Cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, año 2010 y su versión actualizada: Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Paralelamente los autores han desarrollado una serie de paper entre los que destacamos: “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, en Texas Law Review, V. 89, 2011, p. 1669.

³⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p 28 y 29.

línea se ubican los diversos trabajos que han analizado los impactos de sentencias estructurales y se manifiestan reticentes a reconocerles un gran impacto transformador, identificándolas más bien como “*esperanzas vacías*”⁴⁰⁰. Obviamente, los métodos de investigación cuantitativos son los preferidos para el neorrealismo.

Para la perspectiva constructivista, en cambio, el Derecho se caracteriza por ser un conjunto de normas y símbolos que modifican y son modificados por las relaciones sociales⁴⁰¹. Desde esta metodología se estudian los efectos directos, pero además se aspira a develar la existencia de efectos indirectos: “el derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones no solo cuando inducen cambios en la conducta de individuos y grupos directamente involucrados en el caso, sino también cuando provocan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican la percepción de los actores sociales y legitiman las visiones de mundo que promueven los activistas y litigantes que acuden a las cortes”⁴⁰². Para detectar esos otros efectos se utilizan métodos cualitativos, como el análisis de discurso en los medios de comunicación o las entrevistas en profundidad que permitirían detectar los cambios en las subjetividades de las personas. En definitiva, desde una epistemología constructivista, los efectos de las sentencias pueden ser una consecuencia directa de la sentencia, pero también indirectos en el caso de situaciones que no están expresamente señaladas en la sentencia, pero son una consecuencia de ella. Por otra parte, los efectos serían materiales cuando estamos ante resultados tangibles y simbólicos,

⁴⁰⁰ RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 39. RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado, p. 22 y ss. Rescordemos que las discusiones sobre el impacto del litigio estructural en Estados Unidos se encuentra fuertemente relacionada con las pugnas entre estas perspectivas epistemológicas. Nos hemos referido a algunos trabajos paradigmáticos de estas controversias en la nota al pie n° 69, del primer capítulo de la investigación a propósito de las relaciones entre derecho y cambio social.

⁴⁰¹ BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del Derecho*, citado, p. 160. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, citado, p. 89 y ss.

⁴⁰² RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado, p. 24 y ss.

en cambio, en aquellos casos en los que la sentencia genera modificaciones en las percepciones personales o colectivas de la situación sobre la que trata el caso. Se trataría de alteraciones culturales o ideológicas⁴⁰³. Como veremos al finalizar en el capítulo tercero de esta investigación, los enfoques neorrealistas y constructivistas son parte fundamental de la reflexión sobre el cambio social y el derecho, por lo que retomaremos este análisis en dicha oportunidad.

Conforme a la metodología que hemos indicado, los autores desarrollan una investigación que les permite señalar diversos efectos de la sentencia T-025-2004, a saber: el efecto desbloqueo, el efecto coordinador, el efecto deliberativo, el efecto políticas públicas y el efecto social. A continuación realizaremos una breve referencia a cada uno de ellos.

4.9.1 El efecto desbloqueo

Este efecto consiste en la desestabilización de una burocracia estancada por falta de capacidad, de voluntad y de presupuesto. Comprende esa ruptura de la *inercia estatal* a la que hemos aludido en el capítulo anterior al explicar el carácter grave y estructural de los conflictos a los que se enfrenta el activismo judicial dialógico en casos como este. El efecto desbloqueo es representado por las diversas consecuencias que ha tenido la fuerte presión que sobre las diversas autoridades y funcionarios públicos se ha producido desde que se dictó la sentencia, presión que se ha mantenido a través de diversas estrategias durante el seguimiento (las audiencias, autos, reuniones de seguimiento, quejas por desacatos de

⁴⁰³ Los ejemplos indicados por los autores aportan bastante claridad: 1) Efecto material directo: diseño de política pública ordenada por la sentencia; 2) Efecto material indirecto: formación de coaliciones de activistas para influenciar en la cuestión que se está considerando; 3) Efectos simbólicos directos: Definición y percepción de los problemas como una violación de derechos; 4) Efectos simbólicos indirectos: Transformación de la opinión pública en relación con la urgencia y gravedad del problema. Cfr. RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado p. 42.

autoridades, informes críticos al trabajo del gobierno de fiscalía, defensoría del pueblo y contraloría).

El efecto desbloqueo es directo y material, pues consiste en reacciones inmediatas por parte de las entidades estatales a las que estuvieron dirigidas las órdenes judiciales.

La primera consecuencia del desbloqueo es el estudio que el gobierno tuvo que realizar para indicar a la Corte el presupuesto público necesario para enfrentar la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. La Corte no fijó en la sentencia una suma determinada para ejecutar las políticas públicas y alcanzar el goce efectivo de los derechos, sino que ordenó al ejecutivo realizar ese cálculo con agilidad. Por otra parte, el presupuesto efectivamente asignado al problema del desplazamiento forzado entre los años 2004 y 2014 ha aumentado en casi diez veces. Pese a todo, cabe destacar que, según los estudios actuales, el dinero asignado aún es insuficiente⁴⁰⁴.

Una segunda manifestación de este efecto desbloqueo son las mejoras en el sistema registral y la producción de información básica sobre el desplazamiento. Hasta antes de la sentencia el sistema de registros públicos de las personas víctimas de desplazamiento forzado era bastante precario, lo cual se constituía como un gran obstáculo al diseño de políticas públicas para superar el estado de cosas inconstitucional, a los procesos de construcción de memoria histórica, entre otras graves consecuencias. Con la sentencia y su proceso de ejecución, diversos funcionarios públicos han reconocido que fue por el deber de entregar informes a la Corte que se obligaron a comenzar a registrar y trabajar con estadísticas. El proceso de registro de las personas víctimas de desplazamiento ha pasado por

⁴⁰⁴ RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado p. 44. Durante los nueve años del programa sobre desplazamiento forzado del periodo anterior a la sentencia (1995-2003) el promedio anual fue de 76.371 millones por año. En el periodo posterior al fallo (2004-2008) el promedio anual se multiplicó casi diez veces, al pasar a 731.343 millones. RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, citado, p. 230 y ss.

diversas etapas, yendo de menos a más. Actualmente, como hemos visto, cuenta con un registro conforme al sistema que creó la Ley de Víctimas⁴⁰⁵.

Otra prueba de que se ha producido un efecto desbloqueo la encontramos en los órganos y procedimientos de coordinación que se han creado como consecuencia de la sentencia. Las distintas instancias públicas que trabajan con los desplazados no tenían mecanismos de coordinación, cosa que se generaba tanto en los múltiples programas existentes a nivel nacional, como en la relación entre éstos y los regionales o territoriales. Este efecto de la sentencia es percibido, desde la administración pública, como una de sus principales virtudes, pero ha tenido como gran desafío articularse con las novedades propias de la puesta en marcha de la ley de víctimas⁴⁰⁶. Finalmente, una última manifestación de que se ha producido un efecto de desbloqueo de la política pública es la creación del *Plan Nacional para la Atención Integral a la Población*, la columna vertebral de la política pública referida a las personas víctimas de desplazamiento forzado.

⁴⁰⁵ RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global, citado, p. 101.

⁴⁰⁶ “Se han diseñado diversidad de planes, modelos de atención y guías, y se dispone de mayores recursos presupuestales. No obstante, las falencias institucionales en la atención a las víctimas de desplazamiento identificadas en la sentencia T-025 y sus autos se han abordado superficialmente debido a que los esfuerzos se han centrado en implementar la Ley de Víctimas” Cfr. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y MONITOREO AL CUMPLIMIENTO DE LA LEY 1448 DE 2011 -CMSL-, *Informe al Congreso de la República 2013 –2014*, Bogotá, agosto de 2014, pág. 573-575.

4.9.2 El efecto deliberativo o participativo

Desde que se dictó la sentencia se prescribió que la participación sería uno de los principios del proceso, incluso se reconoció como su fundamento⁴⁰⁷. Por lo que haber logrado efectos en este ámbito tiene como antecedentes la expresa voluntad de la Corte. Con este efecto los autores se refieren a los diálogos que en diversos niveles se generaron a partir de la sentencia. Es un efecto material, a veces directo y en otras es indirecto. Es directo en aquellos casos en que la sentencia permitió desarrollar un diálogo entre órganos de gobiernos y programas que estaban mal comunicados y como fruto de la necesidad de coordinación mejoró el diálogo entre ellos. En cambio, es indirecto cuando los canales de comunicación no han estado expresamente previstos, pero se han producido como consecuencia de la sentencia, por ejemplo: el diálogo entre profesores universitarios y activistas de movimientos sociales que han participado de la Comisión de Seguimiento o en las diversas mesas de trabajo de los autos con enfoques diferenciales han generado.

Una forma intensa y fructífera de participación y deliberación se produjo a partir de la generación de indicadores de goce efectivo de los derechos, uno de los conceptos claves de todo el proceso de seguimiento, pues son la herramienta para evaluar las políticas públicas y la evolución del estado de cosas inconstitucional. El esfuerzo presupuestal realizado o el diseño de políticas públicas y de normas legales no pueden ser evaluados con abstracción del análisis sobre el mejoramiento real de las condiciones del grupo, es decir, sin que ello se traduzca en goce efectivo de derechos⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Véase Sentencia T-025, p. 36, 62, 98, 100 y considerando resolutivo N° 2. Respecto del derecho a la participación efectiva, puede consultarse: COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Estado de avance de la realización del derecho a la participación efectiva de la población desplazada*, Bogotá, Junio 2010, disponible en el sitio web de Codhes, www.codhes.org. Último acceso 10 junio, 2011.

⁴⁰⁸ “el criterio para declarar la superación del estado de cosas inconstitucional no es la realización de un esfuerzo presupuestal específico, el rediseño de políticas públicas, la expedición de nuevas y mejores leyes, la

El diálogo funcionaba de la siguiente forma, diversas instancias del gobierno y la Comisión de Seguimiento presentaban propuestas de indicadores y la Corte mediaba para alcanzar los acuerdos necesarios⁴⁰⁹. Los indicadores han sido puentes de diálogo en varios sentidos: 1. Permitieron y ordenaron el diálogo entre los diversos intervinientes del proceso; 2. han sido un puente para que los derechos humanos tengan un rol central en todo momento; 3. el diálogo para definir un indicador de goce precisa herramientas conceptuales y metodológicas propias de un conocimiento respecto de los derechos humanos que pone su acento en la eficacia; 4. también son un puente para el diálogo entre ámbitos de conocimiento diverso, como el derecho y la economía; 5. han contribuido a la rigurosidad de los procesos de construcción de información sobre el estado en que se encuentran las personas víctimas de desplazamiento forzado. Entre ellos destacan las tres encuestas nacionales de verificación, pues los indicadores han permitido un lenguaje preciso para levantar la información necesaria⁴¹⁰.

creación de macro estructuras administrativas, la entrega periódica de asistencia en especie o en dinero a las víctimas del desplazamiento, o el simple paso del tiempo, sino la garantía efectiva de los derechos de la población desplazada” Cfr. Auto 219 de 2011.

⁴⁰⁹ “Para promover la participación de un grupo más amplio de sujetos, la Corte diseñó una metodología de trabajo y de intercambio de documentos técnicos sobre el diseño y el uso de indicadores (Auto 337 de 2006), lo que dio lugar a una plétora de indicadores. En diciembre de 2006, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, Acnur, la Comisión de Seguimiento y el gobierno nacional, representado por Acción Social, entregaron a la CCC unos quinientos indicadores” Cfr. RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 127.

⁴¹⁰ El resultado de los intensos procesos de deliberación sobre los indicadores se puede ver en diversos autos de seguimiento, especialmente: Auto 116-2008, que es un auto de ajuste de indicadores que establece 174 indicadores para evaluar el estado de cosas inconstitucional y el goce efectivo de veinte derechos. En junio y octubre de 2012, el Departamento de Planeación, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, y la Comisión de Seguimiento presentaron 283 indicadores de resultado para veinticuatro derechos y cuatro conjuntos de indicadores con enfoques diferenciales Auto de 1º de noviembre de 2012. Véase RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 128 y ss. Respecto de las Encuestas de Verificación, cabe destacar que se han realizado tres encuestas y su coordinación ha sido responsabilidad de la Comisión de seguimiento. Sus resultados son el contenido más relevante que existe respecto a la situación de las personas internamente desplazadas en Colombia. Tales encuestas son: I, 2007, encuestó a 6.600.00 hogares de 50 municipios, II del año 2008; y la III del año 2010 que encuestó a 10.000.435 personas de 68 municipios diferentes.

Finalmente, las consecuencias de la participación en el proceso de la T-025-2004 se han proyectado a la actual Ley de Víctimas, ya que ésta reconoce derechos de participación a las víctimas que tendrían sus raíces en el año 2004, con la emisión de la sentencia que estudiamos⁴¹¹. Es más, se ha indicado que la ley es una *hija del proceso* “la Ley de Víctimas puede ser considerada un producto de las directrices sustantivas y procedimentales y los principios ofrecidos por la Corte durante el proceso de seguimiento⁴¹²”. La herencia sería visible en lo que respecta a los derechos de participación, en la centralidad de la noción de goce efectivo de los derechos y en diversos principios y derechos que son parte del desarrollo del seguimiento de la sentencia: derecho a la verdad, reparación colectiva, el derecho a la rehabilitación y atención psicosocial. También ciertas normas con enfoques diferenciales respecto de los derechos a la reparación y restitución de tierras, que son fruto directo de la tercera etapa del seguimiento que hemos visto.

4.9.3 Efecto políticas públicas

Este efecto consiste en que la sentencia y su proceso de seguimiento han impulsado políticas públicas destinadas a generar las condiciones para poner fin a las vulneraciones de derechos que afectan a las personas víctimas de desplazamiento forzado. Es un efecto material y directo cuyo protagonista es el *Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, espina dorsal de la política pública que se ha generado⁴¹³. El goce efectivo de derechos ha sido el punto de partida del diseño y evaluación

⁴¹¹ VARGAS REINA, JENNIFFER, “Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, N°6, 2014, p. 170.

⁴¹² RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global, citado, pp. 116 y 117.

⁴¹³ RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 45, 102 y ss.

de las políticas públicas, por lo que los indicadores marcaron un giro en la lógica de medición de la política, pues ha pasado a ser evaluada por nivel de satisfacción de derechos, privilegiando la evaluación de resultados concretos, antes que de medios o procesos⁴¹⁴.

Cabe destacar que respecto a las políticas públicas la Corte ha tenido diversas intensidades. Al inicio del proceso su rol era más tímido y se limitaba a estimular la iniciativa del gobierno, pero también ha tenido una etapa más intensa en la que ha señalado programas en específico a crear, plazos y presupuestos. Un ejemplo de ello es el auto 092-2008, el auto que desarrolla en enfoque diferencial de mujeres y que ha generado dinámicas de participación y seguimiento específicos. En efecto, en este autos hay dos partes, una conocida como “los doce programas” en que la Corte ordena expresamente la creación de esa cantidad de programas y estableció un plazo de dos semanas para su creación, y otra que se denomina como “el anexo reservado” en que la corte reconoce ciento cincuenta y cuatro casos de violencia sexual en contexto de conflicto armado, exigiendo que la fiscalía avance con prioridad sus investigaciones⁴¹⁵.

4.9.4 Efecto socioeconómico

Estos efectos son materiales pero no son directos: en la medida en que la sentencia por sí sola no logra la eficacia de un derecho social, ha sido necesaria la intervención de otros órganos de gobierno, presupuestos, etc. Medir el impacto de la sentencia desde el punto de partida del efectivo ejercicio de los derechos tiene como dificultad la falta de registros que hemos mencionado. Por eso, las conclusiones más rigurosas se pueden avanzar a partir de la

⁴¹⁴ Se evalúa “sí” cuando la persona o familia señala que el conjunto de criterios establecidos para la satisfacción de un derecho se ha cumplido y “no” cuando informan otra cosa.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 110.

información arrojada por las diversas encuestas que ha desarrollado la Comisión de Seguimiento, por lo que la línea de base más fehaciente es del año 2007. Los principales progresos se han producido en los indicadores relativos al derecho a la salud y en educación, al punto que el año 2011 se levantó parcialmente el estado de cosas inconstitucional en lo que respecta al derecho a la salud de las personas víctimas de desplazamiento forzado, con excepción de las personas indígenas y afrodescendientes⁴¹⁶. Por su parte, los peores avances se encuentran en los derechos vinculados a la restitución de tierras y vivienda⁴¹⁷.

⁴¹⁶ “Aun cuando persisten los problemas estructurales que afectan en general al sistema de salud, [...] dado el compromiso mostrado por el gobierno nacional para alcanzar un nivel de cumplimiento alto [...], no es necesario, salvo en el caso del derecho a la salud de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas, que la Corte Constitucional siga haciendo un seguimiento permanente de las acciones gubernamentales en materia de salud” Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Auto de Seguimiento N°219, 2011.

⁴¹⁷ “En relación con la política de restitución de tierras despojadas o forzadas a dejar en abandono 1. La convergencia geográfica entre la política de restitución de tierras despojadas o forzadas a dejar en abandono y el modelo de desarrollo intensivo-extractivo enfatizado en la minería, genera una serie de retos y desafíos para el juez de restitución. El principal de ellos tiene que ver con la necesidad de que el juez, revestido de competencias constitucionales, aplique un test de priorización de derechos fundamentales e intereses en juego seriamente solapados entre sí en los territorios objeto de restitución. 2. Estos derechos se desprenden de un interés social y público (el resarcimiento de daños históricos ocasionados a las víctimas de desplazamiento forzado) y cuentan con un alcance constitucional, de manera que los derechos contractuales inherentes a las concesiones mineras debieran ceder a los mismos, como resultado de la aplicación de un test de razonabilidad. 3. La Agencia Nacional Minera tiene la obligación constitucional y legal de suministrar la información requerida por la jurisdicción transicional de restitución de tierras, incluyendo pormenores jurídicos, financieros, técnicos y operativos de la actividad minera, para que la jurisdicción pueda poner en práctica la jerarquización de derechos y emitir órdenes precisas de sustitución de actividades o de realización de estudios previos y de planeación participativa de las mismas. 4. El juez debe evitar, en todo caso, que las víctimas restituidas sean expropiadas de los predios o sometidas a gravar la propiedad sobre los mismos al servicio de actividades mineras. Cualquier intento de expropiación posterior a la restitución resultaría constitucionalmente impertinente. 5. El juez de restitución puede dejar sin efectos los actos administrativos y contratos de concesión de explotación de recursos naturales mediante su declaración de suspensión como medida cautelar e incluso de nulidad como medida definitiva desde una perspectiva retrospectiva (frente al pasado) o prospectiva (hacia el futuro)”. VARGAS, FERNANDO, “Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas”, en *Minería en Colombia. Derechos, política pública y gobernanza*, citado, p. 75. CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR (Cinep), “¿Y si la tierra hablara? Los ecos de la restitución”, *Boletín N°2*, septiembre 2014, p. 7.

4.9.5 Efecto de reestructuración del marco

Para señalar este efecto los autores utilizan un concepto de sociología política de *reestructuración del marco*, que permite visibilizar cómo puede cambiar la comprensión de un problema en el espacio público y la forma de enmarcarlo. Hasta antes de esta sentencia el problema del desplazamiento forzado tenía una discreta presencia en la agenda y debate público. Era enmarcado como un efecto secundario del conflicto armado, mientras que luego de la sentencia se comenzó a ver el desplazamiento como fuente de violación de derechos humanos y a los desplazados como víctimas de ellas, por lo que estamos ante uno de los efectos simbólicos más relevantes de la sentencia⁴¹⁸.

La metodología para evaluar este efecto comprende: la realización de entrevistas, el análisis del efecto mediático de las sentencia, la aparición del tema en los medios de prensa y cómo su presencia experimenta una notable alza con posterioridad a su dictación y ha ido en aumento en tanto avanza el proceso de seguimiento. Junto a ello, también en los medios de comunicación la forma de encuadrar el tema pasó a utilizar el lenguaje de los derechos humanos⁴¹⁹.

La reestructuración del marco también comprende la creación de nuevas dinámicas en la sociedad civil. Esencialmente ciertos actores como las organizaciones de caridad y ciertas secciones del poder ejecutivo que hasta antes de la sentencia tenían un rol protagónico, pasan a tener un lugar secundario. Paralelamente, asume protagonismo la Corte

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 48.

⁴¹⁹ En este sentido, Rodrigo Uprimny: “una de las grandes contribuciones de la sentencia T-025, y sus autos ulteriores, es haber mostrado que los desplazados no son víctimas de una catástrofe natural, que no son solo personas vulnerables que merecen una especial atención del estado por su vulnerabilidad, sino que son, además, víctimas de un crimen atroz que es el desplazamiento y que, como tal, tienen derecho a la reparación y ese derecho es distinto a los derechos sociales que se satisfacen mediante políticas sociales prestacionales y de asistencia humanitaria”. RODRÍGUEZ, CÉSAR Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado, p. 109.

Constitucional, ciertas organizaciones de la sociedad civil, como Codhes, y también el concierto internacional, por ejemplo, ACNUR⁴²⁰.

⁴²⁰ RODRÍGUEZ, CÉSAR, RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, citado p. 77.

II. ACTIVISMO DIALÓGICO Y CONFLICTO SOCIO AMBIENTAL EN ARGENTINA

En este acápite expondremos el caso Mendoza, que se desarrolla en Argentina. Para contextualizar su comprensión nos parece relevante explicar el precedente Verbitsky, señalar los rasgos elementales del conflicto socioambiental en dicho país y de la contaminación del Riachuelo. Por su parte, para explicar el caso indicaremos quienes son las partes en este proceso, la decisión del tribunal y el proceso de ejecución y seguimiento que, con posterioridad a la dictación de la sentencia, también da cuenta del carácter dialógico del caso, para ello nos centramos en el proceso social de seguimiento y las audiencias públicas que se han celebrado en esta etapa. Finalmente, también exponemos los efectos que se han identificado.

1. El precedente Verbitsky

El caso Verbitsky forma parte de los casos paradigmáticos del activismo judicial progresista de Argentina y trata sobre las condiciones inhumanas en las que se encuentran las personas privadas de libertad de la provincia de Buenos Aires, situación que llevaba años agravándose y siendo denunciada por diversos informes de derechos humanos nacionales e internacionales⁴²¹.

⁴²¹ En efecto, diversos informes de derechos humanos habían denunciado la situación, entre ellos: el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, CCPR/CO/70/ARG, párrafo 11: “preocupa hondamente al Comité que las condiciones reinantes en las cárceles... considera que la gran superpoblación y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, como la alimentación, la ropa y la asistencia médica, son incompatibles con el derecho de toda persona a un trato humano y con el respeto de la dignidad inherente al ser humano. Se ha establecido además la existencia de abusos de autoridad por los funcionarios de prisiones, que se manifiestan en tortura y malos tratos, corrupción y otras prácticas... En relación con las reclamaciones por malos tratos o tortura, recomienda que el Estado Parte incluya en su próximo informe datos detallados sobre el número de reclamaciones recibidas, con mención de los recursos a disposición de los reclamantes, el resultado de las reclamaciones hasta la fecha, el tipo de sanción disciplinaria o punitiva que se impone a los culpables reconocidos de estas prácticas y las responsabilidades precisas de todos los órganos pertinentes del Estado”.

Las condiciones infrahumanas de las personas a favor de las cuales se interpuso la acción comprenden un gravísimo hacinamiento, deplorable estado de conservación e higiene, el hecho de que duermen y comen en el suelo, e insuficiencia de comida y de sanitarios son suficientes. Junto a ello, las detenciones se efectúan en retenes policiales, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados⁴²². Entre las personas afectadas se encuentran niños, mujeres y enfermos. Esta situación ha constituido un aliciente para el desarrollo de graves episodios de violencia en el interior de las cárceles, motines, fugas y tomas de rehenes⁴²³.

Otro caso es el GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIÓN ARBITRARIA, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*, visita a Argentina, E/CN.4/2004/3/Add.3. La visita fue realizada entre los días 22 de septiembre y 2 de octubre del 2003. Así, por ejemplo, se señala en el párrafo 35: “Representantes del Gobierno Federal y de los gobiernos provinciales utilizaron duros términos para referirse a la situación en las prisiones, cárceles y comisarías de policía. Algunos llegaron a afirmar que el sistema de detención en Argentina había colapsado... El problema principal parece ser la sobrepoblación de los centros de detención. En muchos centros visitados el Grupo comprobó que las celdas albergaban a más del doble de detenidos que aquellos que su capacidad física permitía... El Grupo recibió informes que en una provincia se había recurrido a la utilización de contenedores y camiones, sin ventanas ni ventilación, para albergar detenidos... En otros centros, varios agentes se quejaron que no existía personal suficiente para permitir la salida de los detenidos de sus celdas. La delegación comprobó también las malas condiciones sanitarias, sin acceso a servicios mínimos de higiene y de desagüe; detenidos enfermos que no recibían medicación; detenidos con sarna y colchones con garrapatas. En varios centros de detención visitados, los detenidos deben defecar sobre bolsas de polietileno”. Finalmente, no podemos dejar de mencionar el informe desarrollado por: COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Conclusiones y recomendaciones. Argentina*, 10 diciembre 2004, CAT/C/CR/33/1, párrafos: “h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes. i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte. j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación”.

⁴²² Al tiempo de ventilarse el caso, la situación era la siguiente: 340 comisarías con capacidad para albergar a 3178 personas, en la realidad, albergaban a 6364. La situación era aún más grave en las seccionales del conurbano bonaerense: 5080 personas en celdas que podían cubrir solo 2068 plazas. Recomendamos observar el micro documental *Calabozos Bonaerenses*, registro audiovisual que los demandantes usaron para retratar las vulneraciones denunciadas, en una de las audiencias públicas celebradas en el caso. Es la mejor descripción que hemos encontrado de los hechos que fundamentan el inicio del litigio: <http://www.vimeo.com/11015270>. Consideramos que la exposición de los hechos del caso, más detallada y en formato escrito, se encuentran expuesta en el documento que los demandantes presentaron en la primera audiencia pública, (día 1 de diciembre 2004) en la Corte Suprema de justicia. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/audiencia_publica_1122004.pdf. (visitado junio 2013)

⁴²³ Algunos de los documentos periodísticos citados por los demandantes, para fundamentar esta última afirmación, son: el día 12 de enero 2002 muere un reo en una revuelta originada en una comisaría, Cfr. <http://www.lanacion.com.ar/366389-un-presos-muerto-y-seis-policias-heridos-en-una-comisaria-en-claypole>; 17 enero 2001, otro Motín, esta vez con 5 presos y dos policías heridos en un retén policial donde nuevamente el hacinamiento desempeñó un papel determinante. Cfr.

El caso Verbitsky se inició en noviembre de 2001 con la interposición de un habeas corpus colectivo ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires y tras tres años y cinco meses de batallas procesales, de discusiones jurídicas relacionadas con la admisibilidad y competencia para conocer del recurso, recién en febrero del año 2004 un tribunal argentino lo admitió a trámite, específicamente la Corte Suprema en el contexto de una queja disciplinaria⁴²⁴. El proceso estuvo integrado por dos audiencias públicas, la primera en diciembre 2004 y la segunda en abril de 2005. El demandante fue una de las organizaciones no gubernamentales de gran trayectoria en la defensa de los derechos humanos de Argentina, el Centro de Estudios Legales y Sociales (Cels), y los demandados fueron el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y el Ministro de Justicia del Gobierno Provincial de Buenos Aires. Gran parte de los esfuerzos argumentativos de las partes se circunscribieron al ámbito procesal, con el objeto de defender la pertinencia del litigio colectivo, y el gobierno, por su parte, con el objeto de defender su gestión en torno a la situación de las personas privadas de libertad, pero también alegando el principio de separación de poderes y la impertinencia de la acción colectiva, para disuadir a la Corte de su participación en el caso.

Tras un largo e interesante proceso, Verbitsky es uno de los precedentes fundamentales para comprender el litigio colectivo en Argentina. De hecho, la interpretación que el tribunal realiza del artículo doce de la constitución es paradigmática en la historia del

<http://www.eldia.com.ar/ediciones/20020117/policiales4.asp>; El día 21 de enero 2002, otro motín vinculado a una protesta por las condiciones de hacinamiento, dos guardias fueron tomados como rehenes, <http://www.lanacion.com.ar/368575-corrientes-dos-muertos-y-seis-heridos-tras-un-choque-frontal>. (visitado junio 2013)

⁴²⁴ Véase el texto íntegro de la sentencia en el sitio web del poder judicial argentino: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=582458>, y el expediente en: <http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalleTpl&ss=171&ids=158&item1=181&item2=193&idc=> (visitados junio 2013)

derecho procesal de los derechos humanos. Por su parte, las medidas adoptadas sobre el fondo del asunto fueron de dos tipos: las primeras, y por referirse a niños, mujeres, enfermos y personas detenidas ilegalmente en comisarías, tenían por objeto ser ejecutadas en forma inmediata. Las segundas, más referidas al tema de fondo, comprenden la creación de una instancia de diálogo que, bajo la supervisión de la Corte, avanzara en la superación del conflicto de carácter estructural⁴²⁵. De tal modo, la sentencia entrega un precedente relevante en cuanto a que un tribunal, por regla general, no puede intervenir en aspectos propios de otros poderes del Estado, sin estar violando el principio de separación de poderes⁴²⁶. Sin embargo, esta situación cambia tratándose de violaciones a derechos humanos que reflejan una gravedad institucional, marcada por la falta de mecanismos idóneos para eliminar las causas estructurales de la violación⁴²⁷. En tal caso, se posibilita la intervención judicial, pero no destinada a diseñar las políticas públicas, sino a promover el diálogo de los entes involucrados, para que sean ellos quienes a través de la deliberación democrática generen las vías de implementación de las decisiones adoptadas.

También es de destacar la participación de *amicus curiae*, que aportaron conocimientos teóricos y fácticos en el diálogo al interior del juicio, como también durante el proceso de ejecución. Es el primer caso en el ámbito jurisprudencial argentino en el que se permite este tipo de intervención⁴²⁸.

⁴²⁵ En efecto, ha sido el propio Cels quien ha solicitado esta instancia de diálogo. También piden que se cree una etapa de ejecución de la sentencia caracterizada por un proceso de diálogo entre los involucrados, que permita la generación de propuestas idóneas de solución. En este sentido, y haciéndose cargo de los cuestionamientos que pueden surgir para el tribunal respecto de los límites de su intervención, se apoyan en diversos precedentes jurisprudenciales que expresan resoluciones judiciales similares a las que se proponen, es decir, que *trasladan parte del debate a la etapa de ejecución de la sentencia*.

⁴²⁶ Retomaremos esta lectura del principio de separación de poderes en el tercer capítulo, acápite III, n°4 de esta investigación.

⁴²⁷ Los apartados más importantes en los que la Corte se extiende en el desarrollo de los argumentos a favor de su competencia para pronunciarse en el caso son los N° 26 y 27.

⁴²⁸ Los *Amicus Curiae* que participan en el caso son : *Comisión nacional de juristas, Human Rights Watch, Organización mundial contra la tortura, Asociación por los derechos civiles, Clínica jurídica de interés*

Al igual que en el caso T-025, es el proceso de seguimiento al que ha dado lugar lo que nos interesa destacar, pues la Corte abre las puertas a una etapa de ejecución innovadora con un rol protagónico de los espacios de diálogo entre los diversos actores involucrados, generando la vinculación de todos los poderes del Estado y de diversas organizaciones de la sociedad civil que trabajan por la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Podemos hablar de un verdadero proceso de diálogo multinivel, pues en cumplimiento de lo encomendado en el punto resolutivo N° 8 de la sentencia se generó debate a nivel legislativo; específicamente, se abrió una mesa de diálogo en el senado que, con la participación del CELS, comenzó a sentar las bases de las primeras modificaciones legales que se precisan realizar. Este es el origen de la ley 13.449 aprobada en marzo del año 2006 y que modifica la ley procesal penal en materia de prisión preventiva. Aún quedan reformas pendientes y las últimas mesas de trabajo en este nivel se siguen relacionando con el tema de la ejecución de la pena.

Otra parcela de diálogo que se ha abierto se sitúa en el ámbito del poder ejecutivo. Así este abre mesa con participación del: Ministerio de Seguridad Provincial, la Secretaria de Derechos Humanos de la Provincial, la Procuraduría General, el CELS y las otras

*público de Córdoba, la asociación civil El ágora, Casa del liberado, Centro de comunicación popular y asesoría legal. Cabe destacar que, a lo largo del tiempo, la concepción de los amicus ha variado. En este sentido: “La regulación originaria que se hizo cuando yo ingresé en la Corte Suprema, en relación con los amigos del tribunal duró un buen tiempo, que nos permitió ganar experiencia y llegar a una conclusión. La conclusión es que, en realidad, los amigos del tribunal lo que hacen es alegar en favor de una de las partes. Nosotros hicimos una convocatoria a organizaciones no gubernamentales el año pasado y entre todas se discutió cual era la reglamentación más apropiada de los amigos del tribunal y entre todos se hizo una acordada que luego fue aprobada en la Corte. Esta nueva acordada le da una noción diferente a la idea de independencia porque originariamente se pensó que el amigo del tribunal debía ser considerado como independiente de las partes. En realidad, es independiente en un sentido porque no es la parte. Es independiente de la parte, pero viene a alegar en favor de una de las partes. En ese sentido no es independiente. Es decir, no es imparcial. Pero esto nos resulta más claro ahora, y por eso es que en la audiencia que celebramos en torno al caso de la Ley de Medios se invitó a los amicus a argumentar a favor de una u otra de las partes. Cfr. LORENZETTI, RICARDO, “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”, en *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, citado, p. 349.*

organizaciones que participaron como *amicus curiae* en el procedimiento. Hasta la fecha, han realizado más de dieciseis audiencias de trabajo. A su vez, la Suprema Corte de Justicia ha emitido más de trece resoluciones destinadas a dar curso a las decisiones emitidas por el fallo, tomando en consideración los avances de las mesas de diálogo. Por otra parte, integrando la política de transparencia y participación de la alta Corte, sus audiencias no solo han sido públicas, sino también difundidas por diversos medios tecnológicos⁴²⁹. En marzo de 2003, marzo de 2007 y marzo de 2009 se celebraron audiencias públicas en las que se abordó el tema: en la segunda y en la tercera audiencia se ha hablado específicamente sobre la eficacia de la sentencia en análisis y las regresiones que se habían producido después de su emisión.

No obstante el rigor de argumentación de la sentencia y todas las repercusiones que ha tenido, los efectos directos de ésta están lejos de poner fin a las graves vulneraciones a los derechos humanos que la motivan. Un largo listado de cifras nos indica que los efectos directos siguen en deuda, del mismo modo que sigue pendiente la superación de una visión que ve en la cárcel y el derecho penal la solución a la criminalidad⁴³⁰. Con todo, es fundamental comprender que, desde un punto de vista jurídico, Verbitsky abrió muchísimas

⁴²⁹ El Centro de Información Judicial del Poder Judicial de Argentina tiene una página web en la que se ha generado un apartado especial sobre todas las audiencias públicas que se han desarrollado en casos de relevancia institucional. Pueden encontrarse todos los videos disponibles, clasificados, ordenados y relacionados con sus sentencias y noticias. Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/audiencias.html> (última visita julio 2016)

⁴³⁰ CELS, *Derechos Humanos en Argentina: informe 2011*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p.171 a 214. “La cárcel en la provincia de Buenos Aires funciona como lugar de alienación social y reproducción de la violencia. Las políticas implementadas solo han buscado autocomplacer los discursos oficiales y enfocar los esfuerzos en la construcción de más plazas carcelarias. Ésta constituye una solución sin ninguna posibilidad de éxito. Los casos gravísimos que se describieron no son excepcionales. Forman parte de las prácticas diarias de los funcionarios políticos y judiciales. Se convive con esta tragedia y despreocupación social” CELS, *ibidem*, p. 213. COURTIS, CHRISTIAN, “El caso «Verbitsky»: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?” en *Nueva Doctrina Penal*, N° 2, 2005, pp. 529 y ss. PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, citado, p. 119 y ss.

puertas que en el mundo jurídico, tradicionalmente formalista y conservador, es relevante considerar.

2. El conflicto socio ambiental en Argentina

Argentina, al igual que toda América Latina, está experimentando un proceso de incremento ostensible de la conflictividad ambiental, cuestión que ha impulsado un auténtico giro ecológico de los conflictos sociales. Para dimensionar la intensidad y gravedad de éstos es útil recurrir a Santos y su análisis de las *novísimas guerras* para aludir a los conflictos caracterizados por ocurrir en micro territorios –rurales y urbanos–, con ascendentes procesos de militarización del Estado y de privados y por procesos de *apartheid social*, racismo o injusticia ambiental⁴³¹. A diferencia de las guerras de antaño, no son guerras por fronteras o por reconocimiento, sino que se trata de las guerras de las multinacionales y de las élites económicas por el mar, por las semillas, el agua, la tierra, por los monocultivos del negocio forestal, de la soja o la palma, por la minería; son las guerras por los recursos naturales, por los *bienes comunes*, es decir, aquellos cuyo valor se encuentra en su estrecho vínculo con la vida⁴³².

En este orden de ideas, surge la categoría crítica de *extractivismos* a la que ya nos hemos referido y que, en el caso argentino, como nos explica Maristella Svampa, “debe ser entendido como un patrón de acumulación basado en la sobreexplotación de recursos naturales –en gran parte no renovables– y en la expansión de las fronteras hacia territorios

⁴³¹ MARTÍNEZ ALIER, J., *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*, citado, p. 215 y ss. SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo. La Argentina del Extractivismo y el despojo*, citado, p. 82.

⁴³² Precisamente a reflexionar sobre estas novísimas guerras, Santos dedicó su conferencia magistral en el cierre del foro anual de Clasco del año 2015. El video se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=eHpy1UZz-6E> (visitado abril 2016). Para Ugo Mattei la insurrección zapatista de 1994 es la primera lucha política por los comunes, a las cuales se les sumarían los enfrentamientos antiglobalización de Seattle de 1999, pasando por Cochabamba y las guerras del agua. Cfr. MATTHEI, UGO, *Bienes comunes*, citado, p. 36 y ss.

considerados como “improductivos”. El proceso abarca desde actividades como la mega minería a cielo abierto y la explotación hidrocarburífera (ahora de la mano de la fractura hidráulica o fracking para la extracción de hidrocarburos no convencionales), hasta la expansión de la frontera forestal, energética y pesquera, así como la de los agronegocios basados en transgénicos, la siembra directa (soja entre otros) y los llamados biocombustibles (etanol y biodiesel). Asimismo comprende aquellos proyectos de infraestructura previstos por la IIRSA (Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana) en materia de transporte (hidrovías, puertos, corredores biocénicos, entre otros), energía (grandes represas hidroeléctricas) y comunicaciones, estos proyectos son parte de un programa que fue consensuado por varios gobiernos latinoamericanos en el año 2000 y cuyo objeto central es facilitar la extracción y exportación de dichos productos hacia puertos de destino⁴³³”.

En Argentina, al igual que en toda Latinoamérica, existiría un consenso en torno al horizonte extractivista del país, sin importar la ideología de quienes estén ejerciendo el gobierno, pues ninguna de las coaliciones políticas existentes cuestiona la matriz extractivista del modelo de desarrollo, ni siquiera las izquierdas ya que en los temas socio ambientales se han caracterizado por sostener posturas ambivalentes. Por ello, los conflictos ambientales pueden extenderse no solo a las externalidades negativas o pasivos ambientales que genera un proyecto, sino también a cuestionar la noción de desarrollo y las relaciones entre justicia ambiental y justicia distributiva, por el reconocimiento y la participación. En este sentido tensionan las formas de pensar y construir la relación entre los seres humanos y

⁴³³ SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo. La Argentina del Extractivismo y el despojo*, Katz, Buenos Aires, 2014, p. 16. Hemos mencionado el extractivismo a propósito de la noción de conflictos graves y estructurales que subyacen a los activismos judiciales que estudiamos, específicamente en el ámbito de la tensión entre neoliberalismo y constitucionalismo social, páginas 42 y ss.

la naturaleza que desde la modernidad se ha desplegado en la cultura occidental. En palabras de Maristella Svampa, en estos conflictos se manifiestan “diferentes concepciones sobre el territorio, la naturaleza y el ambiente; así como van estableciendo una disputa acerca de lo que se entiende por Desarrollo y, de manera más general, por democracia⁴³⁴”.

Siguiendo el trabajo de la profesora Gabriela Merlinsky, podemos definir los conflictos ambientales como conflictos sociales que “representan focos de disputa de carácter político que generan tensiones en las formas de apropiación, producción, distribución y gestión de los recursos naturales en cada comunidad o región. Ponen en cuestión las relaciones de poder que facilitan el acceso a esos recursos, que implican la toma de decisiones sobre su utilización por parte de algunos actores y la exclusión de su disponibilidad para otros actores. Se trata de situaciones de tensión, oposición y/o disputa en la que no solo están en juego los impactos ambientales. En muchas ocasiones, la dinámica y evolución del proceso contencioso lleva a poner en evidencia dimensiones económicas, sociales y culturales desatendidas. Cuando estas disputas están espacialmente localizadas, se trata de conflictos territoriales en los que se expresan contradicciones entre el espacio económico y el espacio vital. Por lo tanto, si bien hay un conflicto ambiental, cuando un conjunto de actores sociales plantea demandas en el terreno político en torno a la apropiación social de bienes de la naturaleza, o donde se pone en juego un argumento ambiental, es importante entender que esos reclamos pueden estar mediados por otras demandas de naturaleza social, económica y cultural. La nominación ambiental se establece cuando en la dinámica contenciosa los actores utilizan argumentos ambientales, aun si estos

⁴³⁴ SVAMPA, MARISTELLA, “Consenso de los commodities giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina”, citado, p. 18. GUDYNAS, EDUARDO, “Conflictos y extractivismos: conceptos, contenido y dinámicas” *Decursos, Revista en Ciencias Sociales*, citado, p. 88.

no son los prevalecientes”⁴³⁵. La definición de Merlinsky tiene la virtud de permitirnos comprender que el conflicto ambiental actual suele estar relacionado con diversas exigencias de justicia que se producen desde los territorios. En otras palabras, tras un conflicto ambiental hay muchos factores ya que no suelen ser conflictos *meramente ambientales*⁴³⁶. Por ello su estudio requiere un marco metodológico complejo y exige ser analíticamente rigurosas para captar esa diversidad y complejidad.

Otro rasgo de estos conflictos es la asimetría de poder entre los diversos actores involucrados. Pensemos en una comunidad indígena ante una transnacional o entre los vecinos de un barrio frente a una inmobiliaria o el Estado⁴³⁷. Por otra parte, las subjetividades que caracterizan a estos conflictos son heterogéneas, del mismo modo que lo son los discursos sobre ética ambiental –antropocentrismo, biocentrismo y posturas intermedias de fundamentación– que se disputan los repertorios de saberes y de acciones colectivas que tensionan y se despliegan a propósito de ellos⁴³⁸. Esta diversidad conlleva un proceso de entrecruzamiento y articulación de acciones, identidades y éticas novedoso en la

⁴³⁵ MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, compilado por Gabriela Merlinsky, Clacso-CICCUS, Buenos Aires, 2013, p. 40.

⁴³⁶ GUDYNAS, EDUARDO, “Conflictos y extractivismos: conceptos, contenido y dinámicas”, citado, p. 89.

⁴³⁷ SVAMPA, MARISTELLA, “Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina”, citado, p. 19 y ss. “Los grupos de autoconvocados y las asambleas ciudadanas ambientales son los repertorios organizativos que se han desarrollado al calor de estos conflictos. Se trata de un formato de acción colectiva que se instaló durante la crisis institucional de 2001 y que tiene plena vigencia como forma de articulación de los diferentes actores sociales, políticos y económicos que reclaman por afectaciones al territorio y al ambiente. En la dinámica contenciosa se vuelven un espacio de experimentación y un lugar de producción de marcos interpretativos. Los vecinos que participan en estas experiencias organizan colectivamente y ponen en escena *esquemas de interpretación* que permiten localizar, percibir e identificar eventos y situaciones, en vista a organizar la experiencia y orientar la acción”. MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 29.

⁴³⁸ MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 42. “los distintos casos Latinoamericanos muestran que en varios conflictos están en juego al menos dos cuestiones. Por un lado, más que “lenguajes”, hay una diversidad de saberes, sensibilidades, espirituales y hasta ontologías. Por otro lado, se expresan distintos marcos éticos en adjudicar valores en su sentido más profundo, entendido como los debates sobre qué o quienes son sujeto u objeto de valor, y cómo se expresan ese o esos valores” Cfr. GUDYNAS, EDUARDO, “Conflictos y extractivismos: conceptos, contenido y dinámicas”, citado, p. 85.

medida que pueden permitir la vinculación entre las demandas socioambientales con las dispuestas ancestrales de los pueblos indígenas, campesinos o mujeres⁴³⁹.

Finalmente, desde el punto de vista temporal, es bastante cuestionable establecer una metodología de investigación que establezca un principio y fin del conflicto porque por sus propias características, no suele haber un desarrollo lineal, es por esto que se ha utilizado la imagen de un *espiral* de conflicto, para explicar el desplazamiento de su eje: “más que representar un ciclo que evoluciona y se cierra desde la aparición del conflicto a su resolución, el conflicto evoluciona como una espiral en que el eje del conflicto se va desplazando, tendiendo a perdurar transformado. Esta peculiaridad obedece, entre otros factores a los siguientes: la complejidad de las externalidades cuya distribución, social y espacialmente aleatoria, los genera; la evolución del conocimiento científico sobre los impactos de esos “efectos externos” (o externalidades) en la salud y los sistemas naturales; la creciente conciencia ambiental de la población; y la oscilación de la correlación de fuerzas, tanto local como extra-local, que influye sobre la constitución y dinámica de estos conflictos⁴⁴⁰”.

En esta etapa, nos interesa establecer como característica que el conflicto ambiental puede ser comprendido y problematizado desde un enfoque de derechos, desde este enfoque, además se puede sostener que está dando lugar a un patrón estructural de vulneración de los derechos humanos⁴⁴¹. La vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente es un fenómeno reciente y que, en palabras de Knox, ha consistido en: “el reconocimiento de la

⁴³⁹ GUDYNAS, EDUARDO, “Conflictos y extractivismos: conceptos, contenido y dinámicas”, citado, p. 94.

⁴⁴⁰ SABATTINI, FRANCISCO, WORLMALD, GUILLERMO Y CONTRERAS, YASNA, La guerra de la basura de Santiago. Del derecho al suelo y la vivienda al derecho a la ciudad, informe de avance, proyecto Latin American Urbanization in the Late 20th Century: A Comparative Study, 2003, p. 10. Citado en: MERLINSKY, GABRIELA, “La espiral del conflicto. Una propuesta metodológica para realizar estudios de caso en el análisis de conflictos ambientales, en Cartografía del conflicto ambiental en Argentina, citado, p. 71.

⁴⁴¹ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, citado, p. 10 y ss.

estrecha relación que existe entre los derechos humanos y el medio ambiente ha adoptado principalmente dos formas: a) la adopción de un nuevo derecho explícito al medio ambiente, caracterizado como saludable, sin riesgos, satisfactorio o sostenible; y b) una mayor atención a los vínculos con el medio ambiente de derechos ya reconocidos, como los derechos a la vida y a la salud⁴⁴²”. Este derecho, conforme indica uno de sus pilares normativos, la Declaración de Estocolmo, consiste en: “un derecho fundamental del hombre al medio ambiente como el disfrute de unas condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”⁴⁴³. Dadas las actuales condiciones del mundo, cada vez tiene un mayor reconocimiento internacional⁴⁴⁴ y nacional, al formar parte de la mayoría de los catálogos de derechos fundamentales de las cartas constitucionales, por lo que debería formar parte de acervo normativo al que pueden recurrir los jueces cuando deciden sobre casos como los que analizaremos.

Otro aspecto relevante de esta vinculación entre el conflicto socio-ambiental y los derechos humanos, es advertir la dimensión procedimental y sustancial del derecho humano a vivir en un ambiente libre de contaminación. La dimensión sustancial refiere a que la degradación ambiental afecta ciertos derechos como: salud, alimentación, vivienda, cultura,

⁴⁴² KNOX, JOHN, Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, UN Doc. A/HRC/22/43, p. 5. El hito fundacional se encuentra en el año 1972 con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, conocida como Declaración de Estocolmo. Desde ese entonces cada vez más declaraciones y convenciones internacionales se refieren al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño, Convenio 169 de la OIT relativo a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, Convención Americana de Derechos Humanos, etc.). También han surgido convenciones que tratan aspectos específicos y técnicos (El Convenio Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, Convenio para la protección de la Diversidad Biológica, Convenio para Combatir la Desertificación, Convenio de Espoo sobre contaminación ambiental en contexto transfronterizo, Convenio sobre contaminación atmosférica a larga distancia) Y los sistemas regionales e universales de protección incrementan la jurisprudencia al respecto.

⁴⁴³ Declaración de Estocolmo, Principio I.

⁴⁴⁴ Algunos de los convenios internacionales que expresamente consagran el derecho: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo; Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el Protocolo de San Salvador, artículo 15, 24.2 letra c, y artículo 11, respectivamente.

agua, saneamiento. La dimensión procedimental alude a los derechos de participación, información y justicia de las personas afectadas por dicha degradación⁴⁴⁵. Cabe señalar que el estándar normativo con más avances respecto al derecho humano al medio ambiente libre de contaminación se circunscribe precisamente al ámbito de su dimensión procedimental, cuya traducción consiste en que en la adopción de las decisiones que comprometen el medioambiente deben participar quienes serán afectados por ellas⁴⁴⁶.

Por otra parte, y dadas las características del caso que analizamos, es pertinente señalar que uno de los desarrollos normativos y jurisprudenciales más importantes que se han producido en el ámbito del derecho humano a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene que ver con el derecho al agua. Este derecho no está reconocido en muchos instrumentos internacionales de derechos humanos porque es un derecho emergente y solo recientemente se comienza a visibilizar la gravedad de su vulneración masiva. No obstante, destacada jurisprudencia contenciosa y no contenciosa internacional y comparada, ha desarrollado su contenido en estrecha conexión con el derecho a la vida⁴⁴⁷. En efecto, los órganos especializados de Naciones Unidas han sido categóricos en señalar que el derecho al agua emana del derecho a una vida digna y, al igual que dicho derecho, “se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la

⁴⁴⁵ ESPINOSA GONZÁLEZ, ADRIANA, *Derechos humanos y medio ambiente: el papel de los sistemas europeo e interamericano*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 42 y ss. MERCEDES, FRANCO DEL POZO, *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2000.

⁴⁴⁶ MUÑOZ, SERGIO, “El acceso a la Justicia Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 6, Santiago, 2014, p. 36.

⁴⁴⁷ GARCÍA, ANIZA, *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid, 2008; SHIVA, VANDANA, *Las guerras del agua. Contaminación, privatización y negocio*, Icaria, Barcelona, 2004.

supervivencia⁴⁴⁸». Entre sus características esenciales e interrelacionadas, la calidad consiste en que: “el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico⁴⁴⁹».

Finalmente, así como se habla del giro ecológico de los conflictos sociales, también podemos hablar del giro ecológico de la teoría y práctica de los derechos humanos, cuestión que se manifiesta en que cada vez tenemos más declaraciones internacionales, constituciones y leyes nacionales que reconocen y desarrollan estos derechos. Asimismo, cada vez aparecen más sentencias nacionales e internacionales que, con argumentos de derechos humanos, pueden contribuir a generar los marcos cognitivos necesarios para denunciar las injusticias que se cometen en nombre del *mal desarrollo*⁴⁵⁰.

El aumento exponencial de los conflictos ambientales es una consecuencia de diversos factores. Merlinsky identifica los siguientes:⁴⁵¹ En primer lugar, la tendencia al aumento en la presión exportadora de los recursos naturales, que consiste en un proceso de

⁴⁴⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, número 3.

⁴⁴⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, número 21.b. Para el análisis de la situación de este derecho en Buenos Aires, véase: CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ), CENTER ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS (COHRE), *El acceso a agua segura en el Área Metropolitana de Buenos Aires. Una obligación impostergable, 2009. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/agua_INFORME_COMPLETO.pdf* (visitado octubre 2015)

⁴⁵⁰ Recordemos que esta expresión crítica busca significar que la lógica del desarrollo atraviesa por un fracaso global y sistémico, que afecta a unos y otros países –desarrollados y subdesarrollados– y a las relaciones entre ellos. Este fracaso se manifiesta en cuatro anomalías del modelo de desarrollo: 1) la pobreza y la desigualdad, porque pese a haber aumentado las tasas de crecimiento, ello no ha acarreado la disminución de la miseria, sino que además han aumentado las inequidades; 2) el deterioro progresivo del medio ambiente; 3) el hecho de que el desarrollo no ha traído consigo la incorporación de la mujer al trabajo; y 4) la falta de correspondencia entre crecimiento económico y respeto de los derechos humanos. Véase nota al pie N°130. p. 70.

⁴⁵¹ MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 31.

reprimarización de las economías de los países periféricos, como proveedores de recursos naturales y energía. En segundo lugar, la aceleración del ritmo de los procesos extractivos en el nuevo milenio: desde los años noventa la apertura económica de los mercados acarrió la pérdida del control social de los recursos naturales y en ciertos casos la pérdida total de ello a través del proceso de privatización de los recursos naturales⁴⁵². La aceleración del ritmo de extracción desde mediados de los noventa, con el proceso de desregulación, se intensificó enormemente. En Argentina un contundente y lamentable ejemplo de esto lo encontramos en el cultivo de soja, que desde 1996 ha tenido una expansión del 10% anual, lo cual ha llevado a que actualmente la superficie dedicada al cultivo sobrepase 18 millones de hectáreas en 2009, más de la mitad de la superficie dedicada al cultivo de Argentina. Y esto, además de destruir la vida campesina y afectar a comunidades indígenas, es perjudicial desde el punto de vista del daño a la biodiversidad que conlleva todo monocultivo, por no mencionar que la inevitable destrucción de bosque expande el uso de agro tóxicos⁴⁵³.

Otros factores que influyen en el incremento de los conflictos ambientales son las transformaciones en los procesos de urbanización metropolitana. En este caso Merlinsky extiende el foco a los conflictos en la ciudad, a los problemas de planificación urbana que generan que se exporten a las áreas segregadas de la ciudad las externalidades negativas de una serie de decisiones perjudiciales, como las relativas a los rellenos sanitarios, a la contaminación de aguas y al saneamiento o la proximidad a proyectos contaminantes como termoeléctricas e industrias.

⁴⁵² VV.AA, *El fracaso del consenso de Washington. La caída de su mejor alumno: Argentina*, editado por Laura Ramos, Barcelona, Icaria, 2003.

⁴⁵³ MERLINSKY, GABRIELA, "Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública", *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 32. Respecto de la soja en Argentina véase: SKILL, KARIN Y GRINBERG, EZEQUIEL, "Controversias sociotécnicas en torno a las fumigaciones con glifosato en Argentina. Una mirada desde la construcción social del riesgo" en *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 95 y ss.

En este mismo sentido, Merlinsky menciona la expansión de las herramientas jurídicas y del activismo judicial en el campo ambiental. Este aspecto será especialmente estudiado en el caso que analizaremos y cuya comprensión intentamos introducir en este acápite⁴⁵⁴. Finalmente, Merlinsky explica las transformaciones experimentadas por la acción colectiva en el sentido de la diversidad de interacciones con la institucionalidad, que han tendido a validar modelos de participación que se desmarcan de los patrones tradicionales en el estudio de los movimientos sociales. Ahora bien, esta apreciación no tiene el afán de generalizar, pues más que una tendencia es un rasgo que se presenta en la medida que ciertos actores de los conflictos planteen nuevas formas de comprender la democracia y lo político como consecuencia del conflicto⁴⁵⁵.

3. Contaminación del Riachuelo

Cloaca a cielo abierto, así es como describe Gabriela Merlinsky el río Matanza-Riachuelo. Maristella Svampa, por su parte, indica que el caso representa *lo peor de Argentina*⁴⁵⁶. Es en torno a su contaminación que se desenvuelve uno de los conflictos emblemáticos de las luchas socioambientales de Argentina y que “ha marcado una inflexión

⁴⁵⁴ Respecto de las dimensiones jurídicas de los conflictos ambientales véase: VV.AA, *Senderos de justicia: instrumentos de litigio y defensa de comunidades afectadas por la minería*, edit. por Guilherme Zagallo, traducción de Mariana Marcoantonio y Pablo Moronta, Sao Paulo, Rosa de Luxemburgo-Justicia Global, 2015. VV.AA., AIDA *Guía de Defensa Ambiental. Construyendo la Estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, 2008.

⁴⁵⁵ Un texto interesante en este ámbito es: DOBSON, ANDREW, “Ciudadanía ecológica: ¿una influencia desestabilizadora?”, traducción de Carmen Velayos Castelo, en *Revista Isegoría*, N°24, 2001, pp. 167-187.

⁴⁵⁶ Cfr. MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, p. 27; SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, citado, p. 85.

en el modo como se piensa, se tematiza y se debate la cuestión ambiental en la Argentina⁴⁵⁷”.

La cuenca del río Mendoza comprende 64 km². A lo largo de ella catorce municipalidades tienen jurisdicción y más de cuatro millones de personas viven en situación de pobreza y de contaminación crónica ocasionada por la falta de servicio de saneamiento, así como por las empresas e industrias que se ubican en la cuenca de un río que, más que tener agua, tiene una “sustancia viscosa y negra, su cauce es un compuesto de líquidos industriales y aguas servidas⁴⁵⁸”.

El proceso de contaminación del Riachuelo tiene antigua data, ya que las empresas se han localizado en su cuenca desde el periodo colonial y “durante la mayor parte del siglo XIX se localizaron allí saladeros, depósitos de cuero, curtiembres, ventas de pieles y tripas, que luego, en el periodo del auge agroexportador, hicieron lugar a los grandes frigoríficos [...] grandes plantas metalúrgicas, emplazamiento de astilleros, talleres ferroviarios, siempre fue un lugar donde instalar las actividades contaminantes y un terreno apto para la localización de todo tipo de residuos⁴⁵⁹”.

Un indicador especialmente grave de la situación tiene que ver con el derecho humano al agua y al saneamiento: el 30% de las víctimas de este caso no tiene agua potable y un

⁴⁵⁷ SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, citado, p. 62. En la perspectiva de Svampa hay cinco conflictos ambientales que marcaron un antes y un después de la cuestión ambiental en Argentina: el conflicto minero de Esquel del año 2003 en la provincia de Chubut; el conflicto con Uruguay por la instalación de las pasteras en Gualaguaychú, también del año 2003; el debate y promulgación de la ley de protección a los glaciares, del año 2010; y la resistencia de Famatina contra la mega minería, entre los años 2007-2012. Finalmente, el caso que estudiamos en este epígrafe conocido socialmente como caso Riachuelo o caso Mendoza.

⁴⁵⁸ “Un indicador para evaluar la contaminación de un río es medir la cantidad de oxígeno disuelto en el agua, ya que sin su presencia solo puede vivir un tipo de bacterias (anaeróbicas). En un río limpio, los valores de oxígeno están entre los 8 y los 12 mg. por litro; si se registran menos de 5 mg. el estado de las aguas es considerado intolerable. En la desembocadura del Riachuelo se registran valores de 0 mg., por eso, lo que menos tiene el curso de un río es agua” Cfr. SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo. La Argentina del Extractivismo y el despojo*, citado, p. 85.

⁴⁵⁹ MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 58-59.

57% no tiene cloacas. Por otra parte, las consecuencias en la salud han sido principalmente enfermedades gastrointestinales y respiratorias, debidas a los altos niveles de elementos fecales por el déficit de cobertura en infraestructura sanitaria y a la presencia de metales pesados derivados de la contaminación de las industrias, principalmente plomo, mercurio y zinc. Hay que tener en cuenta que en la cuenca de Riachuelo existen 20.000 establecimientos industriales, 11.000 manufactureros y que, de todos ellos, han sido oficialmente declarados como contaminantes 1.400 industrias⁴⁶⁰. A todo esto debemos incorporar la presencia de a los menos 348 basurales clandestinos⁴⁶¹.

La emergencia ambiental del sector Villa Inflamable precisa mención aparte, ya que el nivel de contaminación, como consecuencia de coincidir con el polo de industrias de petróleo y químicos Dock Sud, es inhumano y la contaminación por plomo compromete gravemente la salud de las personas que habitan la zona en situación de extrema pobreza⁴⁶².

⁴⁶⁰ “la cuenca Matanza- Riachuelo, las tensiones ambientales están estrechamente vinculadas al rol que históricamente han jugado los actores económicos a partir de su poder discrecional para usar los recursos del ambiente como medios de producción y como colectores de efluentes peligrosos. Su capacidad para imponer a otros actores los costos ambientales de sus prácticas económicas (lo que en lenguaje económico se llama externalización de costos ambientales) y la falta de regulación estatal es lo que explica el alto nivel de degradación ambiental de la cuenca. Las comunidades sin acceso a recursos, que viven en asentamientos populares, que experimentan daños a la salud, ciudadanos sin acceso al agua segura y el saneamiento, son los principales afectados por ese proceso de degradación. Pero si prestamos atención a las disputas que se manifiestan en el espacio público, podemos reconocer una serie de conflictos entre actores económicos (empresarios grandes vs pequeños empresarios); entre actores políticos (el Gobierno nacional, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los gobiernos locales); entre actores políticos, actores económicos y empresas de servicios públicos (AySA, la empresa de agua y saneamiento, o el CEAMSE), y conflictos por el acceso al suelo urbano (disputas entre propietarios del suelo urbano, especuladores inmobiliarios, pobladores sin tierra). Si reconstruimos las múltiples líneas de articulaciones y tensiones entre esos actores, descubrimos que es toda esa trama compleja de valores e intereses en disputa lo que define una situación que podemos denominar como conflicto ambiental. En una escala metropolitana, se puede decir que ese conflicto por el saneamiento del Riachuelo traduce, reagrupa e incluso genera una gran diáspora de conflictos territoriales”. MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 42.

⁴⁶¹ MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 73 y ss.

⁴⁶² MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 82. Un estudio etnográfico y sociológico respecto de la Villa es: SWISTUM, DÉBORA Y AUYERO, JAVIER, *Inflamable, estudio del sufrimiento ambiental*, Paidós, Buenos Aires, 2008.

Por ello, uno de los rasgos centrales del caso en estudio es lo que desde los movimientos y las ciencias sociales se ha identificado como *injusticia ambiental*, “un concepto que designa aquellos procesos que contribuyen a que los peligros ambientales se concentren desproporcionadamente en los territorios de mayor relegación social y sobre los ciudadanos con menor poder político y económico⁴⁶³”. Estamos hablando de Buenos Aires, una hermosa ciudad en la que conviven realidades tan distintas como la de Puerto Madero, una de las zonas más ricas de toda Argentina, con las poblaciones que habitan la cuenca del río contaminado: en definitiva, el sur de Buenos Aires es el basurero y el territorio de recepción de carga de toda la actividad contaminante de la ciudad. Que las víctimas de los conflictos ambientales sean personas excluidas y marginados social y territorialmente genera la indicada relación entre las demandas por justicia ambiental y la justicia social⁴⁶⁴.

Finalmente, para comprender la compleja situación que intentamos explicar existen al día de hoy recursos pedagógicos que han sido elaborado por algunas organizaciones de la sociedad civil vinculadas al caso. Nos referimos a un conjunto de documentales y a cartografías críticas georreferenciadas que nos permiten enriquecer la aproximación al conflicto. En este mismo sentido, recomendamos los documentales elaborados por el área de estudios urbanos del instituto Gino Germani de la Universidad de Buenos Aires⁴⁶⁵.

A esta breve descripción debemos incorporar el rasgo más impactante, y es que pese a la gravedad de toda la situación antes descrita y a que la contaminación del Riachuelo tiene

⁴⁶³ MERLINSKY, GABRIELA, Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo, citado, p. 31.

⁴⁶⁴ MERLINSKY, GABRIELA, Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo, citado, p. 49.

⁴⁶⁵ Los documentales se encuentran disponibles, junto a otra serie de recursos pedagógicos, en: <http://quepasariachuelo.org.ar/>. El mapa georreferenciado en: <http://www.lavueltaalrio.org/recursos-educativos> (Visitados octubre 2015). El área de Estudios Urbanos del Instituto Gino Germani, de la Universidad de Buenos Aires, ha elaborado la serie de documentales *Atravesando el Río. Contra la corriente y Una orilla Escondida*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=FuEXS3NbSLI>, <https://www.youtube.com/watch?v=OkG3UXggVoc>, <https://www.youtube.com/watch?v=ui2pHYdUY04>, <https://www.youtube.com/watch?v=eW9jIdMYtj0>

una historia de más de cien años, no se trataba de un problema incorporado como tal en la agenda política, en el sentido de un conflicto social visible públicamente que moviliza instancias sociales e institucionales para su solución. El Riachuelo ya no permitía ningún tipo de vida, la contaminación en el aire, tierra y agua superaban lo humanamente permitido conforme a todos los índices. Sin embargo, los esfuerzos de los vecinos, consistentes en diversos intentos extrajudiciales para movilizar reclamos, desde mediados de los años ochenta, –entre los que destacan ciertos informes de instancias no gubernamentales y del defensor del pueblo– no habían logrado un impacto tan paradigmático como el que se produce a partir del caso en análisis⁴⁶⁶.

Como hemos indicado, desde un punto de vista jurídico, parte importante de las innovaciones procesales y constitucionales que el caso presenta tienen que ver con el precedente Verbitsky. Por otra parte, varias sociólogas destacan su relación con el caso del río Uruguay⁴⁶⁷. Ambos se relacionan para construir un marco que, junto a las diversas dinámicas sociales, institucionales, jurídicas y territoriales, han permitido que el caso Riachuelo sea paradigmático y que, en lo que a esta investigación se refiere, representen un ejemplo de lo que hemos venido intentando describir como activismo judicial dialógico.

⁴⁶⁶ BERGALLO, PAOLA, “La causa «Mendoza»: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, citado, p. 253. Un grupo de vecinos de La Boca denunciaron, el año 2002, ante el Defensor del Pueblo, la situación de contaminación de la cuenca. Dicha denuncia originó una investigación que finalizó con el informe *Matanza Riachuelo, la cuenca en crisis*, que se publicó el año 2003 y con una serie de recomendaciones a distintas instancias del poder ejecutivo con el objeto de enfrentar la grave crisis que se había constatado en la investigación. En seguimiento de esta labor, el año 2006 emitió un segundo informe que da cuenta de que las autoridades no acogieron las recomendaciones. *Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo*, 2003. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/riachuelo.pdf> (visitado octubre 2015).

⁴⁶⁷ “Los repertorios de acción colectiva que se pusieron en juego en el conflicto de las plantas de celulosa en el río Uruguay fueron retomados en otros conflictos ambientales, no es menos cierto que el caso generó el contexto de oportunidad política para que la Defensoría del Pueblo de la Nación, primero, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después, instalaran la cuestión del saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo como un asunto político de máxima relevancia”. Cfr. MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, en *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 46

4. El caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros⁴⁶⁸.

4.1 Las partes del proceso

En julio del año 2004 un grupo de vecinos de Villa Inflamable, junto a profesionales de la salud de la zona indicada, demandaron a diversas instancias públicas por los daños en su salud como consecuencia de la grave contaminación del Riachuelo⁴⁶⁹. La demanda fue interpuesta contra el Estado (nacional, provincial y ciudad autónoma de Buenos Aires) y contra cuarenta y cuatro empresas ubicadas en la cuenca Matanza-Riachuelo. Con posterioridad se amplió contra los catorce municipios involucrados.

En junio del año 2006 la Corte emitió la primera resolución importante de la causa, declarando la admisibilidad de la demanda y determinando su competencia para conocer la causa en lo que respecta a la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño ambiental colectivo, aunque excluyéndola en lo referente a la solicitud de daños y perjuicios. Junto a ello ordenó estudios e informes a diversas instancias de gobiernos solicitando la presentación de un *Plan Integral de Saneamiento ambiental*, y a las empresas les pidió sus estudios de impacto ambiental e información precisa respecto de qué líquidos arrojan al río, sus sistemas de tratamiento de residuos e información sobre seguros ambientales. También, pidió un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental pública

⁴⁶⁸ El centro de Informaciones del poder judicial de Argentina ha incorporado a su sitio web una sección denominada “Especial Riachuelo”. En ella podemos encontrar el expediente principal completo y todas las otras instancias judiciales que se han generado a partir de él: <http://www.cij.gov.ar/riachuelo.html> (última visita julio 2016).

⁴⁶⁹ En agosto del año 2006 el Defensor del Pueblo de la Nación se incorpora a la causa como Demandante (tercero interviniente). El escrito de demanda se encuentra en: <http://www.dpn.gov.ar/documentos/r-demanda.pdf> (visitado octubre 2015). En el proceso también intervienen desde sus inicios las siguientes organizaciones de la sociedad civil: *Fundación Ambiente y Recursos Naturales* (Farn), *Asociación de Vecinos de La Boca*, *Centro de Estudios Legales* (Cels) y *Fundación Greenpeace* Argentina. Con posterioridad, también se incorporan como terceros intervinientes: la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos y a un grupo de vecinos de Lomas de Zamora. Cabe destacar que para admitir la intervención de estas organizaciones se basó en la indicación que sus estatutos realizaban al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es decir, no participan conforme a un criterio amplio de interés procesal, sino que era necesario acreditar que el trabajo de la organización se relacionaba con el caso concreto.

y terminó la resolución citando a audiencia pública⁴⁷⁰. Ya esta resolución inicial nos advertía que el *Riachuelo* no sería un caso más, puesto que los jueces daban cuenta de una visión más integral de lo que es el Derecho y la protección de derechos fundamentales. El proceso previo a la dictación de la sentencia constó de cuatro audiencias públicas. Algunas de ellas fueron tan extensas que se tuvieron que realizar en dos días distintos. En forma pública y ante salas repletas de gente, las distintas empresas, el gobierno, organizaciones no gubernamentales, el defensor del pueblo, defensor de niños y otros, enunciaron los distintos informes y sus argumentos respecto de la causa.

El gobierno, a través de su Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, presentó el *Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo*, que después sería analizado, discutido y rectificado en diversas ocasiones a lo largo del juicio. Otro hito relevante del proceso judicial antes de la dictación de la sentencia se produjo el año 2006, con la creación de ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo) que se convertiría en una institución autónoma e interjurisdiccional, pues se dedicó a coordinar el trabajo del gobierno nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁷¹. Ambos hechos ocurrieron en la primera audiencia pública del proceso. Finalmente, el último hito que nos interesa destacar es que la Corte Suprema solicitó a la Universidad de Buenos Aires que emitiera un informe sobre la factibilidad del plan presentado en la causa por las autoridades y en calidad de peritos los profesionales cuestionaron la ausencia del criterio de salud de la población en el plan.

⁴⁷⁰ Se declara incompetente para conocer en su jurisdicción originaria a la reclamación que tenía por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales. Asimismo se declara competente para entender en los aspectos vinculados con la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño ambiental colectivo

⁴⁷¹ La base de datos de su sitio web ha sido de gran ayuda para nuestra investigación: www.acumar.gob.ar/

4.2 Decisión del tribunal

Tras un proceso caracterizado por la oralidad, la publicidad y por una gran cantidad de información presentada desde todas las partes intervinientes⁴⁷², en julio del año 2008 la Corte Suprema de Argentina emitió la sentencia que dio inicio a una etapa de cumplimiento en un ámbito tan complejo como es la reparación del daño ambiental colectivo debido a la situación de grave contaminación expuesta y debidamente comprobada durante la substanciación del proceso.

La instancia administrativa responsable de la ejecución del conjunto de órdenes que se señalaban en la sentencia fue la Autoridad de la cuenca (Acumar), dejando a salvo las responsabilidades que en ello tendrían las diversas autoridades del Estado nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en lo que correspondiera conforme a las leyes y la constitución. Para ello, la sentencia estableció los objetivos rectores que debían orientar el trabajo de Acumar en la ejecución: 1) mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) lograr la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); y 3) prevenir los daños con suficiente grado de predicción.

Las órdenes que se emitieron fueron: adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición disponibles, organizar un sistema de información pública digital, visitar a todas las empresas de la cuenca para identificar a las contaminantes, conminarlas a que presentasen planes de tratamiento y evaluar el plan presentado por cada empresa, en su caso emitir

⁴⁷² En la práctica ello se logró porque se pidió a las partes intervinientes que, además de sus informes escritos, para contestar la demanda se presentara una síntesis verbal en las audiencias públicas, fijadas por el tribunal con el preciso objetivo de profundizar en la publicidad del proceso.

órdenes de cese de vertido y de actividades contaminantes, y también medidas de clausura total o parcial y traslado en su caso.

También se ordenó informar públicamente del estado del agua, de las napas subterráneas y del aire de la cuenca, así como elaborar un proyecto de reconversión industrial y relocalización de las personas habitantes en el polo petroquímico Dock Sud. Asimismo, la sentencia obligó a informar del estado de avance respecto del Convenio Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios para la Cuenca matanza Riachuelo. También estableció medidas especiales para saneamiento de los basurales y para prevenir el surgimiento de otros, erradicar habitaciones sobre basurales y cerrar basurales ilegales. En este mismo orden, la sentencia estableció el deber de limpieza de las márgenes del río, la expansión de la red de agua potable, de desagües pluviales, el saneamiento cloacal, y la elaboración de un plan sanitario de emergencia. Respecto de todas estas órdenes se definieron plazos y, en caso de retraso, las correspondientes sanciones, que consistían en multas por día para el presidente de la Acumar. Por otra parte, a efectos del control de los presupuestos necesarios para ejecutar los planes, se nombró a la Auditoría General de la Nación para llevar un control público de los fondos y de la ejecución presupuestaria⁴⁷³.

⁴⁷³ “Por ello se resuelve:

- 1.- Dictar sentencia con respecto a las pretensiones que tienen por objeto la recomposición y la prevención.
- 2.- Ordenar a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 el cumplimiento del programa establecido en los considerandos.
- 3.- Disponer que el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son igualmente responsables en modo concurrente con la ejecución de dicho programa.
- 4.- Establecer que la Auditoría General de la Nación realizará el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento.
- 5.- Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente.
- 6.- Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados.
- 7.- Atribuir competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca, según el alcance establecido en los considerandos 20 y 21.

Cabe destacar que la sentencia omite realizar referencias a doctrina, jurisprudencia y normas de derechos humanos, cuestión que llama la atención atendida las características del caso. Estos serán presentados por las partes, principalmente los terceros intervinientes.

4.3 **Proceso de ejecución y seguimiento**

Desde la sentencia se constata en el tribunal una disposición orientada a su cumplimiento eficaz, cuestión que podemos examinar especialmente en su considerando N°15:

“Que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces.

De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo.

El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descritos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo.

Asimismo, dado el carácter definitivo de esta sentencia, el proceso de ejecución debe ser delegado en un juzgado federal de primera instancia, a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento.

8.- Disponer la acumulación de procesos y prevenir acerca de la situación de litispendencia existente, con arreglo a lo decidido en el considerando 22.

9.- Mantener la tramitación de la causa ante esta Corte en lo atinente a la reparación del daño colectivo.

10.- Ordenar la remisión de copia fiel, en soporte papel y magnético, de todo lo actuado al Juzgado Federal de Quilmes, haciéndose saber a su titular la existencia de a ne toda consulta que se quiera formular.

11.- Diferir el pronunciamiento sobre las costas hasta tanto se dicte sentencia con respecto a la pretensión cuyo trámite prosigue ante esta Corte.”

Como consecuencia de la decisión que se adopta, el proceso relativo a la reparación del daño continuará ante esta Corte puesto que no se refiere al futuro, sino a la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado.

La condena que se dicta consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados, con las precisiones que surgen de los considerandos siguientes y cuyo contenido es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la ley general del ambiente. Ello es así porque la demanda no contiene las precisiones suficientes, tal y como ha sido puesto de manifiesto por esta Corte en la resolución del 20 de junio de 2006.

Con relación al plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo presentado por la parte demandada se han realizado audiencias y dictámenes que evidencian deficiencias que este Tribunal debe tener en cuenta. De todo ese proceso, descrito en los considerandos anteriores, surge que existen importantes diferencias entre las distintas versiones presentadas, y que en muchos aspectos no hay una elaboración actualizada sino una reedición de documentos que existían con anterioridad y que datan de varios años. También han existido dificultades para conocer datos objetivos, públicos y mensurables sobre las distintas situaciones existentes, lo cual ha sido agravado por la dispersión de las fuentes de información y la falta de una terminología homogénea. Por otro lado, la eficacia en la implementación requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control.”

Por otra parte, si bien estamos ante un proceso que puede ser calificado de activista en el sentido de que el tribunal toma la iniciativa de modo importante en la indicación de los objetivos que deben orientar la ejecución, nombra a la autoridad a cargo de la ejecución, establece plazos y sanciones para el caso de incumplimiento, paralelamente reconoce que

quien debe decidir los medios para lograr los objetivos que se trazan es la administración del Estado.

Como hemos indicado, con el objeto de asegurar el cumplimiento de todas las medidas, la sentencia designó un juez de ejecución con competencia exclusiva en la materia: el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes. Desde el punto de vista de la ejecución, esta es una de las innovaciones más interesantes que podemos encontrar en el caso que analizamos. Esta delegación de competencia no comprende que la Corte Suprema se haya desprendido de sus facultades en la causa, dado que sigue sosteniendo importantes atribuciones y en más de una ocasión compele al juez para que adopte medidas para el eficaz cumplimiento de la decisión. Uno de los aspectos a destacar de la complejidad de la ejecución del caso en este ámbito, tiene que ver con que el juez del juzgado indicado fue removido por un escándalo de corrupción y actualmente hay dos jueces a cargo de la ejecución⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Los razonamientos procesales al respecto se encuentran en los considerandos 20, 21 y 22 y comprenden esencialmente: “que esta Corte debe mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar, a fin de no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones que la Ley Suprema le ha encomendado en todos los otros asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente como intérprete final de aquélla, como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno.... La otra circunstancia y sobre la base de la exigencia institucional de que las sentencias de esta Corte sean lealmente acatadas, está dada porque frente a la naturaleza de las atribuciones reconocidas en este pronunciamiento a la Autoridad de Cuenca, debe evitarse por parte de ella, de todos los sujetos alcanzados por el fallo o de cualquier otra autoridad Nacional o local, judicial o administrativa cualquier tipo de interferencias o intromisiones que frustren la jurisdicción constitucional ejercida en este pronunciamiento... Esta ponderación y la necesidad de preservar, además, un significativo grado de inmediatez de la magistratura con los sujetos del caso, lleva al Tribunal a considerar apropiado atribuir la competencia para la ejecución de la presente en los términos de lo dispuesto por los arts. 499 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, las demás cuestiones que después se precisarán, en un juzgado federal de primera instancia con competencia en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica. Con arreglo a la competencia que le asigna la ley 25.519, art. 3º, el informe interno elevado por la Secretaría de Administración General acerca de los recursos humanos con que cuenta y la decisiva circunstancia de que su puesta en funcionamiento es reciente (conf. acordada 2/2006), queda deferida la intervención a favor del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes”. Respecto de algunas precisiones relevantes respecto a cómo ha actuado el tribunal delegado, véase: MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 160 y ss.

El instrumento que ha articulado el diálogo central del caso es el Plan Integral de Saneamiento ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, el Plan PISA. Su contenido ha variado bastante sus líneas de acción, ya que a lo largo del todo el proceso se ha ido actualizando, incrementando y complejizando⁴⁷⁵. El principal desafío en este ámbito consiste en determinar sus rutas de implementación, cuestión propia de la dimensión política de las políticas públicas, puesto que definir las rutas de acción de políticas ambientales es complejo y se encuentra atravesado por diversos nudos u obstáculos. Entre estas dificultades cabe destacar: 1) las de ordenamiento ambiental del territorio de la cuenca y el problema de la adopción de acuerdos entre las diversas instancias gubernamentales que tienen competencia en la cuenca; 2) la gestión integrada de provisión de agua y saneamiento y la articulación de los actores que tienen incidencia en ello, especialmente la empresa pública de agua y saneamiento –AySA–, necesaria para que, entre otros, aumente el suministro de agua y el saneamiento; 3) las asociadas al control y reconversión de las empresas, industrias y actividades contaminantes, el definir los usos posibles del suelo de la cuenca, el control y las sanciones a las empresas. Especialmente complejo ha sido la reconversión y relocalización de empresas e industrias que se encuentran en el Polo Petroquímico Dock Sud, que se niegan a ser relocalizadas y a pagar multas por contaminación, cuestión que pone en evidencia un rasgo central de los conflictos ambientales: las enormes diferencias de poder entre los actores involucrados⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Su última versión se encuentra disponible en: <http://www.acumar.gob.ar/content/documents/8/5738.pdf> (última visita octubre 2016)

⁴⁷⁶ MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 127 y ss.

4.4 Monitoreo social del cumplimiento de la sentencia

Por orden del tribunal, en la sentencia, las agrupaciones de la sociedad civil que participaron del proceso como terceros interesados, en conjunto con el Defensor del Pueblo y con la coordinación de él, conformaron un cuerpo colegiado, que en la práctica ha desplegado el monitoreo social del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia⁴⁷⁷. Su trabajo durante la ejecución de la sentencia ha comprendido la emisión de opiniones fundadas y planteos concretos ante las autoridades administrativas y judiciales juzgados. Al cumplirse siete años de la emisión del histórico fallo, informaba la presentación de más de 250 escritos judiciales, la asistencia a 110 audiencias y la celebración de más de 320 reuniones⁴⁷⁸.

4.4 Audiencias públicas en la etapa de ejecución

Las audiencias públicas en el contexto de la causa en análisis no solo se han celebrado en las etapas previas a la dictación de la sentencia, sino que a lo largo de su ejecución también se han desarrollado extensas audiencias. En ellas y bajo la dirección de los magistrados de la Corte Suprema, las diversas autoridades involucradas con la implementación tienen la responsabilidad de exponer en forma oral los avances y dificultades que se presentan en el cumplimiento de sus obligaciones. También exponen las organizaciones sociales, de manera que la Corte pueda evaluar el grado de avance de la prevención y recomposición del daño ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo. Estas

⁴⁷⁷ El Cuerpo Colegiado fue conformado por Resolución D.P. Nº 100/08. Es integrado por la Defensoría del Pueblo de la Nación y las organizaciones Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos (ACDH), Asociación de Vecinos La Boca, Centro de Estudios Legales y Sociales, Fundación Ambiente y Recursos Naturales y Greenpeace Argentina.

⁴⁷⁸ Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo, p. 3. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/rio546101.pdf> (Visitado noviembre 2015)

audiencias permiten sostener los principios de inmediación y publicidad que han marcado el proceso desde sus inicios. Una parte relevante de ellas se encuentran disponibles en el portal del Centro de Información Judicial argentino⁴⁷⁹.

Lorenzetti se ha encargado de explicar la relevancia de la audiencia pública en la actual configuración de la Corte Suprema de Argentina, destacando su relación con la justicia rápida que permite la oralidad en casos que suelen ser policéntricos y muy complejos, donde lo mejor es escuchar a todas las voces. Además, en la causa Riachuelo son una forma de organizar: “esto implica un rol activo del juez en la organización del proceso. Ustedes pueden ver en las audiencias del Riachuelo este rol activo de la Corte en ordenar este proceso y en controlarlo y conducirlo a los fines de que se vayan cumpliendo etapas con una gran dinámica y con un activismo casi pretoriano porque la construcción de un proceso colectivo no regulado, como fue el Riachuelo, implica para la justicia una actividad casi pretoriana. Es decir, una creación jurisprudencial en aras de lograr una solución justa y además socialmente muy importante”⁴⁸⁰.

Pero además, estas audiencias pueden ser valoradas desde la calificación de relevancia institucional que puede tener un determinado conflicto, cuestión que sucede en aquellos casos en los que el objeto de la discusión y sus resultados interesan a toda la sociedad y no solo a las partes procesalmente reconocidas. En este sentido, la audiencia pública permite extender la participación a través de redes sociales y promover que quienes se sientan convocados participen del debate profundizando en él y visibilizando sus matices. Lorenzetti también destaca un rasgo de estas audiencias públicas que tiene que ver con las personas que

⁴⁷⁹ Además de la sección especial que para el caso asigna la página de CIJ, también tiene un portal en you tube: <https://www.youtube.com/user/cijargentina>. (visitado octubre 2015) Actualmente, la política de audiencia pública no ha cesado. La última convocatoria que pudimos ver antes del cierre de esta investigación se encuentra citada para el día 30 de noviembre de 2016.

⁴⁸⁰ LORENZETTI, RICARDO, “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”, en *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, citado, p. 347.

concretamente participan en ellas y la posibilidad de que personas diversas asistan a la Corte y expongan su vivencia con su lenguaje, con su cuerpo, lo que ha generado algunos episodios políticamente muy valiosos, como por ejemplo que personas indígenas, en situación de calle o de zonas rurales asistan a argumentar sus demandas de justicia generando un puente entre mundos, personas, discursos y formas de sentir la vida que pueden estar totalmente separadas: “la justicia progresa, se expande y llega a la sociedad cuando todos tienen la misma oportunidad de llegar y decir su verdad. Entonces el primer presupuesto es que todos tengan su voz en la Corte, su día en la Corte como se dice en las facultades. Esto es extraordinariamente importante en estas audiencias públicas porque se escenifica, se ve a estas personas y cada una con su verdad, con su modo de hablar, con sus costumbres. Esto produce un efecto cultural muy interesante. En estos casos hablan los actores con su cultura, con su lenguaje y esto es diversidad, acceso, expansión⁴⁸¹”.

4.6 Efectos de la sentencia

Desde distintas instancias se viene denunciando la incapacidad del proceso judicial para lograr avances sustantivos para alcanzar los objetivos que se trazó: mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente en agua, aire y suelos, y prevenir los daños con suficiente grado de predicción⁴⁸². Retomando la caracterización entre efectos materiales y simbólicos directos e indirectos, que conforme a la metodología

⁴⁸¹ LORENZETTI, RICARDO, “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”, en *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, citado, p. 348.

⁴⁸² ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA Y JUNTA DE VECINOS DE LA VILLA INFLAMABLE, *Villa Inflamable. Donde comenzó el caso “Mendoza” los derechos siguen esperando*. Disponible en: <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2012/12/Villa-Inflamable-Informe-Final-optimizado.pdf> (visitado noviembre 2015) y más recientemente, el citado *Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo*, p. 3. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/rio546101.pdf>

elaborada por César Rodríguez y Diana Rodríguez, se utilizó en el anterior caso, podríamos comprender estos análisis como una evaluación negativa de los efectos materiales y directos de la sentencia. Sin embargo, no hay que olvidar que la situación del Riachuelo y la injusticia ambiental que atraviesa las vidas de las personas que habitan su cuenca no tenía visibilidad hasta el preciso momento en que la sociedad civil se organizó para judicializar el conflicto estructural caracterizado por la inercia estatal, por lo que se configura un efecto simbólico que pasaremos a analizar. Junto a ello, el caso comparte un rasgo genérico de la cuestión socio ambiental actual, y es que comienza a ser tema de agenda pública como resultado del actuar de la acción colectiva desplegada por la sociedad civil, y no por una iniciativa institucional. La diferencia es que en este caso, en lugar de ser una acción directa de la ciudadanía, es la judicialización la que potencia la visibilización⁴⁸³. Como explican las sociólogas, pasó de ser un conflicto latente a uno manifiesto.

En este sentido, se explica la capacidad que el proceso ha generado para que el conflicto ingrese al debate público y genere discusión social. O la idea de *espacio público intermedio* que Melucci utiliza para comprender el conflicto como medio de expresión y modalidad de intercambio entre actores donde se construyen escenarios en los que se confrontan

⁴⁸³ SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo. La Argentina del Extractivismo y el despojo*, citado, p. 62. “Los temas ambientales que llegan a la arena política son los que pueden imponerse por sobre otros temas mediante estrategias discursivas desplegadas por los actores sociales. En este libro sostenemos que Argentina no han sido las reformas impulsadas desde el campo de la política pública las que han puesto la cuestión ambiental en escena. Por el contrario, han sido y son los conflictos ambientales los que, desplegados a lo ancho y largo del país, han ido generando las condiciones para la construcción de un ámbito público de deliberación sobre la cuestión ambiental. Me refiero primariamente al movimiento de «no a la mina» en Esquel (2002-2004), seguidamente del conflicto por las plantas de celulosa en el río Uruguay (2004-2009) y, más recientemente, tanto a las movilizaciones de las asambleas ciudadanas que en diferentes localidades cordilleranas, se oponen a la minería a cielo abierto como a las resistencias locales de los «pueblos fumigados» que han generado importantes cuestionamientos a las consecuencias económicas, sociales y ambientales de la expansión del monocultivo de soja”. Cfr. MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 36.

discursos⁴⁸⁴. Este efecto social comprende entonces su ingreso al debate político institucional y no institucional, algo bastante palpable a partir de su ingreso a la prensa o de las diversas gestiones desplegadas por la Corte Suprema para que el caso sea desarrollado en forma transparente y participativa. Esto comprende desde la incorporación del caso en una sección especial de su página web, hasta la puesta en práctica de audiencias públicas transmitidas en directo y dejando un registro público de las mismas, admitiendo la intervención de organizaciones no gubernamentales, entre otras prácticas. Todas estas medidas pueden circunscribirse a un efecto democratizador, plantean innovaciones judiciales relevantes y se encuentran directamente relacionadas con el rasgo dialógico que nos ha conducido a seleccionar el caso Mendoza como una manifestación de activismo judicial dialógico, que tiene un potencial de reflexión filosófica política que desarrollaremos a lo largo del capítulo tercero de esta investigación.

En esta misma órbita de reflexiones resalta el monitoreo social de la ejecución de la sentencia por el cuerpo colegido. Una primera valoración de la participación de las organizaciones de la sociedad civil en estos procesos judiciales puede plantearse como positiva, más aún al analizar los aportes concretos que ello ha significado en este caso, por ejemplo, la incorporación de los estándares de derechos humanos que no estaban presentes en el cuerpo de la sentencia. Sin embargo, también nos compele a una pregunta relevante sobre el carácter de la representación de las organizaciones que han participado en el proceso: ¿estas organizaciones pueden ser consideradas como representantes legítimas de las personas afectadas por los hechos que motivan el caso? En caso que la respuesta sea afirmativa: ¿cómo se mantiene esa legitimidad durante toda la trayectoria del proceso?

⁴⁸⁴ MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 39.

Estas preguntas nos sumergen en reflexiones fundamentales, si partimos de la base de que extender la participación de la sociedad civil como terceros intervinientes activos del diálogo que se produce a lo largo del proceso judicial y de las deliberaciones a que da lugar, es una cuestión positiva y democratizante, resulta central reflexionar sobre la legitimidad de origen y de ejercicio de las personas que efectivamente logran tener una incidencia importante en el proceso, no solo para que representen adecuadamente los intereses y la voluntad de las víctimas de la contaminación, sino que también para que el actuar de las organizaciones no gubernamentales, y en este caso también el defensor del pueblo, no se traduzca en un ejercicio paternalista que conlleve una reducción de la capacidad de agencia, y, peor aún, que contribuya a la desmovilización de las organizaciones sociales⁴⁸⁵.

Otra perspectiva para dimensionar estas preguntas y que subyace a las reflexiones indicadas proviene de la necesaria distinción entre organizaciones no gubernamentales y el movimiento social, pues aunque ambas puedan ser consideradas como integrantes de la sociedad civil, las diferencias pueden ser enormes, que además de admitir un análisis teórico, deben ser evaluadas caso a caso⁴⁸⁶. Por otra parte, la reflexión sobre la legitimidad del proceso se intensifica en la etapa de ejecución del fallo también desde el punto de vista netamente institucional, porque en ella la tensión entre poder ejecutivo y poder judicial aumenta, problema para el cual nuestros diseños institucionales no están preparados.

Evidentemente, realizar una evaluación pormenorizada de un caso tan complejo como este obligaría, a estas alturas de su trayecto, un análisis de las políticas públicas desplegadas hasta la fecha. No obstante, semejante tarea se aparta conceptual y metodológicamente de nuestras posibilidades y objetivos. Lo que sí conviene hacer, para terminar el análisis de este

⁴⁸⁵ PUGA, MARIELA, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, citado, 2012, p. 78 y ss.

⁴⁸⁶ Nos hemos referido a esta distinción anteriormente, véase página 73, nota al pie n °134. Y seguiremos profundizando en ella en el capítulo III de esta investigación.

caso, es recurrir a la distinción que Merlinsky realiza de los efectos del conflicto desde el punto de vista de su *productividad*, diferenciando entre la productividad territorial, la productividad jurídica y la productividad institucional. Con ello se refiere a las transformaciones de mediano plazo que el conflicto ha generado y que son especialmente importantes desde el punto de vista de la transformación del espacio público desencadenada como consecuencia del proceso⁴⁸⁷.

4.6.1 Productividad territorial

Los efectos relativos a la productividad territorial consisten en la transformación subjetiva respecto del espacio social, es decir, cómo las personas que habitan un determinado espacio y las instituciones cambian su concepción sobre los posibles usos del espacio. Como hemos visto, en el caso Riachuelo (y en general en todos los conflictos relacionados con la contaminación) este tipo de efectos generan esta consecuencia en la medida que se produce un cuestionamiento crítico ante la posibilidad de que en un mismo espacio habiten altas concentraciones industriales, empresas, basurales y los ecosistemas que permiten el ciclo de la vida. En este sentido, los efectos territoriales comprenden las iniciativas de relocalización de empresas y sanciones por contaminación, que ponen de manifiesto una valorización del territorio que cuestionan su disposición a las lógicas del mercado, para pasar a poner en el centro de la legitimidad de las decisiones la protección de bienes comunes que deben ser protegidos por el Estado.

Pensado el problema desde el punto de vista de las personas que habitan la cuenca, la situación es tanto más compleja porque tiene que ver con las políticas de producción de

⁴⁸⁷ MERLINSKY, GABRIELA, “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, citado, p. 47; *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, p. 221 y ss.

suelo urbano para personas de menores ingresos de la población. Con ello, visibilizar el contexto de segregación urbano ambiental que es resultado de la producción espacial de la pobreza urbana⁴⁸⁸.

4.6.2 Productividad jurídica

Desde este enfoque se analizan las diversas transformaciones jurídicas que un caso genera. Tratándose de un conflicto judicializado, el proceso en sí mismo genera un conjunto importantísimo de normas: la sentencia y las diversas resoluciones que buscan dar cumplimiento a su contenido, es decir, normas emanadas por los tribunales. Pero en el caso de Riachuelo, además, podemos considerar normativas emitidas por otros poderes del Estado, que como consecuencia del litigio han desarrollado normativa fundamental para lograr los objetivos del litigio, en este ámbito destaca la ley que crea Acumar, el Plan PISA y sus múltiples modificaciones. Desde una perspectiva más amplia, un efecto jurídico del caso es la relevancia política que asumió la ejecución de la sentencia instancia organizadora del proceso de formulación de la política pública de la cuenca⁴⁸⁹. Es decir, múltiples interacciones horizontales entre los poderes del Estado que han sido fundamentales para romper la inercia.

Conforme a este criterio también se destaca el enfoque de derechos humanos y específicamente del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación junto a los derechos sociales que integran su dimensión sustancial, pasó a ser un criterio relevante en el dialogo originado por el caso, cuestión que, como hemos indicado, no contó con gran protagonismo en sus etapas iniciales pero con el devenir de los años poco a poco fue asumiendo un lugar importante.

⁴⁸⁸ MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado, 189 y ss.

⁴⁸⁹ MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, citado,

4.6.3 Productividad institucional

Con esta dimensión de la productividad se alude a las transformaciones institucionales generadas por el caso Mendoza, las que tienen su primera repercusión importante incluso antes de la emisión de la sentencia, con la creación de Acumar. Todo un logro tras años de demasiadas instituciones haciendo todo y nada al mismo tiempo. Desde una perspectiva más amplia, el caso logra desestabilizar el estatus quo en el que se encontraba toda la institucionalidad estatal, no solo al crear esta institución de coordinación y ejecución de políticas en la cuenca, sino que también impactando a nivel local a través de los municipios que pasaron a incorporar en sus agendas sus responsabilidades con el Riachuelo.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

Los casos T-025-2004 y Riachuelo han sido seleccionados para ser analizados en profundidad en este apartado de la investigación porque de todas las sentencias y procesos consultados, nos han parecido dos buenos exponentes del activismo judicial dialógico. Para estudiarlos nos hemos propuesto exceder el solo análisis del contenido de la sentencia, para intentar comprender las dinámicas efectivas que posibilitaron sus desarrollos, y dimensionar el conflicto social que subyace a ellos, cuestión que nos sumerge en la paradoja de sus defectos y debilidades. En efecto, el desplazamiento forzado como consecuencia del conflicto armado de Colombia y el conflicto socio-ambiental del Riachuelo son dos problemas tan graves que las diversas dinámicas sociales que se puedan articular para avanzar en su solución pueden ser consideradas como positivas, paralelamente, la magnitud de ellos advierte la mesura ante todo tipo de celebración, propia de la *inminencia del desencanto*.

No obstante, consideramos que estos casos nos confieren una valiosa experiencia que debe activar reflexiones fundamentales. A continuación pasamos a exponer muy brevemente algunas de las cuestiones relevantes, para ya en el tercer capítulo exponer en forma algo más extendida del abordaje filosófico político que estos activismos judiciales dialógicos nos motivan.

Tratándose del caso T-025-2004, una de las enseñanzas importantes surge al reflexionar sobre el proceso de seguimiento y la posterior dictación de la ley de víctimas, nos parece que en este aspecto hay una serie de análisis que deben de ser parte de cualquier intento por otorgar un soporte institucional a los activismos judiciales dialógicos y de evaluarlos. Esta situación ya se dejaba ver al inicio de esta investigación, las organizaciones estaban confundidas y preocupadas: ¿toca hacer caso a los autos de la Corte o a la Unidad de Víctimas?, era una de las preguntas recurrentes. Las organizaciones y todos optaron por trabajar en los dos ámbitos, pero la tendencia era a considerar que la sentencia y sus distintos autos era más protectora que la ley. Entonces, ¿qué pasa con el proceso una vez que se dicta una ley que viene a dar una respuesta legal a los conflictos que subyacen al caso? Porque, desde la lógica de la legitimidad democrática del activismo, una ley y las políticas públicas que se pueden generar como consecuencia de sus mandatos, puede ser considerada una opción más democrática y sostenible de avanzar en la solución de un conflicto. En el caso de Colombia, y hasta el momento, tanto la Corte como su cultura jurídico política ha logrado sortear estos riesgos, además, porque en parte la ley de víctimas es una consecuencia del proceso y con el tiempo se ha avanzado en coordinar los ámbitos de competencia. Pero si esto no se hubiese producido, una enseñanza que se desprende es que tanto los aportes normativos del proceso T-025-2004, como los distintos procesos sociales que generaron a partir de él, se habrían desaprovechado. En este orden de ideas, pensamos que los procesos

judiciales dialógicos que emergen sin una institucionalidad que los respalde y provea de vías preestablecidas para su substanciación quedan demasiado vulnerables a los vaivenes de la política y a la pérdida o deslegitimación de trabajo avanzado es el riesgo, cuestión que puede traducirse en una regresividad de derechos humanos. En definitiva, las leyes, instituciones y políticas públicas que se generan a propósito de este tipo de litigios deberían tomarse muy en serio las restricciones que emanan del principio de no regresividad e innovar en formas de sostener y validar la participación democrática que los activismos han generado.

Por su parte, el caso Mendoza aporta una experiencia en el ámbito del conflicto socio ambiental, especialmente valiosa por su incesante aumento en Estados que se niega a abandonar la *ilusión* del desarrollo sustentable y a enfrentar con sensates el carácter irreversible de sus perniciosos efectos en los ecosistemas y en las vidas de las personas dañadas por sus consecuencias. Los cursos que se ha abierto pueden ser considerados como modelos que pueden ser mejorados y regularizados para que sus buenos resultados no solo dependan de la afortunada reunión de los factores que los han hecho posibles.

Es factible que estos procesos pueden ser vistos como una transición en la lamentable historia de indolencia institucional ante la situación en la que se encuentran las personas víctimas de desplazamiento en Colombia y las y los habitantes de la cuenca Matanza Riachuelo, perderlos o anclar el análisis en su interesante excentricidad sería desafortunado. Lo describimos como transición porque comprendemos que para superar el estado de cosas inconstitucional y para efectivamente mejorar la calidad de vida de las personas y ecosistemas de la cuenca se requieren cambios sociales que al día de hoy podemos concluir que no han sido posibles. Esta reflexión es distinta a negar algún tipo de rol en la amalgama de factores que deben darse para solucionar conflictos tan graves.

Por otra parte, no solo arroja enseñanzas y desafíos a nivel de Estado, también nos parece central las reflexiones que ellos pueden generar para la sociedad civil y las estrategias jurídicas que se pueden adoptar para hacer valer sus reivindicaciones. En este sentido, la reflexión sobre el grado de representatividad de quienes participan en las deliberaciones a que da lugar el proceso advierte la necesidad de pensar ya no solo en la legitimidad de las interacciones entre poderes del estado y entre él y la sociedad civil, sino que además entre las propias organizaciones sociales. De tal modo, problematizar la relaciones entre las diversas organizaciones no gubernamentales que concurren como terceros intervinientes en estos procesos o que llevan a cabo el monitoreo social del cumplimiento de la sentencia y las víctimas de las violencias que dan origen al proceso judicial es fundamental. En este sentido, la construcción de parámetros éticos y de legitimidad en esta esfera ya no solo debe ser abordado a través de la generación de procedimientos de participación, sino que además por las dinámicas que entre las diversas organizaciones de la sociedad civil se generen para impedir que se vacíe de contenido y de fuerza el control vertical del proceso y el diálogo entre víctimas, de modo que estas se constituyan como agentes activos y deliberantes en los procesos en los que se deciden aspectos fundamentales para sus vidas, sus comunidades y territorios. Para que esto último se produzca, resulta central que éstas arriben a consensos sobre cuál es el rol que estos procesos pueden o no tener en sus luchas. Por todo ello, consideramos que estas experiencias, con sus aciertos y debilidades no solo deben ser conocidas y estudiadas por las instancias académicas e institucionales, sino que además por el Movimiento Social, para que sea este quien pondere si vale la pena emprender esfuerzos en activismos judiciales dialógicos.

En todo caso, tras esta investigación reconocemos el impulso que las organizaciones de derechos humanos han aportado, con todos los defectos y cuestionamientos críticos que

se puede realizar, no hay duda de que han contribuido a elevar el nivel de los parámetros críticos de evaluación y han sido capaces de encontrar las oportunidades políticas para innovar a través de instancias de diálogo. No obstante, reiteramos, que la representatividad es un punto sobre el que reflexionar, entre otras cosas para impedir que las formas de democracias que estos activismos generen tengan un sello paternalista.

Finalmente, estos activismos en los que la deliberación permite replantear algunas críticas canónicas en contra de las intervenciones judiciales progresistas, permiten y nos exigen analizar con mayor desplante ¿qué es eso de promover el diálogo democrático? Precisamente a ello nos abocaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III: ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO A DEBATE

Un conflicto puede resolverse solo si nos movemos hacia otro dominio donde tome lugar la coexistencia. La conciencia de este conocimiento constituye el imperativo social para una ética centrada en el ser humano [...] Como seres humanos, tenemos solo el mundo que creamos con los otros —ya sea que nos guste o no—

H. Maturana y F. Varela

El diálogo es la esencia de la acción revolucionaria

Paulo Freire

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El marco de posibilidades para abordar un análisis crítico del *activismo judicial dialógico* es inmenso. Hemos decidido otorgar preferencia a preguntarnos por cómo se puede entender el diálogo democrático que supuestamente se promovería a partir de él. Se trata de un aspecto que no solo es indicado como una de sus principales virtudes, sino que, además, genera una serie de interrogantes esenciales. Para avanzar en esta dirección, en primer lugar investigamos distintos relatos sobre el diálogo: 1) el primero será el que surge del paradigma *deliberativo*; 2) el segundo será el que deriva del paradigma que se ha popularizado como *agonista* y 3) el tercero será el del diálogo democrático como *diálogo entre oprimidos*. Como veremos, una idea que en principio resulta tan sencilla e irrefutable como la virtud de promover la deliberación democrática, puede ser el centro de las más enconadas discusiones.

En segundo lugar relacionaremos los modelos indicados con la labor judicial, buscando exponer las diferencias que cada uno de ellos prevé para el ejercicio de la función jurisdiccional. Terminamos este apartado con un breve excursus interrogativo sobre la separación de poderes, con el discreto objeto de complejizar uno de los argumentos críticos de los activismos judiciales.

Finalmente, cerramos la investigación planteando una respuesta posible a la pregunta que inquiera por la posibilidad de que los activismos judiciales dialógicos sean manifestación de uso contra hegemónico del Derecho.

II. TRES RELATOS SOBRE EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO

1. Democracia Deliberativa

El giro deliberativo de la teoría democrática comenzó en los años setenta y es en los noventa cuando se produjo el desarrollo y consolidación del modelo a nivel académico. Aparecieron centenares de artículos y decenas de libros que directa o indirectamente abordaban el tema, bien para defender sus planteamientos o para criticarlos, a tal punto que ya no es posible hablar de democracia sin hacer alusión a este modelo. Los orígenes de la expresión democracia deliberativa se suelen ubicar en la obra de Joseph Bessette, pero fue popularizada por Joshua Cohen⁴⁹⁰. Han tenido gran influencia los trabajos de: Bernard Manin, Jane Mansbridge, Frank Michelman, Seila Benhabib, Jean Arato, Nancy Fraser, Jon

⁴⁹⁰ BESSETE, JOSEPH, "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government", en *How democratic is the Constitution*, editado por Robert Goldwin y William Schambra, American Enterprise Institute for Public Policy, Washington, 1980, pp. 101 y ss. La expresión habría sido utilizada con anterioridad y referida al mundo griego clásico por AUBENQUE, PIERRE, *La prudencia en Aristóteles*, [1963] Crítica, Barcelona, 1999. Además, si indagamos en los presupuestos filosóficos de la teoría podríamos retrotraer su origen a los trabajos sobre el espacio público en las obras de Dewey y Arendt. Cfr. VELASCO, JUAN CARLOS, "Democracia y deliberación pública", en *Revista Confluencia XXI*, N°6, 2009, p. 75; MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa, una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 13-15.

Elster, entre otros. En Latinoamérica es insoslayable la contribución de Carlos Santiago Nino⁴⁹¹.

Mención aparte merece el trabajo de Jürgen Habermas y su imponente *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981) y, posteriormente, *Facticidad y Validez* (1991) que nos permiten ingresar a los planos de reflexión que confirieron impulso cualitativo a la fundamentación del modelo, al traducir al ámbito político la teoría de la acción comunicativa y la realización institucional del principio discursivo⁴⁹². En efecto, la teoría de Habermas abrió un camino diverso al trazado por los autores neo utilitaristas o posmodernos, y terminó por ser una de las construcciones filosóficas más importantes de los últimos tiempos: la *racionalidad comunicativa*, conforme a la cual la racionalidad se encuentra en el ámbito pragmático de la comunicación intersubjetiva, en la praxis cotidiana del lenguaje. Por ello su concepto de racionalidad presupone la existencia de la comunicación lingüística. Para Velasco esto comprende que “la razón es de por sí ya razón comunicativa”⁴⁹³. Su diferencia

⁴⁹¹ MANIN, BERNARD, “On Legitimacy and Political Deliberation”, en *Political Theory*, V. 15, N°3, 1987; MANSBRIDGE, JANE, “Deliberative Democracy or Democratic Deliberation?” en *Deliberation, Participation, and Democracy: Can the People Govern?*, editado por Rosenberg, Shawn, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2008, pp 251 y ss.; VV.AA. *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*, editado por Seyla Benhabib, Princeton University Press, Princeton, 1996; BENHABIB, SEYLA, “Deliberative Rationality and Models of Constitutional Legitimacy”, en *Constellations*, V. 1, N°1, 1994; JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, traducción de Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 2000; FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, traducción de Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997 y *Escalas de Justicia*, traducción de Antonio Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008. pp. 145 y ss.; NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución deliberativa*, citado. Finalmente, algunas compilaciones relevantes son: VV.AA, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, compilado por Harold Hongju Koh y Ronald Style, traducción de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004; VV.AA, *Democracia deliberativa a debate*, coord. por Leonardo García Jaramillo, EAFIT, Medellín, 2011; VV.AA, *La democracia deliberativa*, compilado por Jon Elster, Gedisa, Barcelona, 2001; VV.AA. *Constitucionalismo y democracia*, editado por Jon Elster y Rune Slagstad, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

⁴⁹² Las obras centrales de su teoría democrática son: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública* 1981; *Teoría de la acción comunicativa*, el 2º volumen; y *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Además, existe una gran cantidad de pequeños ensayos en los que el autor reflexiona sobre la democracia desde la teoría política y moral.

⁴⁹³ Conforme al análisis de Velasco, la razón comunicativa permitiría salvar lo salvable del concepto de razón práctica. “el concepto tradicional de razón práctica sería reacuñado por Habermas como razón comunicativa,

con la razón instrumental es que no es teleológica, porque no está orientada a un fin presupuesto o determinado, sino que está orientada a la comprensión, al entendimiento como fruto del diálogo con otros, en el que todos y todas deben estar abiertos a los resultados del diálogo⁴⁹⁴: “el *telos* inherente del lenguaje es alcanzar el entendimiento entre las partes del proceso comunicativo. El uso estratégico o instrumental serían usos parasitarios”⁴⁹⁵.

La influencia de la filosofía del lenguaje y la teoría de los actos del habla le permitió reconocer en el lenguaje funciones que se apartan de la reflexión tradicional, caracterizada por circunscribirlo a una función meramente semántica-referencial de representación del mundo objetivo y por concebir el lenguaje como un conjunto de enunciados que solo pueden analizarse en términos de verdad o falsedad. Entre las funciones que se comienzan a visibilizar y estudiar destacan las performativas, referidas a la capacidad del lenguaje para crear realidad, o enunciados que por sí mismos comprenden una acción. Estos enunciados

como razón ya inscrita en el propio proceso cotidiano de la comunicación lingüística”. Cfr. VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 46 y ss. Véase también, JOAS, HANS, KNÖBL, WOLFGANG, *Teoría social. Veinte lecciones introductorias*, traducción de Joaquín Chamorro, Akal, Madrid, 2016, p. 226 y ss. Sobre los fundamentos filosóficos lingüísticos del trabajo de Habermas véase: FABRA, PERE, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2008. Cabe señalar que la teoría habermasiana no es una teoría del lenguaje, es una teoría social cuya pregunta rectora es: ¿cómo es posible la acción colectiva? Por ello en su marco teórico encontramos a los clásicos de la acción social: Durkheim, Weber, Marx, Parsons, los trabajos que integran el giro lingüístico de la filosofía contemporánea y el giro pragmático dado por el segundo Wittgenstein y por la teoría de los actos del habla de John Austin, sistematizada por Searle. En efecto, el análisis de la estructura, efectos y componentes esenciales de los actos del habla, forman parte fundamental de la teoría de la acción comunicativa.

⁴⁹⁴ JOAS, HANS, KNÖBL, WOLFGANG, *Teoría social. Veinte lecciones introductorias*, citado, p. 232. Los fines y las normas pueden estar presentes pero a disposición de los participantes del discurso y no en la forma en que los teóricos utilitaristas y neoutilitaristas los consideran. Para Habermas el análisis medios-fines y la elección correcta de los medios para arribar a los fines, comprende una concepción muy estrecha de la racionalidad.

⁴⁹⁵ VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 56 y ss. Esta idea nos conduce a la noción de *Pragmática universal* que es uno de los pilares o de los aparatos conceptuales más importantes de la teoría de Habermas: “su cometido básico es identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible; el lenguaje en el nivel sociocultural de la evolución es el medio específico del entendimiento (o, dicho de otro modo, el lenguaje es el principal instrumento de coordinación de la acción humana, hasta el punto de que ni siquiera podríamos concebir el sentido de la acción social sin recurrir a la idea de lenguaje); las condiciones del entendimiento posible coinciden, por tanto, con los presupuestos universales de la acción comunicativa; la acción comunicativa, es decir, el tipo de acción orientada al entendimiento, es fundamental en la medida en que las otras formas de acción social pueden considerarse como derivaciones o perversiones de la misma” (por ejemplo, las que pertenecen al modelo de acción estratégica: la negociación, la imposición, etc.). Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, “¿Qué significa la pragmática universal?”, en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1989, 325 y ss.

más que estar sujetos a la posibilidad de ser considerados como verdaderos o falsos, deben ser analizados contrastando criterios de validez y condiciones de aceptabilidad. Esto nos permite comprender el carácter más amplio y abarcador de la racionalidad comunicativa, pues esta permite sustentar tres tipos distintos de pretensiones de validez respecto a la verdad cuando un enunciado es empíricamente correcto o la verdad científica tradicional; también las pretensiones de corrección normativa, respecto de las cuales desarrolla su principio discursivo y su teoría de la moral; y, finalmente, la pretensión de validez relativa a las vivencias o los deseos que expresamos⁴⁹⁶.

Una de las vías para avanzar en la comprensión de cómo ello permitió desarrollar una teoría de la democracia que pone su centro en la deliberación, viene de una de las categorías normativas más enjuiciadas del proyecto teórico que lidera Habermas: *situación ideal del habla*, noción que remite a las condiciones que se deben dar para evaluar la validez del resultado de las interacciones comunicativas, si éstas comprenden o no acuerdos racionales. Estas condiciones, básicamente, serían: 1) publicidad de las deliberaciones, 2) reparto simétrico de los derechos de participación y 3) la existencia de estructuras libres de dominación⁴⁹⁷. Las condiciones permitirían asegurar la imparcialidad de las decisiones: “llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de comunicación. La situación ideal de habla excluye distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones solo si para todo participante en el discurso está dada una distribución simétrica

⁴⁹⁶ JOAS, HANS, KNÖBL, WOLFGANG, *Teoría social. Veinte lecciones introductorias*, citado, p. 228-229.

⁴⁹⁷ HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, citado, p. 153 y ss.

de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla⁴⁹⁸». Como veremos, el trabajo de Habermas se distingue tanto de las teorías que comprenden la posibilidad de que la verdad o validez surja de forma monológica, como también de las tradiciones contractualistas, para las que el consenso o diálogo social es parte del “mito de orígenes”. Como hemos indicado, en el modelo deliberativo solo un discurso práctico real, en el que participen cooperativamente los potencialmente afectados por las normas que se están discutiendo puede producir un consenso racional respecto de la validez. La idea esencial es que en el modelo de Habermas la posibilidad de analizar el acuerdo es social y no individual o preexistente. Sin renunciar a la universalidad de la norma, se plantea que la forma de acceder a ella o de determinarla es de modo colectivo.

El principio discursivo que opera como criterio de justificación de la racionalidad de las normas morales es trasladado con sus mismos rasgos procedimentales a las decisiones jurídicas, políticas y a la justificación de la democracia deliberativa⁴⁹⁹. El funcionamiento de la democracia deliberativa sostiene la relevancia del principio de la mayoría y la representación parlamentaria, pero enriquecidas con un proceso de deliberación que, cumplidas las condiciones formales, permite evaluar la legitimidad de las decisiones que se han adoptado, por sobre el contenido mismo de éstas⁵⁰⁰. En palabras de Martí la democracia deliberativa sería “un modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática. Consiste,

⁴⁹⁸ COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 399.

⁴⁹⁹ VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, Compilado Ramón Máiz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 151.

⁵⁰⁰ “El resultado del proceso de deliberación no es considerado racional porque coincide con una supuesta verdad moral objetiva, sino porque incorpora toda una serie de condiciones formales que permiten afirmar que, cualquiera sea el resultado, posee ya una «presunción de racionalidad». Al final, la racionalidad de los procedimientos se traslada a las condiciones bajo las cuales tienen lugar las discusiones”. Cfr. VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, p. 152.

por encima de todo, en un modelo de toma de decisiones. El modelo es normativo porque no aspira a describir cómo es la realidad, cómo efectivamente se toman las decisiones políticas en nuestras democracias avanzadas, sino a mostrar cómo debería de ser dicha realidad⁵⁰¹». Para Elster, las múltiples definiciones de democracia deliberativa concuerdan en que: “incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por las decisiones o por sus representantes: esta es la parte democrática. Todas asimismo, concuerdan en que incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes, que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa⁵⁰²”.

Pese a las múltiples críticas que ha recibido el carácter contra fáctico de este y otros conceptos de la teoría habermasiana, se han defendido desde la lógica de que son *ideales regulativos*, cuya virtud se encuentra en proveer herramientas o criterios para denunciar los acuerdos que no han sido resguardados por las condiciones indicadas. Para Velasco el principal problema se encuentra en su reducido concepto de individuo: “el problema básico de dicha noción no es que se promueva una utopía irrealizable, sino que ésta, como dirían los comunitaristas, carezca de personas, esto es, de sujetos con los requeridos atributos humanos. De hecho, en la teoría discursiva no se tematiza adecuadamente las diferencias existentes entre los diversos sujetos morales, tanto en el nivel cognitivo como en el volitivo⁵⁰³”. Más adelante retomaremos este argumento.

Los cuestionamientos que origina la teoría habermasiana tienen diversos objetivos y las discusiones que surgen a partir de las *condiciones de la deliberación* son un capítulo

⁵⁰¹ MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa*, citado, p. 22

⁵⁰² ELSTER, JON, *La democracia deliberativa*, traducción de José María Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 21.

⁵⁰³ VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 63.

relevante⁵⁰⁴. Para Nino la capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para arribar a decisiones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las personas interesadas participen en la discusión y la decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos como argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las minorías y las mayorías cambie según las materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias⁵⁰⁵.

El problema que generan estas condiciones es que las sociedades reales se encuentran muy lejos de poder cumplirlas. Pero, además, por lo que se ha venido denominando la *paradoja de la circularidad* o de las precondiciones de la democracia deliberativa: ¿quién y cómo se deciden las condiciones de la deliberación, o el grupo de derechos o *derechos a priori* del proceso democrático? Si respondemos que quien decide las condiciones de la deliberación es la deliberación, entramos en el famoso círculo de la *petitio principii*⁵⁰⁶. También podríamos argumentar que la justificación de la deliberación y de sus condiciones elementales se debe producir a través de razones sustantivas generadas por medio de la reflexión filosófico- política, dado que existirían ciertas cuestiones que no se pueden decidir a través de la deliberación. De otro modo estaríamos exponiendo a la deliberación y a la

⁵⁰⁴ NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p.161 y ss.

⁵⁰⁵ NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p. 180.

⁵⁰⁶ La idea es que mientras más se cumplen las precondiciones del procedimiento con el objeto de conferir legitimidad a las decisiones resultantes, menos podremos aplicar tal procedimiento. A la inversa, cuantos más temas queramos dejar abiertos a las decisiones democráticas, menos se garantizarán sus precondiciones y menos legitimidad podremos esperar del resultado del procedimiento, MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa*, citado, p. 116; “La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino”, en VV.AA. *La democracia deliberativa a debate*, citado, 2011, p. 41 y ss.

democracia toda a un riesgo demasiado grande, y en esto el ejemplo típico es el de una deliberación que elimina el sufragio universal. Por eso diversos autores se han dedicado a construir nociones como la de *coto vedado* o la de *esfera de lo indecidible*, que permitan proteger a la deliberación de ella misma⁵⁰⁷.

Las respuestas que se pueden dar en este ámbito separan a las teorías democráticas en procedimentales y sustantivas. Se suele indicar a la democracia deliberativa como un ejemplo de las segundas, pero hay una serie de opciones intermedias que permiten exponer opciones menos radicalizadas⁵⁰⁸. Lo que subyace a la famosa paradoja de las precondiciones es la tensión entre forma y contenido, entre constitución y democracia, entre soberanía popular y derechos, por lo que es una crítica importante que se realiza a la democracia deliberativa como modelo teórico que tiene importantes repercusiones en nuestra vida real y que se zanja en gran medida adoptando una postura respecto a los límites de las decisiones políticas que como sociedad podemos adoptar y cómo dichos límites se pueden o no proyectar en condiciones de una deliberación justificable o legítima.

Avanzaremos en esta breve descripción de la democracia deliberativa indicando algunas características centrales para identificar sus rasgos:

⁵⁰⁷ RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, en *Diritto & questione pubbliche*, N°9, 2009, p. 347 y ss. Respecto del coto vedado véase, GARZÓN VALDÉS, ERNESTO “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, citado, pp. 631-650. Sobre la esfera de lo indecidible véase, FERRAJOLI, LUIGI, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, p. 25. Respecto de los derechos a priori véase, NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 192.

⁵⁰⁸ Entre ellas, precisamente un ejemplo es Nino, “si cubrimos todas estas precondiciones para otorgar valor epistémico a la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia. ... Sin embargo, la paradoja puede evitarse debido a que la concepción epistémica de la democracia provee un modo de alcanzar el equilibrio entre los prerequisites y su funcionamiento real. No debemos tratar de perfeccionar al máximo el procedimiento democrático por medio del fortalecimiento extremo de sus precondiciones, de modo que el alcance de su acción se reduzca a punto tal que este solo se refiera a cuestiones de coordinación como la dirección del tránsito. Si ello fuera así perderíamos el procedimiento epistémico más confiable para ganar acceso a soluciones de moral intersubjetiva...De este modo debemos basarnos en el supuesto de que el valor epistémico de la democracia no es de todo o nada sino gradual. La falta de satisfacción completa de las condiciones a priori puede privar a la democracia de algún grado de valor epistémico aunque no de su totalidad”. Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p. 193 y 194.

1.1 Es una teoría crítica de la democracia

La teoría de la democracia deliberativa surge en un periodo de profunda crisis de la democracia representativa y de legitimidad de los partidos políticos, y en el marco del ascenso de las teorías empiristas del poder e instrumentalistas de la política⁵⁰⁹. Tiempos en que los modelos *elitistas* y *pluralistas* de democracia comenzaban su apogeo, con lo que se evidenciaba el retroceso del *demos*, de bien común y de voluntad general, categorías que comenzarían a ser consideradas como míticas, alejadas de las necesidades reales de un gobierno. Para las teorías de la democracia que el modelo deliberativo tiene como centro de sus dardos, el sufragio universal tendría el discreto objeto de seleccionar a los gobernantes entre las élites en competencia, las cuales sostendrían el poder de agenda y de decisión, intentado protegerse de las “*demandas excesivas de la gente*”, lo recomendable sería que sus intereses y preferencias solo sean un dato del proceso político⁵¹⁰.

Así como la democracia deliberativa puede ser comprendida desde su crítica radical al elitismo democrático, también puede ser comprendida como una vía para superar la lógica

⁵⁰⁹ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 409 y ss.

⁵¹⁰ JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 23 y ss. NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p. 113 ss. VELASCO, JUAN CARLOS, “Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas”, en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N° 9, 2003, p. 4 y ss. Las concepciones elitistas de la democracia se caracterizan por comprender los procesos políticos en forma análoga al mercado, al votante como consumidor, el bien común y la voluntad general como mito. Son concepciones realistas, empiristas, utilitaristas de la democracia, inspiradas en un profundo pesimismo antropológico y escepticismo moral. Uno de sus autores representativos es SCHUMPETER, JOSEPH, *Capitalismo, socialismo y democracia*, traducción de José Díaz, Aguilar, Madrid, 1968, p. 340 y ss. Respecto de la crisis de la representación, véase: COSTA, PIETRO, “El problema de la representación política: una perspectiva histórica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 8, 2004, p. 43 y ss. Una actualizada y pedagógica discusión respecto de los límites de la representación se encuentra en: VV.AA., *Democracia y representación, un debate contemporáneo*, compilado por Miguel Carbonell, Tribunal Electoral del Poder Judicial, México, 2004. El ejemplo recurrente de las teorías democráticas que denostan los mecanismos de democracia directa y relevan el valor intrínseco de la representación, son las teorías pluralistas de la democracia, entre las que se destaca el trabajo de DAHL, ROBERT, *A preface to democratic theory*, University of Chicago Press, 1956. Para una mirada conjunta de su obra, véase: MÁIZ, RAMÓN, “Teoría normativa e empírica de la democracia en Robert Dahl”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, p. 163 y ss.

maniquea que reduce la reflexión sobre la democracia al enfrentamiento entre la democracia representativa y la democracia directa, para analizar virtudes y defectos de uno y otro modelo. Desde esta forma de ver el asunto, la democracia deliberativa sería una propuesta alternativa a dichas opciones, ya que sin ser incompatible con la representación ni con la democracia directa es diversa a ambas, esencialmente porque ubica en el momento deliberativo el valor principal del proceso democrático. Incluso, sin denostar la representación, las vías directas de decisión están en total sintonía con la propuesta, ya que una deliberación de calidad sería una necesidad para la legitimidad de toda decisión colectiva.

Sin perjuicio de ello, también nos puede conducir a una comprensión más profunda del modelo y enmarcarlo como un reclamo para *desestatalizar y desinstitucionalizar* la política, para revalorizar las formas de participación política que no encajan en los libretos de democracia en boga que la reducen a un pequeño espacio institucional, cuestión que se manifiesta en la centralidad que tiene para diversos autores la teoría de la esfera pública asentada en la sociedad civil, a la cual nos referiremos en un acápite posterior⁵¹¹.

Tener claridad respecto a qué tipo de democracia se enfrenta la democracia deliberativa resulta central para comprenderla. Incluso Habermas, en varios lugares de su obra, procede al ejercicio comparativo para delinear y conducir el interés emancipador y crítico de su trabajo⁵¹². Específicamente, ha distinguido su propuesta de la democracia

⁵¹¹ VELASCO, JUAN CARLOS, “Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas”, citado, p. 5 y ss. Entre los defensores de integrar la democracia deliberativa con mecanismos de democracia directa encontramos a Nino. Enfatizaba que la representación es un mal necesario y que cada vez que la democracia directa fuera posible, ésta es una obligación. Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p. 204 y ss.

⁵¹² Sin perjuicio de que la teoría de la acción comunicativa ha tenido múltiples críticas y que nos detendremos en exponer las que nos parecen pertinentes a esta investigación, el trabajo de Habermas conforma la segunda ola de escuela de Francfort precisamente por que comparte la radicalidad de las críticas que sus maestros Horkheimer, Adorno y Benjamín realizaron, cuestión que se deja ver con absoluta claridad en su primera etapa

liberal y de la democracia republicana⁵¹³. Respecto del modelo liberal y representativo de democracia la crítica habermasiana se dirige tanto a sus cimientos normativos, como también, a través del análisis sociológico, a la configuración de las democracias realmente existentes; “el punto crucial del modelo liberal no es la autodeterminación democrática de los ciudadanos que deliberan, sino la normativización, en términos de estado de derecho, de una sociedad volcada en la economía que mediante la satisfacción de las expectativas de felicidad privada de los ciudadanos activos habría de garantizar un bienestar general entendido de manera apolítica⁵¹⁴”. Son reiteradas las ocasiones en que cuestiona el modelo liberal por comprender al Estado como guardián de una sociedad centrada en el subsistema económico, con una pobre idea de soberanía y del individuo, entendido como persona aislada y mero portador de derechos individuales negativos. Cabe destacar que cada vez que Habermas se refiere al modelo liberal, hace referencia a la tradición filosófico política que se desarrolla desde Locke en adelante, sin incluir a Rawls ni Dworkin. Esta advertencia la realiza en innumerables ocasiones y se basa en el reconocimiento que el autor realiza de los esfuerzos igualitarios que ambos autores despliegan en sus trabajos.

Respecto del modelo republicano cabe destacar que, si bien la reflexión habermasiana comprende una idea de sociedad, del Estado y del proceso político que permiten identificar un *ethos republicano*, el autor indica claramente las incomodidades que le generan su exceso de idealismo y sobrecarga moral: “el modelo republicano posee ventajas e inconvenientes.

intelectual, en trabajos como *Conocimiento e interés* que, en el álgido año 1968, argumentaba críticamente en contra del positivismo y su concepción aséptica del conocimiento. Sobre este punto véase, VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 42 y ss.

⁵¹³ HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, traducción de Juan Carlos Velasco, Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 241 y ss; *Facticidad y Validez*, citado, p. 374 y ss.; “La soberanía popular como procedimiento”, en *Cuadernos Políticos*, N°57, Era, México, 1989, pp. 53 y ss.

⁵¹⁴ HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, citado, p. 241. Cfr. *Facticidad y Validez*, citado, p. 374.

La ventaja la veo en que se atiende al sentido demócrata-radical de una auto organización de la sociedad mediante ciudadanos unidos de manera comunicativa y en la que los fines colectivos no solo se derivan de un *deal* entre intereses privados contrapuestos. El inconveniente lo veo en que resulta ser un modelos demasiado idealista y hace depender el proceso democrático de las virtudes de ciudadanos orientados hacia el bien común⁵¹⁵”. La propuesta deliberativa tomaría elementos de ambas tradiciones⁵¹⁶, para construir un modelo de deliberación con connotaciones normativas más fuertes que el liberal pero menos intensas que el republicano.

1.2 Es una teoría ideal

Una de las característica destacadas por los críticos de los modelos deliberativos de democracia es la que alude a su carácter excesivamente ideal, en el sentido de irrealizable. Si bien todas las construcciones teóricas tienen el desafío nada menor de defender su potencia para confluir en prácticas concretas, esto se agudiza en el ámbito de la tradición de pensamiento crítico –a la que Habermas pertenecería–, dado que su característica principal precisamente es la demanda por enlazar el pensamiento y la práctica, con el preciso objeto de subvertir las opresiones. En palabras de Horkheimer, en uno de los ensayos insignes de dicha tradición filosófica: “una ciencia que, con presuntuosa autosuficiencia, considera la configuración de la praxis a la que pertenece y sirve simplemente como lo que queda más allá de ella, y que se conforma con la separación de pensamiento y acción, ha renunciado ya a la humanidad⁵¹⁷”.

⁵¹⁵ HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, citado, p. 238.

⁵¹⁶ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 372.

⁵¹⁷ HORKHEIMER, MAX, *Teoría tradicional y teoría crítica*, traducción de Jacobo Muñoz, Paidós, Barcelona, 2000, p. 77.

Las denuncias de excesivo idealismo del trabajo de Habermas y el proyecto deliberativo son múltiples y apuntan nuevamente a que sus condicionantes están muy lejos de ser alcanzadas en sociedades estructuradas en múltiples desigualdades. En este ámbito se puede ubicar a Richard Posner, uno de los autores emblemáticos de las críticas que acentúan la carencia cognitiva y la apatía política de las personas reales, cuestión que no se condice con el ciudadano activo, crítico e ilustrado que exige la deliberación⁵¹⁸.

Desde un plano diverso, también se sostienen cuestionamientos que parten de la base de la injusta distribución de bienes epistémicos imprescindibles para deliberar⁵¹⁹. Nos referimos al problema de las *injusticias epistémicas*, que no refieren a una incapacidad del participante en la deliberación, en el sentido denunciado por Posner –su apatía e ignorancia–, sino que son incapacidades de la sociedad en su conjunto para subvertir las jerarquías epistémicas que permiten la minusvaloración de la participación de ciertos integrantes. Por otra parte, esta perspectiva puede conllevar una férrea denuncia a la violencia simbólica que subyace en los planteamientos como los de Posner; “son un gran problema para la democracia porque su origen y persistencia conducen al espacio en el que se encuentra la cultura y la cognición. Las injusticias epistémicas se relacionan estrechamente con prejuicios y estereotipos, pero estos términos, a diferencia de lo que indica la connotación que han adquirido en el habla cotidiana, no son producto de procesos de pensamientos evitables, sino de mecanismos cognitivos ubicuos, y en gran medida, no intencionales⁵²⁰”. En este sentido,

⁵¹⁸ POSNER, RICHARD, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2003; SOMIN, LLYA, “Cuando la ignorancia no es una bendición: sobre cómo la ignorancia política amenaza a la democracia”, traducción de Celia Lerman, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 8, 2007, Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2936&id_item_menu=5858. (visitado octubre 2015)

⁵¹⁹ MURGUÍA, ADRIANA, “Epistemología social y democracia deliberativa”, en *Acta sociológica*, N° 63, 2014, p. 111.

⁵²⁰ MURGUÍA, ADRIANA, “Epistemología social y democracia deliberativa”, citado, p. 114. FRICKER, MIRANDA, *Epistemic Injustice. Power and the ethics of knowing*, Oxford University Press, Oxford, 2007. En este sentido, anteriormente, hemos recordado nociones como *fascismo epistemológico*, *epistemicidio* y *pensamiento*

se distinguen dos tipos de injusticias epistémicas: por una parte, *la injusticia testimonial* que refiere el prejuicio que conduce a un oyente a otorgar un nivel injusto de credibilidad a la palabra de un hablante, sea para minusvalorarlo o para sobreestimarlos. El primer tipo se ha generado, por ejemplo, con los indígenas, las mujeres y con todo conocimiento que se aparte de los saberes validados desde el paradigma conocimiento dominante; el segundo, consiste en otorgar un lugar y valor privilegiado en el diálogo a ciertas personas, sin cuestionarlos en modo alguno, como se suele realizar con los *expertos*⁵²¹. Por otra parte, en segundo lugar, encontramos las *injusticias hermenéuticas* que “son las que se generan por los prejuicios identitarios estructurales que impiden a un grupo dar sentido a su experiencia social de manera que esta pueda ser comprendida colectivamente –prejuicios contra los homosexuales que impiden a otros grupos la comprensión de su experiencia–⁵²²”.

Las respuestas que suelen plantearse a las objeciones indicadas comprenden una defensa de la dimensión ideal o, más precisamente, normativa de la propuesta

abismal, en SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “¿Un occidente no occidentalista? La filosofía a la venta, la docta ignorancia y la apuesta de Pascal”, citado, p. 68. Profundizaremos en estos aspectos del pensamiento de Santos posteriormente. También son parte de las obras insignes de epistemología crítica: MEDINA, JOSE, *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and the Social Imagination*, Oxford University Press, 2012. Y, todo un clásico de la sociología del conocimiento: BERGER, PETER, *Pirámides de sacrificio, ética, política y cambio social*, traducción de Jesús García, Salterae, Santander, 1979. Otra noción con importante aire de familia es la de violencia epistémica que desarrolla SPIVAK, GAYATRI, “Can the Subaltern Speak?”, en *Marxism and the Interpretation of Culture*, editado por Cary Nelson and Lawrence Grossberg, Macmillan, Londres, 1988, p. 24 y ss. Y, por supuesto, el trabajo sobre las relaciones entre poder y conocimiento de Foucault se encuentra presente en la bibliografía básica de todas estas obras. Principalmente la compleja y sofisticada red de dispositivos disciplinarios de saber poder.

⁵²¹ Ambos fenómenos –la exaltación del saber experto y la minusvaloración del saber indígena– también se explican por su carácter colonial, en la medida que corresponde con el tipo de verdad que la modernidad, la conquista y la esclavitud han validado. Sobre las jerarquías coloniales y la subalternización de los saberes y conocimientos que no responden a la racionalidad occidental. Se ha ideado el concepto de *colonialidad del saber*, como una categoría que daría cuenta de esta dimensión de la colonialidad. En cierto sentido, la noción de saberes sometidos sugerida por Michel Foucault apunta en la misma dirección. VV.AA. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, editado por E. Lander, Clacso, Buenos Aires 2000. Respecto de la noción de saberes sometidos, véase: FOUCAULT, MICHEL, *Hay que defender la sociedad*, traducción de Horacio Pons, Akal, Madrid, 2010, p. 16 y ss.

⁵²² MURGUÍA, ADRIANA, “Epistemología social y democracia deliberativa”, citado, p. 115.

deliberativa⁵²³. Como hemos expuesto, las tesis deliberativas surgen con posterioridad a la segunda guerra mundial, en una época marcada por la tensión problemática entre participación democrática y gobernabilidad, de fracaso del modelo soviético y de un profuso protagonismo de teorías elitistas y empiristas de las democracias realmente existentes. Frente a ellas, la democracia deliberativa se sitúan en plano del deber ser, prescriptivo, normativo y sin vocación de describir sistemas democráticos cada vez más excluyentes y elitistas. En otras palabras, el enfoque filosófico político, que desde la teoría de la justicia de Rawls ha revitalizado la dimensión normativa, permitiría visibilizar los presupuestos y las consecuencias deontológicas de los diversos modelos de democracia, y así poder trazar un horizonte moral y criterios para evaluar los regímenes democráticos.

1.3 Su *ethos* republicano

El republicanismo es una tradición política integrada por un conjunto de principios y prácticas diversas, por lo que resulta central indicar en qué sentido la teoría de la democracia deliberativa detenta un *ethos* republicano. En efecto, integran esta tradición desde los trabajos de Cicerón y Aristóteles, hasta Pettit y Pocock, pasando por Maquiavelo, Montesquieu y Rousseau, por mencionar solo a sus autores más representativos, cuestión que origina gran diversidad y/o múltiples republicanismos: fuertes, débiles, los que centran su análisis en la participación y las virtudes cívicas y los que lo hacen en la separación de poderes o la constitución, por mencionar las corrientes especialmente divergentes entre sí⁵²⁴.

⁵²³ FRASER, NANCY, *Escalas de Justicia*, traducción de Antonio Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008, pp. 148 y ss.

⁵²⁴ El republicanismo fuerte sería aquel que se encuentra cerca de algunas de las tesis fuertes del comunitarismo y el republicanismo débil vendría a ser aquel que se configura como un liberalismo no tan ortodoxo. Incluso en su genealogía habrán quienes miran a Grecia, otros a Estados Unidos o a Italia. Cfr.

Incluso, no sin razón, se habla de un republicanismo antidemocrático o elitista, para señalar las no pocas ocasiones en que la defensa del bien común ha venido aparejada de diversas estrategias de exclusión, relacionadas con los requisitos económicos y políticos que ha de cumplir el ciudadano virtuoso; hombre, propietario, blanco, heterosexual⁵²⁵.

Sin perjuicio de ello, se ha indicado que el sustrato común mínimo del republicanismo es su impronta anti-tiránica, que es contraria a toda dominación reivindicativa de la libertad del ser humano y el *Estado Libre* ya que, lejos de plantear la supresión del Estado o de las jerarquías, ataca al Estado despótico y fomenta el crecimiento de la comunidad⁵²⁶. Otra noción clave del republicanismo contemporáneo es la de *virtudes cívicas*, entendidas como el conjunto de valores que permiten una determinada disposición a participar de la vida pública, cuestión que suele explicarse en contraste con la tradición liberal, en su versión que exalta a un ser humano egoísta, calculador y que no se involucra con el acontecer político – un *homo oeconomicus*⁵²⁷.

OVEJERO, FÉLIX, “Democracia liberal y democracias republicanas. Para una crítica del elitismo democrático”, en *Democracia y representación*, citado, p. 130; GARGARELLA, ROBERTO, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, citado, p. 162

⁵²⁵ “Mucho de lo que forma parte del pensamiento republicano tradicional no da pocas razones para la celebración. Existe una diversidad de estrategias de exclusión –de los no propietarios, los negros, las mujeres– internas a la tradición republicana. La creencia republicana en la deliberación sobre el bien común se encontró siempre asociada a prácticas de exclusión”. Cfr. SUNSTEIN, CASS, “Beyond The Republican Revival”, en *Yale Law Journal*, V. 97, N°8, p. 1539. Cfr. GARGARELLA ROBERTO, *Teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, citado, p. 165.

⁵²⁶ Para la noción de igualdad como no dominación, véase: PETTIT, PHILIP, *Republicanismo, una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de Antoni Domènech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 194 y ss. Sobre la noción de Estado libre véase GARGARELLA ROBERTO, *Teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, citado, p. 163

⁵²⁷ Sin embargo, un concepto tan fuerte como este y el contraste con el liberalismo amerita una mirada que permita enfrentar las acusaciones de perfeccionismo moral y paternalismos que suelen recaer sobre el republicanismo. En este sentido, se ha indicado que “cuando los individuos tienen garantizada y bien defendida por la república una base material para su existencia social autónoma y separada, .suelen desarrollar, bajo un régimen civil y político bien ordenado, no ya la capacidad para autogobernarse en su vida privada (con solo eso se podría seguir siendo un *idiotés*, un «idiota moral»,es decir, alguien que solo mira por y para su casa), sino también una característica afición o vocación más o menos intensas por los negocios públicos, y eso es lo que hace de un individuo libre un *polités*, un «ciudadano»”. Cfr. DOMENECH, ANTONI, BERTOMEU, MARÍA JULIA, “El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)”, en *Revista Isegoría*, N°33, 2005, p. 74. Véase también: VV.AA., *Democracia y virtudes cívicas*, editado por Pedro Cerezo, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. Finalmente, es de justicia complejizar los

Apuntando el foco hacia el Estado, frente al liberalismo que defiende su imparcialidad o neutralidad estricta ante los diversos modelos de vida buena, respetando el ejercicio de la autonomía de cada individuo, el republicanismo se caracteriza por sostener que el Estado debe promover y fomentar las virtudes cívicas que permitan buenos ciudadanos capaces de actuar colectivamente y de desarrollar diálogos orientados al entendimiento, de tal modo que se enfrenta a la *despolitización* que promueve el modelo liberal⁵²⁸.

La compatibilidad que la filosofía política republicana tiene con el modelo de democracia deliberativa se encuentra en que ambas confieren importancia a los espacios de diálogo democrático –el foro público– y a la ciudadanía como sujeto político capaz de actuar colectivamente. La participación tiene un valor en sí misma porque fomenta en las personas su sentido de justicia y porque permite el desarrollo de capacidades asociadas al diálogo que son valiosas socialmente, más allá de la contribución que ello pueda generar en el ámbito de las metas personales.

La perplejidad del debate se encuentra en los casos en que el ensalzamiento del bien común –de la comunidad política o del autogobierno colectivo– se confronta y prevalece al ejercicio de la autonomía del sujeto individual, configurándose el gran temor del liberalismo: la obstaculización de planes de vida individuales, esto en teoría sucede en lo que se ha venido en denominar republicanismo fuerte. Por otro lado, también podemos

análisis cuando nos referimos al liberalismo igualitario de autores como Rawls y Dworkin, caracterizados por pensar en una idea de autonomía efectiva, que los conduce a defender deberes positivos y negativos. Por ello, dichos liberalismos igualitarios atenúan las diferencias con el republicanismo. Cfr. GARGARELLA ROBERTO, *Teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, citado, p. 181 y ss.

⁵²⁸ GARGARELLA ROBERTO, *Teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, citado, p. 171. Una de las críticas que se suele realizar al liberalismo precisamente ha consistido en la *despolitización* que conlleva su manera de comprender el proceso político. Conforme a la reflexión de Wendy Brown esta “despolitización como oscurecimiento de lo político” vendría a ser una consecuencia del idealismo que vertebra al pensamiento filosófico liberal. Cfr. BROWN, WENDY, “Lo que se pierde con los derechos”, en *La crítica de los derechos*, citado, p. 83. Véase también, HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, citado, p. 240.

comprender un republicanismo en el que la política no está al servicio de los planes colectivos únicamente, conservando su preeminencia en lo que respecta al servicio de los fines individuales, y en este caso estaríamos ante lo que se ha denominado como republicanismo débil. Para este modelo la centralidad también se encuentra en que la deliberación y la participación política no sean cooptadas ni por el Estado, ni por el mercado⁵²⁹.

Es claro que estamos ante una de las cuestiones más intrincadas de toda reflexión sobre la justicia, las relaciones entre moral pública y privada, vida personal y política, derechos humanos y soberanía popular. El modelo deliberativo ha asumido diversas posturas al respecto. Por ejemplo, Habermas ha desarrollado a este respecto su tesis de la *cooriginalidad y equiprimordialidad*, que consiste en que no existe una preeminencia del individuo sobre la comunidad ni de modo inverso, existiría una igualdad entre autonomía pública y privada ya que ambas se presuponen⁵³⁰.

Finalmente, otra rasgo elemental y pertinente de indicar en este apartado, es que en el proyecto habermasiano la deliberación no depende tanto del virtuosismo o actitudes heroicas individuales, sino de la institucionalización de los procedimientos y presupuestos comunicativos que permitan que la ciudadanía actué colectivamente⁵³¹.

⁵²⁹ RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA, “El republicanismo débil: una condición de posibilidad para los nuevos derechos”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, 2004, p. 83.

⁵³⁰ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez*, p. 392 y ss.; Cfr. VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 157; VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, p. 151. Sobre el deslinde entre lo público y privado nos resulta especialmente sugerente la crítica realizada por el feminismo a su trabajo. Véase especialmente, FRASER, NANCY, *Justitia Interrupta*, citado, p.123 y ss. Las respuestas a estas críticas constan en HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez*, citado, p. 390 y ss.

⁵³¹ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 374, 392-393; HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, citado, p. 242; JUAN CARLOS, VELASCO, *Habermas*, citado, p. 155; VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, p. 151.

1.4 Modelo procedimental de democracia

Un criterio para distinguir entre modelos de democracia es aquel que atiende a si las decisiones son consideradas válidas o legítimas por su contenido o por el procedimiento que se utilizó para arribar a ellas. En el primer caso estaremos ante un modelo sustantivo y en el segundo ante uno procedimental. Como indicábamos en el capítulo anterior, son modelos sustantivos todos aquellos que integran a su teoría de la legitimidad ámbitos no decidibles, como los cotos vedados, ya que para este tipo de teorías habría contenidos específicos que ya están definidos y que en la práctica están integrados por los derechos fundamentales civiles y políticos, aunque en el caso de Ferrajoli también comprende los derechos sociales. Desde una perspectiva contemporánea, podemos ubicar en este ámbito a las concepciones de la democracia que subyacen al neoconstitucionalismo⁵³². En cambio, para los modelos procedimentales la legitimidad no se circunscribe a un análisis de contenido de las decisiones, sino que se centra en cómo se adoptan las decisiones, por lo que para estas teorías las preguntas esenciales son *quién* debe decidir y *cómo*.

En las pedagógicas palabras de Bobbio, las concepciones procedimentales de la democracia ponen su acento “sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y mínimo de violencia... De esta forma no está garantizado que las decisiones tomadas por la mayoría sea la más sabia. Pero al menos es la que se puede presumir que favorecerá a los más, con la condición de que pueda ser

⁵³² Véase Capítulo I, acápite II, n° 2, en el cual se plantean diferencias entre el activismo judicial dialógico y el neoconstitucionalismo. Respecto a las teorías neoconstitucionalistas, una visión crítica basada en los modelos deliberativos se encuentra en: ALTERIO, MICAELA, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid, abril 2016, dirigida por el Dr. Carlos Lema Añon.

cambiada con el mismo procedimiento⁵³³”. El profesor de Turín, al igual que Kelsen, Ross o Schumpeter, se caracterizó por defender modelos procedimentales de democracia, basándose para ello en una postura *mínima* y realista respecto de ella⁵³⁴.

El modelo deliberativo sería un modelo procedimental de democracia porque sus respuestas en torno a la legitimidad de las decisiones se centran en el *quién decide*, indicando a dicho respecto la tesis de *todos los potencialmente afectados*⁵³⁵. Respecto del *cómo se decide* el modelo deliberativo defenderá las vías representativas y directas de sufragio, pero ambas tendrán como requisito adicional el que las decisiones estén precedidas de debates públicos, en los que cada participante tenga las mismas posibilidades de plantear sus puntos de vista, en procesos de deliberación institucionalizados. En definitiva, no bastaría una mera aplicación de la regla de mayoría, sino que se precisa además que las votaciones estén precedidas de una discusión que permita que todos y todas tengan la posibilidad de defender públicamente sus puntos de vista e intereses “mediante argumentos genuinos y limpios”⁵³⁶.

Finalmente, conviene advertir que la distinción entre modelos procedimentales y sustanciales de democracia es pedagógica y admite una serie de híbridos. Pensar en los

⁵³³ BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general de la política*, traducción de Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello y otros, Trotta, Madrid, 2003, p. 458 y ss.

⁵³⁴ “no tengo ninguna dificultad en admitir, como he escrito alguna vez, que estas reglas puramente formales dan al concepto de democracia un significado restringido. Pero es siempre mejor un significado restringido y claro, que uno amplio... Estoy dispuesto a admitir que para que un Estado sea en verdad democrático, no basta la observancia de estas reglas, quiero decir que reconozco los límites de la democracia solamente formal, pero no tengo dudas sobre el hecho de que basta la inobservancia de una de estas reglas para que un gobierno no sea democrático, ni verdadera ni aparentemente”. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general de la política*, citado, p. 461.

⁵³⁵ Una invitación interesante a repensar qué significa “todos los potencialmente afectados” propia del proyecto deliberativo, la realiza Nancy Fraser. En uno de los ensayos en que reflexiona desde el paradigma de la transnacionalidad del Estado Nación y cómo ello genera nuevos desafíos al potencial crítico de la teoría de la esfera pública, la autora invitará a salir de la propuesta de “todos los potencialmente afectados” a la de “todos los sujetos”. En sus palabras: “la opinión pública es legítima si es consecuencia de un proceso de interacción comunicativa en el que todos los que están conjuntamente sujetos a las estructuras de gobernación relevantes pueden participar como pares, independientemente de la ciudadanía política” Cfr. FRASER, NANCY, *Escalas de Justicia*, traducción de Antonio Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008. p. 179 y ss.

⁵³⁶ VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 159-160.

modelos procedimentales y sus condiciones nos conduce a reconocer diversos derechos humanos, como el sufragio activo y pasivo, el derecho de asociación, de reunión, que integran dicha dimensión formal, pero también ciertos derechos sociales serían especialmente relevantes desde el punto de vista del principio de interdependencia de los derechos humanos. Y ello, nos conduce nuevamente a las denominadas precondiciones de la democracia deliberativa y al cuestionamiento del supuesto carácter mínimo o no sustancial de los procedimientos. En el fondo, sucede que la forma nunca es solo forma⁵³⁷.

1.5 Teoría moral cognitivista

En esta última característica nos referiremos a la teoría moral que subyace al modelo de democracia deliberativa. La democracia es un concepto con una dimensión institucional pero también entraña una dimensión normativa dado que sus distintas versiones se construyen desde diversas teorías meta-éticas⁵³⁸. Las teorías de la moral asociadas a la democracia deliberativa son las de corte cognitivista y constructivista, a grandes rasgos las tesis centrales de estos enfoques son: que podemos acceder al conocimiento de la moral; que la forma de hacerlo es el diálogo –discusión moral o discurso práctico– entendido como el conjunto de prácticas argumentativas reales que las sociedades desarrollan respecto de lo justo; y, que la validez de un postulado moral no se evalúa por su contenido, sino analizando el procedimiento por el cual se accedió a él.

El trabajo de Nino es paradigmático de la teoría del constructivismo epistemológico⁵³⁹. Esta plantea que el discurso práctico y la verdad moral son ámbitos distintos, siendo el

⁵³⁷ SAFFON, MARIA PAULA, URBINATI, NADIA, “Procedural Democracy the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, N°41, 2013, pp. 442.

⁵³⁸ NINO, CARLOS, *Introducción al análisis del Derecho*, citado, p. 382 y ss.

⁵³⁹ Otros autores que han desarrollado el argumento de la justificación epistémica de la democracia deliberativa son: ESTLUND, DAVID, *La autoridad democrática, los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*,

primero una vía para acceder al segundo. Por tanto, para el constructivismo epistémico la validez de un principio moral no se deriva de su resultado, sino solamente de sus presupuestos, es decir, de las características del diálogo previo. Más aún, según Nino la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos, cuestión que en términos epistemológicos conlleva que: “las discusiones y decisiones intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a otros no solo incrementa el conocimiento que uno posee y permite detectar errores de razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial”⁵⁴⁰.

Por su parte, con la tesis de la justificación epistémica de la democracia Nino plantea que la democracia deliberativa sería una vía fiable para acercarnos a identificar la verdad moral o a las decisiones correctas. De tal modo, el valor de la democracia deliberativa se apartaría de las respuestas tradicionales, como lo son aquellas que ponen su acento en que sería la forma de gobierno que mejor resultados nos permite obtener como sociedad, o bien que su valor reside en los principios intrínsecos que busca preservar⁵⁴¹. Al contrario, más

traducción de Sebastián Linares, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001 y MARTÍ, JOSÉ, *La república deliberativa*, citado, p. 200 y ss.

⁵⁴⁰ NINO, CARLOS, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p. 161.

⁵⁴¹ Nos referimos a la diferencia entre justificaciones consecuencialistas de la democracia centradas en sus consecuencias positivas o fines— como las teorías pluralistas y la escuela económica del derecho—y las intrínsecas centradas en sus rasgos inherentes — acá se suele ubicar a los republicanismos—.

bien traza una semejanza entre el discurso moral y la regla de la mayoría y conecta en su teoría la justificación epistémica de la democracia con el constructivismo ético.

La justificación epistémica de la democracia ha sido centro de múltiples críticas, desde la asimilación que se realiza entre su versión fuerte y el teorema de Condorcet y con ello de todos los problemas derivados del análisis crítico de sus conclusiones, hasta los más recientes desarrollos de las teorías de la elección racional y los problemas de incoherencia colectiva, de agregación de intereses y de preferencias⁵⁴². Por otra parte, a partir del dato de la pluralidad que caracteriza a las sociedades reales se cuestiona la excesiva carga que representa asignar a la decisión democrática el rango de la verdad moral.

Resulta central analizar las consecuencias de nuestros posicionamientos morales pensando en los contextos y los rasgos socio-culturales, políticos y económicos de las sociedades en las que serán utilizados como ideales regulativos, que aspiran a ser empíricamente realizables. En tal sentido la posibilidad de que una decisión colectivamente adoptada, y siguiendo los parámetros de la democracia deliberativa, coincida con la verdad moral, si es que algo así fuera posible, puede ser consecuencia de la confluencia de factores contingentes que impedirían establecer tal identificación como una cuestión generalizable y además, difícil de concebir teniendo en cuenta el dato de la intensa diversidad y pluralismo de nuestras sociedades.

Frente a todas las críticas que se han planteado contra el modelo de justificación epistémica de la democracia deliberativa y esencialmente por la excesiva carga y tensiones que conlleva identificar el proceso deliberativo y sus decisiones resultante con la verdad

⁵⁴² Estos problemas son expuesto con admirable claridad y agudeza en: BAYÓN, JUAN CARLOS, “¿Necesita la democracia deliberativa una justificación epistémica?”, en *Revista Diritto & Questioni Pubbliche*, p. 191 y ss. Puede encontrarse una crítica sostenida en la lejanía que la justificación epistémica tiene con las democracias reales, en su compatibilidad con propuestas de gobierno no democráticas y, además, en la posibilidad de que las mayorías voten basadas en preferencias inmorales o autointeresadas, en: Cfr. ROSENKRANTZ, CARLOS, “La democracia: una crítica a su justificación epistémica”, en *Doxa*, N°10, 1991, p. 276.

moral, nos parece que posiciones como las de Bayon permiten enfrentar mejor una defensa del modelo democrático, solo a través de resaltar los valores de la igualdad política y en los ideales de igual autonomía e igual dignidad de todos, que se promoverían a través de la deliberación de todos y todas las integrantes del diálogo democrático, sin tener que llegar a defender sus virtudes epistémicas para llegar a una verdad moral⁵⁴³.

Por su parte, Habermas también puede identificarse como *cognitivista*, dado que en su ética del discurso las normas morales pueden ser conocidas y justificadas el mediante la praxis humana de la argumentación, el punto de partida y de llegada de las normas morales⁵⁴⁴. La diferencia con Nino radica en que la validez de un juicio moral deriva de su carácter puramente procedimental, es decir, de haber sido adoptado a través de un procedimiento de argumentación bajo condiciones ideales que consisten, básicamente, en relaciones asimétricas de reconocimiento entre los diversos participantes del diálogo. Como hemos indicado, en este ámbito Habermas desarrolla su principio discursivo: “válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales⁵⁴⁵”. Como hemos indicado, este principio comparte similitud con el imperativo kantiano, pero la diferencia entre ambos es sustancial, pues en el caso de Habermas la intersubjetividad efectiva es la única vía para generar el conocimiento de los principios morales, mientras que para Kant ello es posible monológicamente⁵⁴⁶. Esta diferencia no se produce respecto del

⁵⁴³ Cfr. BAYÓN, JUAN CARLOS, “¿Necesita la democracia deliberativa una justificación epistémica?”, citado, p. 223. Para un análisis más completo de las críticas indicadas, véase ALTERIO, MICAELA, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, citado, p. 270 y ss. Un recorrido crítico sobre la noción procedimental de la democracia que aborda con estos nudos es: SAFFON, MARÍA PAULA, URBINATI, NADIA, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *citado*, p. 442 y ss.

⁵⁴⁴ VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 70

⁵⁴⁵ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 162.

⁵⁴⁶ VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p.75. Cabe destacar que Nino enfatiza la misma diferencia respecto de Rawls, ya que al conocimiento de la moral social, en su teoría de la justicia, se puede acceder en

principio de universalidad, en tanto este es un criterio formal del razonamiento moral. La clave reside en que los enunciados morales que pretendan ser considerados válidos requieren la aquiescencia efectiva de todos los afectados: el “consenso es el objetivo y la discusión es el camino”⁵⁴⁷.

1.6 La teoría de la esfera pública

Uno de los aspectos de la teoría de la democracia deliberativa que nos resulta significativo a los efectos de esta investigación se refiere a la *esfera pública*, una de las nociones claves de su construcción teórica⁵⁴⁸. Desde el punto de vista de la historia de las ideas políticas, es una noción renovadora, ya que vindica como política a la acción colectiva específica que se constituye en la esfera pública. En tiempos en que se visibiliza con especial claridad la debilidad institucional para hacer frente a las crisis, cuestión que tiene una importante manifestación en la corrupción que afecta al Estado y su cooptación por los grupos de interés, tal como hemos expuesto en el capítulo I⁵⁴⁹, resulta necesaria una teoría que nos permita valorar la esfera pública por su función democrática y reflexionar en torno a las manifestaciones de política no institucionalizada y no estatalizada que ella comprende.

forma monológica, es decir, la persona en un ejercicio de reflexión individual puede llegar arribar al conocimiento de los principios de justicia o moral social. Para ello además resulta necesaria la imparcialidad y es para lograrla que Rawls diseña el velo de ignorancia, que permitiría conocer la justicia asumiendo en forma ficticia la posición de cada uno de los implicados. Cabe destacar que en su esquema las interacciones comunicativas figuran pero solo como proveedoras de datos relevantes, que no determinan el contenido de la moral, ni representan el camino para conocerla. Cfr. NINO, CARLOS, *La constitución de la democracia deliberativa*, citado, p. 156.

⁵⁴⁷ VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 76.

⁵⁴⁸ Las obras centrales que Habermas dedica a la esfera pública son: HABERMAS, JÜRGEN, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, [1962], traducción de Antonio Domenech, con la colaboración de Rafael Grasa, Gustavo Gili, Barcelona, 1981; *Teoría de la acción comunicativa*, II- V. citado, y *Facticidad y Validez*, citado.

⁵⁴⁹ Véase capítulo I, Epífrase II, n°3.5: conflictos graves y estructurales.

Aunque, como veremos, en el esquema habermasiano su rol es bastante tenue y autolimitado⁵⁵⁰.

La esfera pública es el *foro* de las sociedades modernas que, asentada sobre la sociedad civil, reúne a las personas a practicar la comunicación en forma sostenida y en común, originando la *opinión pública* que se produce a través de la acción comunicativa para influir y controlar la gobernanza. “El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de posturas, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”⁵⁵¹. Para Habermas la esfera pública es un *espacio de influencia* que no se transforma en poder político sino hasta que logra permear los espacios institucionalizados de poder, con especial referencia al parlamento; “el influjo publicístico-político, al igual que el poder social, solo puede transformarse en poder político a través de procedimientos institucionalizados”⁵⁵². Es precisamente en el entrelazamiento entre opinión pública que surge en la esfera pública y la que emana en las instituciones del Estado de Derecho donde se produce la traducción sociológica de la noción de política deliberativa⁵⁵³. En este sentido, Fraser distingue entre

⁵⁵⁰ “Desde fines de los años sesenta se acumularon las evidencias en favor de una estimación mucho más precavida y reservada. El sistema administrativo solo parece poder operar dentro de un espacio de acción extremadamente estrecho; parece quedar restringido, atenido y obligado a la forma de movimiento más bien reactiva que representa una política tendente, no tanto a planificar, como a evitar crisis. Por el lado del *output* el «Estado activo» choca enseguida con los límites de su capacidad de regulación y control porque los sistemas funcionales y las grandes organizaciones se sustraen a las intervenciones directas, pues a éstas no les es tan fácil acertar con la lógica interna de esos sistemas y organizaciones. Por el lado del *input* el espacio de iniciativa del gobierno y de los partidos queda además restringido por la imprevisibilidad de esos electores cambiantes e inconstantes, ya sean ilustrados, ya sean movilizados en términos populistas, cuyas vinculaciones a los partidos se hacen cada vez más laxas. Cuando crecen el malhumor y el tedio político, los partidos establecidos han de temer de pérdida de legitimación por vía de la abstención y el voto de protesta”. Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 411.

⁵⁵¹ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 440.

⁵⁵² HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 443.

⁵⁵³ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 453. Por ello también se ha hablado de la “autolimitación estructuralmente necesaria de la práctica de la democracia radical, con lo que refieren que la sociedad civil vigorosa solo puede formarse en sociedades avanzadas en el reconocimiento de los derechos, la

esfera pública fuerte y débil; la primera, sería la que emana del parlamento quien no solo genera una opinión pública sino que además adopta decisiones políticamente vinculantes. En cambio, la opinión pública débil solo genera crítica, control e influencia para la gobernanza, pero no decisiones políticamente vinculante, ni la generación de instancias de autogobierno⁵⁵⁴.

Las características esenciales de la esfera pública, en la construcción habermasiana, son: la existencia de un libre acceso a ella, quienes participan en la esfera pública suspenden sus diferencias y excluyen el interés privado, su regulación no está subordinada a los mercados, ni al Estado, ni a los medios de comunicación y de ella emana la opinión pública⁵⁵⁵. De las interacciones de cada una de estas instancias surge el proceso de institucionalización política que cabría calificar como legítimo desde la perspectiva de la teoría del discurso⁵⁵⁶.

El origen de la esfera pública es paralelo al nacimiento del Estado moderno, como consecuencia del surgimiento de los foros burgueses que enfrentaron las dinámicas

opinión pública solo puede ejercer poder de influencia y no poder político “la soberanía del pueblo, comunicativamente fluidificada, no puede hacerse valer solo en el poder que pueden ejercer discursos informales y públicos autónomos. Para generar poder político, su influencia ha de extenderse a las deliberaciones de las instituciones democráticamente estructuradas de la formación de la opinión y la voluntad y adoptar en resoluciones formales una forma autorizada. Finalmente, la sociedad civil y las formas emancipadas de vida que surgen en ella no pueden aspirar a absorber al estado de derecho u ocupar su puesto, HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 452.

⁵⁵⁴ FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, citado, p. 129. Respecto de los públicos débiles, Habermas está consciente de la mayor desprotección en la que se encuentran, indicando que están especialmente expuestos a los efectos de la represión y exclusión provenientes de la desigual distribución del poder social, al poder estructural y a la comunicación sistemáticamente distribuida. Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 385.

⁵⁵⁵ “En la opinión pública se forma influencia y se lucha por ejercer influencia. En esa lucha no solo entra en juego el influjo político ya adquirido y acumulado (por acreditados ocupantes de cargos públicos, por partidos políticos establecidos o por grupos conocidos como Greenpeace o Amnistía Internacional, etc.) sino también por el prestigio de grupos de personas y también de expertos que han adquirido su influencia en espacios públicos más especializados (por ejemplo las autoridades eclesíásticas, la fama de literatos y artistas, la reputación de científicos de renombre y relumbro de estrellas del deporte y del mundo del espectáculo, etc.)...”. Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 443.

⁵⁵⁶ VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado. p. 154

despóticas del poder, es decir, surge como *esfera pública burguesa*. Al respecto la historia ha buscado visibilizar que “la elaboración de una cultura distintiva de la sociedad civil y de una esfera pública asociada con ella, estuvo implicada en el proceso de formación de la clase burguesa; sus prácticas y *Ethos* eran marcas de distinción, en el sentido de Pierre Bourdieu, manera de definir a las élites emergentes, separándolas de las viejas élites aristocráticas a las que aspiraba desplazar, por un lado y de los diversos estratos populares y plebeyos a los que aspiraba gobernar, por el otro⁵⁵⁷”. Con ello resaltan las exclusiones que configuraron la esfera pública y en las que Habermas parece no detenerse. Concretamente, señala cómo la mujer fue desterrada de ella y cómo la idea misma de esfera pública ha validado su opresión. Este tipo de críticas es analizado por Fraser, quien además cuestiona la presuposición de igualdad y la suspensión de diferencias como requisito o rasgo constitutivo de la esfera pública, dado que ello implica excluir de la deliberación a las desigualdades y, al igual que la presuposición de autonomía, todas cuestiones que conducen a la teoría a desaprovechar su potencia crítica⁵⁵⁸.

Por otra parte, denuncia la tendencia de aludir a “la esfera pública” en singular, lo cual impide visibilizar los *contra públicos subalternos* de cuya existencia la autora es conciente, con ellos se refiere a: “espacios públicos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contra-discursos, lo que a su vez les permite

⁵⁵⁷ FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, citado, p. 102.

⁵⁵⁸ Concretamente, señala: 1. no permitiría promover la paridad en la participación; 2. Las desigualdades no se discutirían abiertamente; 3. Suponer imparcialidad o neutralidad cultural en sociedades integradas por diversos grupos sociales, que desarrollan estilos culturales que son diversamente valorados y que generan poderosas presiones informales que marginan a los miembros de grupos subordinados, tanto en la vida cotidiana, como en las esferas públicas oficiales; 4. Por otra parte, la esfera pública burguesa tiene una economía política que “refuerza estructuralmente lo que la cultura logra informalmente” Cfr. FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, citado, p. 113.

formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades⁵⁵⁹». Otra objeción fundamental se dirige a la idea de que la deliberación pública solo debe circunscribirse al bien común, al interés público y no a los intereses privados. Fraser, en cambio, arremete planteando que la frontera misma entre lo público y lo privado es una cuestión importante de discutir y que la confrontación de argumentos al respecto debe desarrollarse en el espacio público. Los ejemplos que utiliza para explicar la importancia de su planteamiento son: el caso de la violencia doméstica en los sistemas de dominación patriarcal, que durante mucho tiempo fue considerado un tema privado propio de las relaciones de parejas y sobre el que tanto la sociedad como el Estado no tenían nada que opinar, cuestión que hoy está siendo superada a través de diversas regulaciones que buscan asumir este problema como social y que tiene como una de sus graves manifestaciones los femicidios que año a año afectan a tantas y mujeres en todo el mundo. Otro caso, también muy importante, que tensiona el sentido de la distinción entre público y privado y que la visibiliza como estrategia para excluir del debate público ciertos temas tiene que ver con el ejercicio del derecho de propiedad y las diversas facultades que emanan de él, pues a partir de la identificación de los asuntos empresariales como privados son muchas las veces en que las empresas impiden abrir un espacio de discusión y con ello también obstaculizan el control público de sus gestiones o mecanismos de producción.

Pese a que la teoría de la esfera pública, en el modo que la concibe Habermas, acontece como un ideal que nunca se ha realizado y que las funciones que le confiere son limitadas, es considerada el ámbito de su trabajo con mayor potencial crítico. Para Fraser,

⁵⁵⁹ FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, citado, p. 115. El ejemplo de Fraser es el contra-público subalterno feminista de EEUU de fines del S. XX. Sus revistas, editoriales, redes de distribución de películas, conferencias, centros de investigación, programas académicos, festivales, bares, etc. Es en este espacio público en el que han surgido palabras como sexismo, doble jornada, acoso sexual o violación extramarital.

por ejemplo, la teoría de la esfera pública de Habermas es esencial para la crítica de la democracia liberal y opera como mecanismo para racionalizar la dominación política del Estado, al hacerlo responsable frente a los ciudadanos y por ello debe contribuir a las luchas por la emancipación⁵⁶⁰. En este sentido, es una teoría que ha atraído a quienes buscan un lugar para los movimientos sociales que no los reduzca a ser portadores de opiniones consideradas como meros datos o manifestaciones de patologías sociales carentes de valor político⁵⁶¹.

Para dimensionar este aspecto resulta necesario detenernos brevemente en un aspecto complejísimo: la concepción de la sociedad civil que sostiene esta propuesta y que tiene su punto de partida en la diferenciación que realiza entre el Estado, la economía y la sociedad⁵⁶². Sucede que la noción de sociedad civil tiene un larguísimo recorrido y son muchas las consecuencias de la distinción que se indica; ¿cuál sería la relación entre Estado y economía? ¿Debe excluirse a la economía de la sociedad civil? ¿Debe excluirse a la política de la sociedad civil? Son algunos de los cuestionamientos que enfrenta el trabajo de autores como Hegel, Gramsci, Tocqueville, Arendt, o Marx, por mencionar tan solo algunos. Desde una perspectiva absolutamente actual, ¿cuáles serían las posibilidades de relación entre movimientos sociales y la política institucional del partido político o del acceso a los cargos de representación tradicional? ¿Deben los movimientos aspirar a transformarse en

⁵⁶⁰ FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, citado, p. 103.

⁵⁶¹ DELLA PORTA, DONATELLA, DIANI, MARIO, *Los movimientos sociales*, traducción de Eduardo Romanos, CIS, Madrid, 2015, p. 302. “No resulta en nada ajeno a los promotores intelectuales de la democracia deliberativa la voluntad de elaborar una concepción de la política capaz de dar cobertura teórica a los nuevos movimientos sociales (con frecuencia de «protesta», aunque no necesariamente), a las iniciativas cívicas y, en general, a todas aquellas conductas políticas *no* convencionales que procuran o favorecen la desinstitucionalización y la desestatización de la política”. Cfr. VELASCO, JUAN CARLOS, “Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas”, citado, p. 6. FRASER, NANCY, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, citado, p. 96. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 528.

⁵⁶² VV.AA, *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*, editado por José María Sauca y María Isabel Wendes, Trotta, Madrid, 2007.

partidos? ¿Pueden ostentar el poder de transformación sin acceder al Estado?⁵⁶³ Son algunos de los interrogantes cuya respuesta varía en función de la concepción de sociedad civil que se tenga.

Desde Hegel se marcó una fuerte tendencia a considerar que la sociedad civil era un espacio privado y apolítico, el espacio de los individuos egoístas y aislados, siendo el Estado el lugar para construir *lo común*, excluir al egoísmo y defender la libertad, cuestión que deriva de que en la filosofía hegeliana el Estado es la manifestación más elevada de la vida en sociedad⁵⁶⁴. Autores como Marx y Arendt, con diversos argumentos, denostaron la posibilidad de que la sociedad civil fuese un espacio diferenciado del Estado y relevante en el sistema político. Aunque la afirmación merece bastantes matices, lo cierto es que en el caso del marxismo la confusión entre Estado y ciudadanía propició el despliegue del Estado autoritario, y similar fenómeno encontramos en el caso de los totalitarismos que absorben a la ciudadanía y que Arendt contribuyó a comprender, lo cual de alguna manera explica la postura ambivalente que tuvo respecto de los movimientos de masas⁵⁶⁵.

Claramente un punto de partida básico de las diferencias entre cada autor tiene que ver con qué se entiende por sociedad civil, cómo está integrada y cómo se relaciona con los demás ámbitos de la vida social. Por otra parte, las funciones que se asignan a la sociedad civil pueden ser diversas; desde quienes buscan que el individuo aislado, apático e ignorante

⁵⁶³ COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 98.

⁵⁶⁴ COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 120 y ss. Respecto de este aspecto central en el pensamiento de Hegel, véase DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, citado, p. 107 y ss; RIPALDA, JOSÉ MARÍA, *La nación dividida: raíces de un pensador burgués, G.W.F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 1978.

⁵⁶⁵ Para profundizar en la postura de Arendt véase COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, pp. 215 y ss. Para una comprensión integral de su pensamiento en este ámbito véase, SÁNCHEZ, CRISTINA, *Hannah Arendt. El espacio de la política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

tenga espacios de sociabilización que lo ocupen y aparten del acontecer político⁵⁶⁶, hasta quienes consideran que este espacio resulta fundamental para que se articulen procesos de transformación política⁵⁶⁷. Habermas persiste con su reflexión: “lo que hoy recibe el nombre de sociedad civil, a diferencia de lo que todavía sucede en Marx, ya no incluye la economía regida a través de los mercados de trabajo, de capital y de bienes, constituida en términos de derecho privado. Antes su núcleo institucional lo constituye esa trama asociativa no-estatal y no-económica, de base voluntaria... La sociedad civil se compone de esas asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o voz, la transmiten al espacio de la opinión pública política⁵⁶⁸”.

Fraser cuestiona la separación radical entre esfera pública y Estado, porque no es descriptiva de lo que ha sucedido a partir del parlamentarismo y del Estado social, fenómenos que fueron atenuando la separación radical entre ambos espacios. Pero, además, porque conforme a su pensamiento, resulta necesario avanzar hacia un *modelo post burgués de esfera pública*, cuyo desafío principal sea permitir un paso más allá de la mera formación de la opinión pública y pasar a formas más complejas de imbricación entre los distintos

⁵⁶⁶ La explicación de Cohen y Arato al respecto indica que los pluralistas elitistas, que se caracterizan por reducir la legitimidad política a cuestiones organizacionales, asociaron la sociedad civil con la domesticación, la desmovilización política y atomización. Por lo mismo, confirieron principal valor a la vida privada, a la familia, los clubes privados, las asociaciones voluntarias y otro tipo de organizaciones similares que contribuyeran al alejamiento de la persona de la participación política. Cfr. COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 37.

⁵⁶⁷ Uno de los autores reconocidos por reflexionar respecto de la sociedad en esta línea es Tocqueville, pues consideró a la sociedad civil un terreno de democratización y la participación activa de los ciudadanos en instituciones civiles como fundamental para sostener la cultura democrática. Cohen y Arato, por su parte, conciben a la sociedad civil “parcialmente en torno a la idea de movimiento democratizador, autolimitados, que procuran extender y proteger espacios tanto para la libertad positiva como la libertad negativa y volver a crear formas igualitaria de solidaridad sin obstaculizar la autorregulación económica”. Cfr. COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 36 y 38.

⁵⁶⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, 447.

espacios de la vida social, que permitan comprender la autoadministración y las responsabilidades políticas esenciales de una sociedad democrática. Y por ello el *modelo post burgués* aspira a algo más que la formación de opinión pública, para pasar a la toma de decisiones⁵⁶⁹.

Finalmente, cabe mencionar que las últimas reflexiones de Fraser respecto de la esfera pública han profundizado en un aspecto muy particular y relevante de su carácter contrafáctico: presuponer un Estado nación en clave westfaliana, cuestión que confronta con el fenómeno de la *transnacionalidad*⁵⁷⁰ y que nos enfrenta al desafío de constituir una esfera pública que supere los límites estatales y logre desempeñar la función política propia de ella: controlar el poder de los espacios de decisión, incluyendo los que trascienden a la gobernanza nacional.

2. El relato agonista⁵⁷¹

Una de las críticas más importantes que se han realizado a la democracia deliberativa ha sido desarrollada por diversos autores que se inscriben en una tradición agonista, que

⁵⁶⁹ FRASER, NANCY, “Pensando de nuevo la esfera pública, una contribución a la crítica de las democracias existentes”, citado, p. 132.

⁵⁷⁰ En este texto Fraser se pregunta por la esfera pública transnacional, partiendo de la crítica a los múltiples trabajos que se han realizado presuponiendo la actualidad de un Estado nación propio del marco de Westfalia, territorial y con imaginarios nacionales. En este sentido señala seis presupuestos contrafácticos constitutivos de la teoría de la esfera pública: 1) El destinatario de la esfera pública es el estado nación; 2) Los participantes de la esfera pública son los ciudadanos residentes en el territorio; 3) El topos principal de la esfera pública es la deliberación respecto del control que el estado nacional realiza de la economía nacional; 4) El vehículo de la esfera pública es la infraestructura nacional de comunicaciones; 5) Las interacciones discursivas se realizan en un idioma nacional; 6) La literatura vernácula apoya los imaginarios sociales compartidos nacionales. En estricto rigor, la autora busca un punto medio entre las concepciones que consideran que estamos ante un nuevo desarrollo desde finales del S. XX, identificado con la globalización y quienes consideran que la esfera pública ha sido transnacional desde los orígenes del sistema interestatal, en el S. XVII. El marco westfaliano siempre ha sido ideológico y ha oscurecido el carácter intrínsecamente ilimitado de la esfera pública: “esta postura nos recuerda con acierto que la democracia metropolitana surgió en conjunción con el sometimiento colonial, lo cual impulsó flujos transnacionales de opinión pública” Cfr. FRASER, NANCY, *Escalas de Justicia*, traducción de Antonio Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008. pp. 145 y ss.

⁵⁷¹ Gran parte de las claridades que logré alcanzar para desarrollar esta sección de la investigación las debo a la generosa dirección que me ha proveído Ruben García, las deficiencias que se mantienen están muy lejos de representar su profundidad y reflexión al respecto.

tiene como ejes centrales las nociones de conflicto, de disenso, de desacuerdo y de *lo político* incompatibles con ella⁵⁷². Pero además de este rasgo crítico ante el modelo deliberativo, el modelo agonista se constituye como una versión distinta del diálogo democrático, que se encuentra dinamizando la reflexión política actual.

2.1 El pensamiento agonista en sentido amplio

En sentido amplio, son muchísimos los autores que podríamos ubicar en esta línea de pensamiento, desde Marx a Schmitt, con pasada insoslayable por Foucault, Weber, Rancière, incluso Waldron o Javier Muguerza. Todos ellos adoptan nociones de disenso o desacuerdo que buscan enfrentar la noción de consenso proporcionada por la teoría deliberativa, pero con importantes diferencias. Por ejemplo en el caso de Muguerza encontramos un buen ejemplo de cómo el disenso puede vertebrar tesis que se esgrimen desde una tradición filosófica diversa a la posmoderna, cuestión que él mismo se encarga de evidenciar a partir del diálogo que establece con el trabajo de Lyotard, en su *La condición postmoderna*, denunciándolo –siguiendo en ello a Wellmer– de repetir la “ingenuidad de la tradición liberal y anarquista”. Por otra parte, su liberalismo se manifiesta en que el disenso que reivindica para fundamentar los derechos humanos, no confronta a la autonomía kantiana,

⁵⁷² En estricto rigor, Habermas sí considera el conflicto y las dificultades del consenso, pero como veremos hay diferencias importantes con el trabajo agonista. En efecto, el autor alemán plantea que una vez superadas todas las condiciones para una *situación ideal del habla*, las personas podríamos a través de la acción comunicativa arribar a consensos democráticos: “el espacio público tiene que, por su parte, poder apoyarse en una base social en la que los iguales derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social. Solo sobre una base social que haya escapado de las barreras de clase y se haya sacudido de las cadenas milenarias de la estratificación social y la explotación social puede desarrollarse plenamente el potencial de un pluralismo cultural capaz de funcionar conforme a su propia lógica y a su aire, un potencial que, sin duda alguna, es tan rico en conflictos como en formas de vida generadoras de significados y sentidos”. Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez*, citado, p. 385.

también por su defensa del coto vedado, llegando a poner al disenso al servicio de la ampliación de aquel⁵⁷³.

En este mismo sentido, encontramos el caso de Jeremy Waldron pues uno de los rasgos más conocidos de su trabajo precisamente se encuentra en la centralidad que el desacuerdo tiene en su forma de pensar la vida en sociedad y que lo conduce a realizar una gran defensa del igualitarismo participativo. Recordemos que Waldron está pensando en confrontar diversas corrientes elitistas, tan presentes en la tradición filosófico política estadounidense⁵⁷⁴. Sin perjuicio de ello, insistirá en que el desacuerdo suele presentarse antes y después de la deliberación y que, a diferencia de lo que piensan los teóricos de la democracia deliberativa, cada vez que no logramos un consenso no es porque haya habido una deliberación defectuosa o incompleta, sino porque el desacuerdo es radicalmente constitutivo de las relaciones sociales⁵⁷⁵

Las teorías propiamente agonistas critican la ética del discurso y las posibilidades de arribar a consensos democráticos, no solo por las dificultades contra-fácticas, sino por la idea de *la política* que las sustenta. Uno de los autores paradigmáticos del agonismo es Jacques Rancière, quien desarrolla la tesis de que *la política es la lucha por la política*, una idea que conviene comprender en relación con la distinción que efectúa entre *policía* y *política*, ya que dibuja con gran claridad el *aspecto agonista* de su pensamiento. Con la primera refiere a cómo la política es una lucha por ampliar la conflictividad dados los diversos obstáculos que impiden que solo ciertos discursos y conflictos sean legitimados, con exclusión de otros, que no logran alcanzar el estatus de tales. La distinción entre policía

⁵⁷³ MUGUERZA, JAVIER, “La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)” en *Ética, disenso y derechos humanos*, citado, p. 11 y ss. 115 y ss.

⁵⁷⁴ Véase Capítulo I, acápite II n° 2 y 3, diferencias teóricas con el neoconstitucionalismo y con el constitucionalismo popular.

⁵⁷⁵ WALDRON, JEREMY, *Derecho y Desacuerdos*, citado y del mismo autor “The Core of Case Against Judicial Review”, citado.

y política, por su parte, comprenden que la política es desacuerdo por razones más profundas y estructurales que los meros conflictos de intereses o luchas de poder, “sino que por el choque entre esquemas perceptivos-cognitivos contrapuestos e incompatibles: la política y la policía. Son dos modos distintos de organizar quiénes cuentan, quiénes no y cómo en la comunidad. Se reparte lo que es visible y lo que no, lo que se escucha y lo que no, quién habla de lo común y quién de lo «privado». Determina por tanto un régimen de visibilidad/invisibilidad de los actores, una estética”⁵⁷⁶.

Podríamos seguir arguyendo ejemplos de autores agonistas en sentido amplio –como Marx, Foucault o Schmitt, también citados arriba–, en la medida en que todos ellos inscribieron sus planteamientos filosófico-políticos en una ontología de tipo conflictualista, que entiende la lucha y el conflicto como elementos estructurales e inextirpables de la vida en sociedad. No obstante, ello exigiría prácticamente un tratado adicional y nos llevaría lejos del hilo argumentativo de la presente investigación. Lo que sí nos interesa es centrarnos en el modelo agonista en sentido estricto, en la medida en que se trata de una apuesta filosófico-política que ha marcado distancias con el modelo deliberativo de democracia y, en ese sentido, constituye una parada imprescindible de nuestro recorrido.

2.2 Agonismo y deliberación

Nos centraremos a continuación en el trabajo de Chantal Mouffe y Ernesto Laclau, representativo de esta tradición que en términos genéricos denominaremos como *agonista* para aludir el carácter central que asignan a los antagonismos en la vida política y a la imposibilidad de eliminarlos. A lo sumo, si ello ocurriera, sería solo de modo temporal,

⁵⁷⁶ RANCIÈRE, JACQUES, *El desacuerdo. Política y filosofía*, traducción de Horacio Pons, Nueva Visión, Buenos Aires, 2012.

inestable y contingente⁵⁷⁷. El trabajo de Mouffe ha adquirido cierta notoriedad en el pensamiento filosófico político contemporáneo ya que, con un marco teórico integrado por el trabajo de Derrida, Gramsci, Wittgensteins y Schmitt, ha sido una de las críticas más enconadas y conocidas en contra del consenso democrático que defiende la teoría de la democracia deliberativa, (a su vez, la teoría agonista ha sido criticada desde enfoques filosóficos muy diversos)⁵⁷⁸. Pasaremos a examinar sus rasgos principales.

La tesis central de Mouffe se encuentra en la crítica al racionalismo, al liberalismo y a los universalismos morales que suelen dominar el contenido de la teoría de la democracia deliberativa. Según indica, ésta es la cuestión que impide su capacidad descriptiva y enfrentar de buena forma la dimensión de lo político: “un enfoque racionalista está condenado a permanecer ciego a la dimensión de antagonismo de lo político y también he afirmado que esta omisión ha tenido consecuencias muy serias para la política democrática⁵⁷⁹”. En su opinión los desacuerdos son superables puntualmente, puede haber *compromisos*, pero solo como respiros temporales y frágiles, que siempre conllevan algún grado de exclusión, ya que no eliminan los *antagonismo*, una de las nociones claves de la propuesta. Es más, Mouffe, simplificando pero incisiva, nos indicará: “ninguna cantidad de diálogo o de práctica moral logrará persuadir jamás a la clase dirigente de que renuncie a su

⁵⁷⁷ VV.AA, “Agonismo y deliberación: diferencias conceptuales entre dos perspectivas sobre política y conflicto”, en *Revista Andamios*, V. 11, N°24, p. 59 y ss. SANÍN, RICARDO, “Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical”, en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, V.12, N°12, 2012, pp. 264 y ss.

⁵⁷⁸ Entre ellas la de quienes en su tiempo los criticaron desde el marxismo. Véase GERAS, NORMAN, “Post marxism?”, en *New Left Review*, mayo-junio, 1987, p. 3 y ss. La respuesta al polémico escrito consta en: LACLAU, ERNESTO Y MOUFFE CHANTAL, “Post’marxismo sin pedido de disculpas”, en *New Left Review*, noviembre-diciembre, 1987, p. 79 y ss. Hasta quienes han tachado el trabajo como posmoderno en el sentido más peyorativo del término. Cfr. COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, citado, p. 50. LOIS, MARTA, “Ernesto Laclau y Chantal Mouffe: hacia una teoría radical de la democracia”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, pp. 451 y ss.

⁵⁷⁹ MOUFFE, CHANTAL, La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea, citado, 2012, p. 28.

poder»⁵⁸⁰. Por lo mismo, más que consensos basados en acuerdos democráticos que cumplen el estándar del principio discursivo, estaríamos ante una corrupción de él. Esta distinción ya era planteada por Schmitt: “negociación es distinto a discusión, debate o discurso, en jerga habermasiana: «la discusión significa intercambio de opiniones; está determinada por el objetivo de convencer al adversario, con argumentos racionales, de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto». En abierta oposición se encuentra el concepto de negociación «cuyo objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero, sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una ganancia haciendo valer los propios intereses según las posibilidades». Schmitt termina indicando: «la publicidad es, en este tipo de negociaciones, tan improcedente como resulta razonable en una discusión auténtica»⁵⁸¹»

Desde esta idea de democracia radicalizada, los autores buscan visibilizar las exclusiones, pues entienden que el consenso racional siempre será excluyente. La tesis deliberativa ignora la *especificidad de lo político porque sostiene la posibilidad de un consenso racional no excluyente*, cosa que es imposible. Los obstáculos de la democracia deliberativa y la realización de categorías como la de *situación ideal del habla* son empíricos, pero además consustanciales a la idea misma de democracia porque las exclusiones-inclusiones son parte del ejercicio de la democracia; “en una sociedad liberal democrática el consenso es, y será siempre, la expresión de una hegemonía y la

⁵⁸⁰ MOUFFE, CHANTAL, La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea, citado, p. 31.

⁵⁸¹ Cfr. SCHMITT, CARL, *Sobre el parlamentarismo*, citado, p. 8 y 9. VELASCO, JUAN CARLOS, *Habermas*, citado, p. 77.

cristalización de unas relaciones de poder⁵⁸²” Por todo ello, dirán que el modelo deliberativo, en definitiva, lo que hace es reducir la política a la ética⁵⁸³.

Cabe destacar que su crítica al liberalismo no es radical. Mouffe valora la forma en que Schmitt analizó la contradicción entre liberalismo y democracia, pero en su opinión no se trata de una oposición tan drástica, es decir, considera la tensión y la válida, pero no extrae las mismas consecuencias de ella, sino que se posiciona comprendiendo que esa tensión dinamiza a la democracia liberal y visibiliza que los momentos de equilibrios son temporales, pragmáticos, inestables y precarios. Por ello busca extenderlo a una concepción de la democracia que sitúe al poder, a la política y al fenómeno del *pluralismo* en su centro: “La tarea de la izquierda no puede por tanto consistir en renegar de la ideología liberal democrática sino al contrario, en profundizarla y expandirla en la dirección de una democracia radicalizada y plural”⁵⁸⁴.

En este orden de ideas busca: 1) vindicar el rol que desempeñan las pasiones y los afectos en el ámbito de la acción colectiva y los valores democráticos. También, 2) enfrentar las relaciones de poder que condicionan la existencia del sujeto democrático, no asumiendo que las personas somos anteriores a la sociedad, portadores de derechos y meros agentes racionales que buscan optimizar felicidad, sino, más bien, considerándonos como entes insertos en relaciones sociales, culturales y de poder que nos atraviesan y que hacen posible o no la vida democrática⁵⁸⁵.

⁵⁸² MOUFFE, CHANTAL, La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea, citado, p. 64.

⁵⁸³ MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 112.

⁵⁸⁴ LACLAU, ERNESTO, MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, citado, p. 222.

⁵⁸⁵ MOUFFE, CHANTAL, La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea, citado, p. 109.

Una de las partes más importantes del trabajo de Mouffe y Laclau se extiende a la comprensión de las identidades colectivas y al cuestionamiento que realizaron a los *esencialismos de clase*, categoría que utilizan para identificar a la concepción totalizante, originaria y fundante de las identidades políticas basadas en los antagonismos derivados de la posición que se ocupa en las relaciones de producción. En cambio, ellos consideran que las identidades políticas son una construcción discursiva y a partir de ello comienzan a pensar en los nuevos movimientos sociales y sus identidades colectivas que no solo se basan en los problemas asociados a los conflictos de distribución, sino también a los relacionados con el reconocimiento⁵⁸⁶. En la obra conjunta de ambos autores, la identidad colectiva se comprende de forma relacional y como consecuencia de una construcción social. De hecho, en innumerables ocasiones nos dirán: *hay un nosotros porque existe un ellos*. Pero las diferencias con los enfoques constructivistas tradicionales vienen dadas porque, para Mouffe y Laclau, toda *objetividad social* es un acto de poder, atravesado por las diversas estructuras de poder que se constituyen en base a distintas estrategias de exclusión⁵⁸⁷.

En este aspecto de su trabajo ha sido central la noción de *exterior constitutivo* que, junto al concepto de lo político de Schmitt, les permite otorgar claridad analítica a la categoría de *antagonismos*, uno de los conceptos básicos para comprender esta teoría. Es del trabajo de Derrida de donde aprehenden la categoría de *exterior constitutivo*, que se refiere precisamente a la diferencia entre un *ellos* y un *nosotros*, que más que encontrarse en una relación dialéctica de oposición se encuentra en una relación que hace imposible al otro

⁵⁸⁶ LACLAU, ERNESTO Y MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista*, citado, p. 155 y ss.

⁵⁸⁷ MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 38.

como tal, es decir, no es una relación de diferencia sino una amigo/enemigo, que conlleva una distinción radical entre la moral y lo político⁵⁸⁸.

En el esquema de Mouffe habría dos formas de antagonismos: al primero, lo denomina *antagonismo propiamente dicho* y comprende una relación de lucha entre enemigos sin espacio simbólico común. El segundo, sería el *agonismo* y refiere a una relación entre *adversarios* como enemigos amistosos, porque comparten un mundo simbólico, pero discuten para organizarlo⁵⁸⁹.

La democracia *agonista, radical o pluralismo agonista* tiene como noción clave al adversario o al enemigo legítimo: “un adversario es un enemigo, pero un enemigo legítimo, un enemigo con el que tenemos una base común porque compartimos una adhesión a los principios éticos-políticos de la democracia liberal: la libertad y la igualdad. Pero estamos en desacuerdo en lo que respecta al significado y a la puesta en práctica de esos principios, y este desacuerdo no es un desacuerdo que puede resolverse mediante la deliberación y el debate racional⁵⁹⁰”. De tal modo, este modelo propone que el desafío del pluralismo agonístico es: “construir de tal forma el ellos que deje de ser percibido como un enemigo a

⁵⁸⁸ MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 61. Según Carl Schmitt: “la distinción política específica, aquella a la que puede reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio. En la medida que no deriva de otros criterios, esa distinción se corresponde con el dominio de lo político con los criterios relativamente autónomos que proporcionan distinciones como la del bien y el mal en lo moral, la belleza y fealdad en lo estético, etc. (...) el enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo. En último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero «no afectado» o «imparcial».” Cfr. SCHMITT, CARL, *El concepto de lo político*, traducción de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 2009, pp. 57-58.

⁵⁸⁹ MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 30, 115 y 121 y ss; LACLAU, ERNESTO, MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, traducción por Ernesto Laclau, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, p. 129.

⁵⁹⁰ MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 115.

destruir y se conciba como un adversario, es decir, como alguien cuyas ideas combatimos pero cuyo derecho a defender dichas ideas no ponemos en duda⁵⁹¹”.

Los trabajos de Wittgenstein y Rorty permiten a los Mouffe y Laclau fortalecer una *perspectiva contextualista* que cuestiona la posibilidad de una moral universal y también la posibilidad de fundamentar que el liberalismo sea el modo superior de organización: “tomar en serio el pluralismo nos exige abandonar el sueño del consenso racional que implica la fantasía de que podemos escapar de nuestra forma de vida humana. En nuestro deseo de un conocimiento total, dice Wittgenstein, «hemos llegado hasta el hielo resbaladizo, donde no existe fricción, y así, en cierto sentido, las condiciones son ideales, pero también, y justamente por eso, somos incapaces de caminar: por consiguiente, necesitamos fricción. Vuelta al duro suelo»⁵⁹²”. En definitiva, la tensión entre *universalismo moral* y *particularismo* se encuentra en la sustancia de las diferencias entre el modelo agonista y el deliberativo⁵⁹³. En efecto, como hemos visto, el modelo deliberativo se caracteriza por adherir a una teoría de la moral cognitivista, que comprende un universalismo justificatorio, directamente enfrentado con el particularismo contextualista subyacente en la noción de pluralismo que desarrollan Laclau y Mouffe: “el discurso de la democracia radicalizada ya

⁵⁹¹ MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 114.

⁵⁹² MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, citado, p. 111.

⁵⁹³ El trabajo de Benhabib nos brinda claridad analítica respecto de estas expresiones. En efecto, Benhabib distingue el *universalismo esencialista*, del justificatorio, el moral y el jurídico. El primero se caracteriza por la creencia de que existe una naturaleza humana o una esencia que define quiénes somos. El *universalismo justificatorio* comprende la creencia fuerte respecto del contenido normativo de la razón humana, en su forma de conocerla, de acceder a ella, de justificarla o cuestionarla. Acá encontramos las condiciones de la dimensión moral de la teoría deliberativa y también a Rawls o Putman, entre otros. También existiría un *universalismo moral* referido al igual respeto moral que todos los seres humanos merecen sin importar las diferencias que entre ellos existen. El *universalismo jurídico*, por su parte, está vinculado a la justificación política de los derechos humanos. En cambio, el contextualismo refiere al escepticismo ante la existencia de una razón filosófica imparcial, objetiva y neutral. En este orden de ideas, toda estrategia de justificación está atrapada en sus horizontes históricos y sujetos a diversas corrientes de poder, culturales, sociales y psicológicas que apenas son reconocidas. Cfr. BENHABIB, SEYLA, “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, *Revista Isegoría*, N°39, 2008, p. 184 y ss.

no es más el discurso de lo universal; se ha borrado el lugar epistemológico desde el cual hablaban las clases y sujetos “universales”, y ha sido sustituido por una polifonía de voces, cada una de las cuales construye su propia e irreductible identidad discursiva. Este punto es decisivo: no hay democracia radicalizada y plural sin renuncia al discurso de lo universal y al supuesto implícito en el mismo –la existencia de un punto privilegiado de acceso a la verdad, que sería asequible tan solo a un número limitado de sujetos⁵⁹⁴.”

3.3. Populismo

Uno de los mayores obstáculos que encontramos para comprender al agonismo se encuentra en el nivel de las propuestas de articulación institucional que sus defensores han suscrito como correlato de su concepción conflictual de la política. Buscándolas hemos encontramos caminos tan diversos como el totalitarismo en Carl Schmitt⁵⁹⁵ y los *populismos de izquierdas* que hoy son tan defendidos por autoras como Mouffe. El camino de la investigación nos ha conducido indefectiblemente a ingresar al enrevesado mundo del populismo; si pensamos, entre otras cosas, que tanto Berlusconi como Chávez son algunos de los políticos más citados para ejemplificarlo y, por otra parte, que cada vez más grupos de

⁵⁹⁴ LACLAU, ERNESTO, MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, citado, p. 238; LOIS, MARTA, “Ernesto Laclau y Chantal Mouffe: hacia una teoría radical de la democracia”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, p. 446; ZIZEK, SLAVOJ, BUTLER, JUDITH, LACLAU, ERNESTO, *Contingencia, hegemonía y universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*, traducción de Cristina Sardoy y Graciela Homs, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003, p. 281 y ss.

⁵⁹⁵ Algunos de los textos relevantes para escarbar en la fase autoritaria del pensamiento del autor son: SCHMITT, CARL, “El giro hacia el Estado totalitario”, en *Carl Schmitt: Teólogo de la Política*, editado por Orestes Aguilar, Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Además, sus trabajos paradigmáticos respecto de quién debe defender la constitución o su crítica al parlamentarismo arrojan las luces más poderosas para ello: SCHMITT, CARL, *Teoría de la constitución*, citado; SCHMITT, CARL, *Sobre el parlamentarismo*, traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Tecnos, Madrid, 1990. Cabe destacar que existen diversas posturas sobre el grado de nazismo del autor. Al respecto un texto claro y contundente es: ZARKA, YVES, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos, Barcelona, 2007.

sectores de la política progresista en América Latina y Europa se encuentran abrazando el populismo, nos podemos hacer la idea de múltiples demonizaciones y alabanzas que sobre ellos pesa, cuestión que se ve especialmente intensificada a propósito del carácter xenófobo de algunas de sus manifestaciones. Todo ello se refleja en las dificultades analíticas para abordar la expresión, al punto que rasgos como la imprecisión y ambivalencia son el punto de partida de la mayoría de los textos que se refieren a él⁵⁹⁶.

No obstante, autores como Rovira y Frei aportan claridad a la comprensión del fenómeno al plantear que en la historia conceptual del populismo en el ámbito de las ciencias sociales podemos encontrar tres etapas: como movimiento político, como fase de la modernización del Estado en Latinoamérica y como lógica de acción política⁵⁹⁷. Por su parte, Svampa, pensando en los populismos de América Latina, distingue al menos tres posiciones teóricas en torno a la noción de populismo: 1). como modo de apropiación heterónomo; 2). como modo de apropiación positiva, a partir del populismo como fenómeno político democratizador e inclusivo; y, 3). como modelo radicalmente ambivalente por su

⁵⁹⁶ Respecto del populismo Latinoamérica, véase VV.AA, *El eterno retorno del populismo en América Latina y el Caribe*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012. Una visión actual del debate en Latinoamérica, prudente e ilustrada, en SVAMPA, MARISTELLA, *Debates Latinoamericanos. Indianismo, Desarrollo, Dependencia, populismo*, Edhasa, Buenos Aires, 2016, pp. 267 y ss - 443 y ss.

⁵⁹⁷ FREI, REIMUNDO, ROVIRA, CRISTÓBAL, “El populismo como experimento político: historia y teoría política de una ambivalencia”, en *Revista de Sociología, Universidad de Chile*, N°22, 2008, pp. 118. Estos autores han distinguido tres etapas de la historia conceptual del populismo en el ámbito de las ciencias sociales: 1) la primera, es la del populismo como un movimiento político, que se produce entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX y tiene como ejemplos los movimientos revolucionarios de la Rusia zarista o el movimiento agrario de Estados Unidos. En este caso el populismo sería un movimiento social que se apoya en ideologías agrarias y propone una participación del pueblo sin ningún tipo de instancias intermedias. 2) La segunda etapa, refiere al populismo como una fase de la modernización Latinoamericana, su época sería la crisis económica de 1929 y el inicio del neoliberalismo de 1980. Un ejemplo serían los gobiernos de Perón en la Argentina. En esta concepción del populismo, se expresa una fase de la transición de los países Latinoamericanos, desde una economía agraria a una industrial y aparecen líderes carismáticos que actúan en nombre del pueblo y favorecen una política estatal de sustitución de importaciones. 3) Finalmente, la tercera fase, es la del populismo como lógica de acción política y se ubica entre la guerra fría y el escepticismo frente a la globalización de la democracia. Sus ejemplos serían gobiernos como el de Fujimori en Perú. En este caso el populismo refiere a una lógica de acción política que se establece en los regímenes democráticos caracterizándose por la búsqueda de coaliciones heterogéneas y la irrupción de un liderazgo carismático que utiliza métodos de conducción social que escapan los mecanismos de control institucional. Cfr. FREI, REIMUNDO, ROVIRA, CRISTÓBAL, “El populismo como experimento político: historia y teoría política de una ambivalencia”, citado, p 119 y ss.

potencia democrática y antidemocrática⁵⁹⁸. No obstante, la heterogeneidad del populismo parece no extenderse a la explicación de sus causas. En efecto, uno de los pocos puntos en común entre los distintos autores que estudian los populismo es que su surgimiento se debe a las crisis de representatividad y el crecimiento exponencial del poder de las élites y de los niveles de desigualdad social que han ocasionado sus políticas, todo lo cual ha ampliado la conflictividad social que se expresa en la radicalización de los antagonismos⁵⁹⁹.

Por su parte, la construcción teórica del populismo, a diferencia de los múltiples intentos de corte histórico revisionista, se conforma por un conjunto de investigaciones que representan un ejercicio intelectual que trasciende a las diversas valoraciones que pueden generar sus heterogéneas manifestaciones históricas, para extraer su potencial teórico⁶⁰⁰. Laclau es uno de los representantes influyentes de dichos esfuerzos y, de hecho, puede constatar que a lo largo de su obra fue profundizando las claves de su pensamiento al respecto. Muy básicamente, Laclau sostiene que el populismo no sería un movimiento, ni una ideología, sino más bien es una lógica política que en un contexto de antagonismos de alta intensidad, permite la articulación de demandas comprendidas desde la *lógica de la equivalencia* que, a diferencia de las demandas planteadas desde la *lógica de la diferencia*, tendrían la capacidad de instituir el sujeto popular, *el pueblo*, que se articularía así como la hegemonía antagónica respecto de su otro: la élite, la casta, el monarca u otro que logre

⁵⁹⁸ SVAMPA, MARISTELLA, *Debates Latinoamericanos. Indianismo, desarrollo, dependencia y populismo*, citado, p. 445.

⁵⁹⁹ FREI, REIMUNDO, ROVIRA, CRISTÓBAL, “El populismo como experimento político: historia y teoría política de una ambivalencia”, citado, p 130 y ss. DUSSEL, ENRIQUE, “Cinco tesis sobre el populismo”, en *El eterno retorno del populismo en América Latina y el Caribe*, editado por Martha Márquez, Eduardo Pastrana y Guillermo Hoyos, Clacso y Universida Javeriana, Bogotá, 2015, p. 161 y ss.

⁶⁰⁰ Algunos ejemplos recientes son VILLACAÑAS, JOSÉ LUIS, *Populismos*, La Huerta Grande, Madrid, 2015; y FERNÁNDEZ LIRIA, CARLOS, *En defensa del populismo*, Catarata, Madrid, 2016.

identificar el poder que se busca subvertir⁶⁰¹. En otras palabras, el populismo sería una práctica política discursiva que explica el ascenso político de una pluralidad de demandas que hasta entonces habían sido excluidas por el poder político y que no lograban ser satisfechas por el orden vigente (lógica de las equivalencias). A partir de su articulación se produciría una *cadena de equivalencias*, que se consolidaría a través de la construcción colectiva de la identidad popular, el pueblo, que es condensado en un *significante vacío*, expresión que refiere a la constitución de la cadena de equivalencias como totalidad⁶⁰². No solo se debe construir el nosotros, el pueblo, sino que también se debe determinar el *ellos*.

Para que estos procesos se puedan dar, el populismo reivindica las pasiones, los sentimientos y los afectos como elementos integrantes de la política y centrales para movilizar el proceso de identificación colectiva. Esto explica que los populismos recurran a una serie de elementos culturales y simbólicos que permitan sostener la *cadena de equivalencias*; los discursos, las imágenes y el uso de los medios de comunicación, permitirían sustentar el fluir de las emociones que –por ejemplo, la indignación– contribuyan al proceso de identificación colectiva y dar contenido al descontento⁶⁰³. Por ello se habla de que el populismo tiene una dimensión estético política que se traduce en una

⁶⁰¹“tenemos dos formas de construcción de lo social: o bien mediante la afirmación de la particularidad –en nuestro caso el particularismo de las demandas–, cuyos únicos lazos con otras particularidades son de una naturaleza diferencial (como hemos visto: sin términos positivos, solo diferencias), o bien mediante una claudicación parcial de la particularidad, destacando lo que todas las particularidades tiene, equivalentemente, en común. La segunda manera de construcción de lo social implica el trazado de una frontera antagonica; la primera, no. A la primera manera de construcción de lo social la hemos denominado *lógica de la diferencia*, y a la segunda, *lógica de la equivalencia*” LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, p. 104 y ss.

⁶⁰² LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, p. 125 y ss.

⁶⁰³ MOUFFE, CHANTAL, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, citado, p. 151, 179 yss.

preocupación por la pedagogía popular y por la intervención cultural que dispute el imaginario frente al imaginario colectivo hegemónico⁶⁰⁴.

Finalmente, en esta aproximación al populismo podemos establecer como consideraciones preliminares que este puede explicar de buena forma una determinada forma de acceder al poder político por parte de mayorías excluidas, con lo que se destaca su capacidad teórica para describir lo que Laclau denomina como una lógica del poder, en el sentido de que sucede más allá de la ideología y por sobre las particularidades de un movimiento. Pero además, este aspecto da sustento al carácter democratizador de su propuesta, su aspecto positivo. Sin embargo, nos llama la atención cómo las explicaciones comienzan a adquirir un claro carácter contrafáctico y nebuloso al preguntarse por cómo se tratan las diferencias al interior de la cadena de equivalencias, y más aún qué pasa con las demandas que no son admitidas en la cadena de equivalencias, pese a ser formuladas desde una lógica equivalencial, es decir, que de ser satisfechas implicarían una ruptura con el orden establecido. Los defensores del populismo se empeñan bastante en explicar que el respeto de la diversidad y la no supresión de las diferencias es un rasgo de este⁶⁰⁵. Sin embargo, con toda claridad estamos ante una de las tensiones más importantes del populismo. Precisamente en este ámbito que se sitúa la ya emblemática confrontación entre los términos de *multitud* y *pueblo*, pues, para Michael Hard y Antonio Negri, el pueblo del populismo tiende a la homogeneidad y no da lugar a la multiplicidad⁶⁰⁶. En cambio, la

⁶⁰⁴ CANO, GERMAN, *Fuerzas de flaqueza. Nuevas gramáticas políticas*, Catarata, Madrid, 2015, p. 185. Nos hemos referido a este aspecto anteriormente indicando que la exclusión de las emociones es parte del paradigma de la modernidad y una característica del pensamiento elitista. Cfr. página 101 de esta investigación.

⁶⁰⁵ Un ejemplo de ello es: MOUFFE, CHANTAL, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, citado, p. 85.

⁶⁰⁶ “el pueblo es uno. La población, obviamente, se compone de numerosos individuos y clases diferentes pero el pueblo sintetiza o reduce estas diferencias sociales en una identidad. La multitud, por el contrario, no está unificada, sigue siendo plural y múltiple. Por eso la tradición dominante de la filosofía política postula que el pueblo puede erigirse en poder soberano y la multitud no. La multitud se compone de un conjunto de *singularidades*, y aquí entendemos por singularidad un sujeto social cuya diferencia no puede reducirse a la

noción de multitud, al tener como inspiración más profunda el inmanentismo y materialismo de Spinoza, es múltiple e internamente diferente, no precisa del soberano para dirigirse, ni para constituirse; no está condicionada por un exterior⁶⁰⁷. Retomaremos estas reflexiones más adelante, al intentar dar cuenta de las propuestas institucionales del populismo y particularmente respecto del poder judicial.

Por otra parte, el trabajo de Mouffe y Laclau no parecen profundizar su crítica en el modelo deliberativo. Una buena forma de hacer ver este punto es el cuestionamiento que efectúa de su propuesta sin criticar la noción de consenso como producto de una acción comunicativa que comprende *interacciones comunicativas efectivas*. Es decir, llama la atención que se critique el modelo por sostener una idea de diálogo en extremo caricaturizada, además de asumirla como descriptiva, desentendiendo la dimensión normativa que realmente tiene. El populismo, por su parte, también tiene este problema, sobre todo en lo que respecta a los *significados flotantes* y la heterogeneidad social, en el sentido de que todo el esfuerzo argumentativo para sustentar la compatibilidad entre populismos y diversidad tiene como contrapartida el autoritarismo y represiones que han protagonizado sus casos reales. Como hemos indicado, volveremos sobre este punto.

Pese a todo ello, pensamos que la discusión en torno a los populismos tiene la virtud – y la carga– de proporcionar una categoría analítica para reflexionar sobre el poder político contemporáneo y una excelente atalaya para poner en tensión las concepciones del diálogo democrático.

uniformidad: una diferencia que sigue siendo diferente. Las paredes componentes del pueblo son indiferentes dentro de su unidad; se convierten en identidad negando o dejando de lado las diferencias. De este modo las singularidades plurales de la multitud contrastan con la unidad indiferenciada del pueblo”. Cfr. NEGRI, ANTONIO, HART, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, citado, p. 127.

⁶⁰⁷ NEGRI, ANTONIO, HART, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, citado, p.

4. El diálogo de los y las oprimidas

Hemos analizado las críticas que el *agonismo* efectúa al discurso deliberativo que, centralmente, denuncian el exceso moralizante de la concepción de la política que lo sostiene. A continuación, buscamos exponer otra tensión que nos parece esencial para problematizar los conflictos que nos ocupan en esta investigación: las *injusticias epistémicas* o *injusticias cognitivas* que pueden subyacer a los diversos posicionamientos respecto a las posibilidades del diálogo democrático⁶⁰⁸. Para ello vamos a recurrir al trabajo del profesor Boaventura de Sousa Santos, en dos nociones claves de su pensamiento: *ecología de saberes* y *traducción intercultural*. Una vez hecho esto, podremos pasar a explicitar las conveniencias que de ello se derivan en relación con la teoría democrática.

3.1 Las tensiones de la modernidad

Un punto de partida esencial para comprender estos conceptos es la reflexión de Santos respecto de la modernidad, ya que es el marco teórico desde el que surgen las nociones que nos interesan y que son parte central de su teoría. El análisis sociológico del autor sostiene que estamos en una etapa de *transición paradigmática* caracterizada por la imposibilidad de otorgar soluciones modernas a los conflictos sociales actuales⁶⁰⁹. Con esto quiere decir que en el norte global atraviesa por una etapa de progresivo declive de la tensión característica de la modernidad: la tensión *regulación-emancipación*. La regulación

⁶⁰⁸ Como ya hemos indicado, el enfoque epistemológico ha sido central en las críticas a los modelos elitistas de democracia y también ha cuestionado a la teoría deliberativa. En este apartado nos ceñimos principalmente al trabajo de Santos. No obstante, nos parece relevante reiterar referencia a los trabajos de Fricker, Medina, Berger, pues permiten dar cuenta de la proliferación y agudeza de ésta atalaya. Véase nota al pie N ° 526, p. 252.

⁶⁰⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclé de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 30 y ss. Esta tesis delinea su *posmodernismo de oposición*, caracterizado por centrarse en la construcción de alternativas epistémicas y políticas, por sobre la deconstrucción y contingencia propia del trabajo de Derrida y otros autores posmodernos. Sobre este véase: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta/Ilsa, Madrid, 2011, p. 42 y ss.

se refiere a las normas, instituciones y prácticas que proveen de seguridad a las expectativas (Estado, mercado y comunidad). Y, por su parte, la emancipación alude a que la modernidad permite aspiraciones y prácticas críticas ante la regulación. En otras palabras, esta tensión fue planteada por Foucault con su célebre frase “las luces que han descubierto las libertades han inventado también las disciplinas⁶¹⁰”. Esto genera una relación de tensión porque las formas de regulación que constituyen la experiencia pueden ser confrontadas por las expectativas de emancipación, de modo que la desestabilización del statu quo es parte del relato moderno en las metrópolis o de las promesas latentes del paradigma⁶¹¹.

La *transición paradigmática* consiste en que ese tenue equilibrio entre regulación y emancipación estaría cediendo para ser dominado por el paradigma de la regulación. Más aún, se estaría interponiendo en las metrópolis la tensión propia de las colonias, esto es: la

⁶¹⁰ FOUCAULT, MICHAEL, *Sobre la ilustración*, traducción de Javier Higuera, Tecnos, Madrid, 2003, p. 220.

⁶¹¹ Para Santos la modernidad no es un proyecto inacabado, ni es el fin de la historia por lo que se distancia de la teoría de la modernidad de Habermas y de Fukuyama, para sostener su tesis de *transición paradigmática* y de *posmodernismo de oposición*. Véase: HABERMAS, JÜRGEN, “La modernidad: un proyecto inacabado”, en *Ensayos políticos*, traducción de Ramón García, Península, Barcelona, p. 373 y ss. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, citado, p. 189. y ss. A mayor abundamiento, la tensión moderna indicada comprende que: “el éxito de las luchas emancipatorias reside en su capacidad de transformarse en una nueva forma de regulación, mediante la cual el *orden bueno* se convierte en *orden*. No obstante, es típico del paradigma de la modernidad el que tales éxitos sean siempre transitorios: una vez que la nueva forma de regulación se estabiliza, nuevas aspiraciones y prácticas de oposición intentarán desestabilizarla en nombre de expectativas más exigentes e incluyentes...El pilar de la regulación y el pilar de la emancipación están ambos contruidos por tres principios o lógicas, esto es, por tres criterios que confieren significado y orientación a la acción social, sea esta regulatoria o emancipatoria. El pilar de la regulación está constituido por el principio de Estado, formulado de manera prominente por Hobbes, el principio de mercado, desarrollado por Locke y por Adam Smith en particular, y el principio de comunidad, que preside la teoría política y social de Rousseau. El principio de Estado encarna la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, obligación que se garantiza de diversas maneras, según el tiempo y el espacio, mediante la coerción y la legitimidad. El principio de Estado estabiliza expectativas al establecer el horizonte de las expectativas posibles (y, por ende, el de las únicas expectativas legítimas). El principio de mercado consiste en una obligación horizontal, mutuamente autointeresada, entre los agentes del mercado. Estabiliza expectativas al garantizar que, dentro del horizonte de expectativas políticamente establecido, el cumplimiento de las expectativas se obtenga con un mínimo de imposición, a través de la promoción universal del propio autointerés en el mercado. Finalmente, el principio de comunidad implica la obligación horizontal que relaciona entre sí a los individuos según criterios de pertenencia que no se refieren al Estado ni al mercado. Estabiliza expectativas al definir qué puede esperar o alcanzar un grupo particular colectivamente, dentro de los límites políticos fijados por el Estado y por fuera o más allá de cualquier obligación de mercado”. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2012, p. 35-36; La obra del autor que desarrolla en mayor profundidad esta tensión y, por ende, su teoría de la modernidad, es: *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 65 y ss.

tensión entre *violencia-apropiación*. En este caso, la apropiación refiere a la incorporación, cooptación y asimilación que afectó a las zonas del mundo marcadas por los procesos de colonización, y la violencia consiste en la destrucción física, material, cultural y humana que también determinó las dinámicas sociales de dichas zonas. De ser una tensión propia del mundo colonizado se ha ido extendiendo al norte global a través de migrantes, refugiados, terroristas y de *gobierno indirecto*, –como una vuelta de la colonización indirecta (modelo británico)– caracterizada por mantener estructuras de poder local junto a lógicas de poder colonial, cosa que en el esquema de Santos es una de las manifestaciones de *fascismo social*, el término que utiliza para designar los complejos tiempos que vivimos, y que refiere a un fascismo que no requiere de una estructura totalitaria de poder, sino que se estaría desarrollando en conjunto a políticas democráticas⁶¹².

3.2 Contra el desperdicio de la experiencia

El análisis sociológico de la modernidad tiene una dimensión epistemológica que es central en toda su obra y que lo han llevado a crear la tesis del *pensamiento abismal* para indicar las distinciones invisibles y visibles del pensamiento moderno. Las distinciones de las que no hablamos y que no vemos son el fundamento de las segundas. Todo lo que está más allá de la *línea abismal* es producido como inexistente⁶¹³, lo cual se traduce en los

⁶¹² “Lejos de ser una perversión de alguna legislación normal original, este es el diseño original de la epistemología moderna y la legalidad, incluso si la línea abismal que desde temprano ha diferenciado lo metropolitano de lo colonial ha sido desplazada, convirtiendo lo colonial en una dimensión interna de lo metropolitano” Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 27. Para esta noción también véase: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta/Ilsa, Madrid-Bogotá, 2011, p. 291 y ss.

⁶¹³ “Un conjunto bien urdido de discriminaciones radicales en que el lado errado del ejercicio (lo periférico, lo contingente, lo inverosímil, lo irrelevante, lo ilegítimo) es barrido, según los casos, al cubo de la basura epistemológica, teórica, política o ideológica-cultural. Lo que no se ve no es invisible porque no se quiere o puede ver, sino porque no existe. Llevado al extremo, este sistema de representación es tanto más transparente, en cuanto más vasta sea la opacidad activamente producida”. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, citado, p. 218.

procesos de producción de inferioridad y subalternización de mujeres, niñas, niños, indígenas, gays, transexuales, que en el ámbito cognitivo produce inexistencia: el subalterno no es un sujeto de conocimiento, a lo más puede llegar a ser objeto de él. Esta violencia es la que conduce a Santos a utilizar expresiones como *razón indolente*, pues el pensamiento occidental moderno impide reconocer la existencia de la enorme diversidad y formas de pensar, de comprender, de saberes, todo lo cual configura una dimensión de las injusticias que jalona una de sus tesis más potentes: “no es posible una justicia social global sin una justicia cognitiva global⁶¹⁴”.

En efecto, el pensamiento moderno se ha caracterizado por una sobrevaloración del saber científico como modo más alto de saber y la ciencia positivista ha alcanzado un estatus privilegiado tanto para producir conocimiento como para validarlo o para evaluar su legitimidad, relegando a la condición de meras creencias, intuiciones, opiniones o idolatría a todo lo que se aparte de ella. Santos ha sido especialmente crítico con dicho paradigma científico, pero no se plantea desde un esencialismo anti-científico, sino que, como veremos, su cuestionamiento es más agudo.

Finalmente, el proceso de *desperdicio de experiencia* propio de la *razón indolente* no solo construye la inexistencia de otros modos y fuentes de conocimiento, sino que también destruye el contexto y los seres humanos que producen los conocimientos negados; así es como desaparecen las colonias, el racismo y las mujeres. Este proceso de producción de inexistencias ha contado con diversas estrategias. Entre ellas Santos reconoce las siguientes: la ignorancia, el retraso, la inferioridad, lo local y la improductividad⁶¹⁵.

⁶¹⁴SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 40.

⁶¹⁵ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 13. 1. La *ignorancia* es el modo más intenso y se origina en la construcción de un discurso único de verdad que deriva de las ciencias modernas y todo lo que se aparta de él es ignorancia; 2. *el*

Su propuesta de sociología transgresiva precisamente tiene como uno de sus cometidos lo que él denomina *sociología de las ausencias*, cuyo plan de investigación se circunscribe al estudio de aquello que la razón eurocéntrica excluye a través de la construcción de su inexistencia. Cabe destacar que para el autor el marxismo sería un tipo de pensamiento abismal y que uno de los ejemplos que suele indicar como ejemplo de *pensamiento posabismal* es el trabajo de Gandhi: “la visión de Gandhi desafía la tentación de igualar al opresor en la violencia y de recuperar la estima de uno mismo como competidor dentro del mismo sistema. La visión se construye en la identificación con el oprimido que excluye la fantasía de la superioridad del estilo de vida del opresor, profundamente imbuido en la conciencia de aquéllos que reclaman hablar en nombre de las víctimas de la historia⁶¹⁶”.

El *pensamiento posabismal* es planteado como un aprendizaje *desde el sur*, a través de una *epistemología del sur*, es decir: “el conjunto de las intervenciones que denuncian la supresión de las formas de saber de las naciones y/o pueblos colonizados, valoran los saberes que resistieron con éxito e investigan las condiciones de un diálogo horizontal entre conocimientos. A este diálogo de saberes lo llamamos ecología de saberes”⁶¹⁷.

retraso. Este modo de producción de no existencia es consecuencia del carácter lineal del tiempo en la forma de pensamiento hegemónico, todo lo que no avanza en la línea del progreso lineal es no existente. Los países desarrollados son los adelantados en la historia y los que van por detrás si en algo pueden ser superiores, quizás sea en los paisajes para el turismo; 3. *la inferioridad*. Es consecuencia de la clasificación, de jerarquías sociales en las que surgen los/as inferiores. Las clasificaciones sociales y sexuales son las más importantes de ellas. La relación de dominación surge con posterioridad a la construcción de la jerarquía; 4. *Lo local o particular*. La escala de superioridad está en lo global y el conjunto de beneficios de extenderse a esa globalidad; 5. *el improductivo o inútil*, según el cual el crecimiento económico es el progreso y, todo lo que cuestione esta idea es inexistente. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*, citado, p. 23.

⁶¹⁶ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 31. Cabe destacar que para Boaventura sería factible una concepción posabismal del marxismo.

⁶¹⁷ Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y MENESES, MARÍA PAULA, *Introducción a Epistemologías del Sur (perspectivas)*, citado, p. 11.

3.3 Ecología de saberes y traducción intercultural

La *ecología de saberes* es la forma que adopta el pensamiento *posabismal*, en tanto ruptura radical del pensamiento occidental *abismal* y *de la razón indolente*. “Es una ecología porque está basado en el reconocimiento de una pluralidad de conocimientos heterogéneos (uno de ellos es la ciencia moderna) y en las interconexiones conjuntas y dinámicas entre ellos sin comprometer su autonomía. La ecología de saberes se fundamenta en la idea de que el conocimiento es interconocimiento⁶¹⁸”. Por eso, esta ecología se relaciona con el diálogo de saberes que viene siendo promovido desde diversas escuelas de pensamiento crítico. Como veremos, su sostén filosófico es bastante más exigente que un diálogo o articulación entre disciplinas, –en el sentido de una transdisciplinariedad o interdisciplinariedad–, ya que conlleva un proceso de diálogo cuyo desafío es impulsar un proceso de descolonización del conocimiento⁶¹⁹.

Así pues, las ideas vertebrales de la ecología de saberes son: los conocimientos son plurales, diversos, e interconectados continua y dinámicamente. La ignorancia no es siempre una carga negativa, punto de partida o pecado original del proceso cognitivo, sino que puede ser un punto de llegada, con lo que apela a la necesidad de desaprender que puede derivarse

⁶¹⁸ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 32. En la obra de Santos, la propuesta de ecologías comprende: la ecología de saberes, ecología de temporalidades, ecología de reconocimiento, ecología de trans-escala y ecología de productividades, las cinco ecologías que se precisarían a efectos de reducir las inexistencias de la *razón indolente y perezosa de la modernidad*. Véase, SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*, Clacso, Buenos Aires, 2006, p. 27 y ss.

⁶¹⁹ CASTRO, SANTIAGO, “Decolonizar la Universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes” en *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, editado por Ramón Grosfoguel y Santiago Castro, Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, p. 88. Cabe señalar que en el pensamiento de Castro la transdisciplinariedad es un aspecto relevante del diálogo de saberes y del proceso de descolonización. Por otra parte, analizado el diálogo de saberes desde la perspectiva del investigador, este exige que: “el saber de las personas con quienes se investiga tiene el mismo estatus epistémico que el saber de quien investiga” Cfr. FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, citado, p. 2533. Por otra parte, la reflexión respecto al diálogo de saberes es defendida como una necesidad para enfrentar las injusticias que subyacen a los conflictos socio-ambientales. Al respecto la referencia insoslayable es: LEFF, ENRIQUE, “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes”, en *Revista Polis*, Santiago, 2012, p. 379 y ss.

de un aprendizaje⁶²⁰. Otro rasgo central de esta noción es la condición de *copresencia radical*: las prácticas y modos de vidas de las personas son contemporáneas en términos iguales, por lo que abandonar la concepción lineal del tiempo y la idea que a partir de ella asocia progreso y superioridad a ciertos modelos de vida –los del primer mundo, los de los países desarrollados, los de los hombres universitarios, etc.– frente a otros modos de vida y personas que podrían ser consideradas como no contemporáneas –las indígenas, las campesinas, etc.–.

Ahora bien, decíamos que Santos no es un esencialista anti-ciencia, del mismo modo que no suelen serlo quienes argumentan a favor de la descolonización del saber: “hablamos, más bien, de una ampliación del campo de visibilidad abierto por la ciencia occidental moderna, dado que ésta fue incapaz de abrirse a dominios prohibidos, como las emociones, la intimidad, el sentido común, los conocimientos ancestrales y la corporalidad. No es, entonces, la disyunción sino la conjunción epistémica lo que estamos pregonando. Un pensamiento integrativo en el que la ciencia occidental pueda «enlazarse» con otras formas de producción de conocimientos, con la esperanza de que la ciencia y la educación dejen de ser aliados del capitalismo posfordista⁶²¹”. En el caso de Santos, su invitación además es a realizar un uso contra-hegemónico de la ciencia –y como veremos, del derecho–: “explorar la pluralidad interna de la ciencia es decir prácticas científicas alternativas que han visibilizados las epistemologías feministas y postcoloniales y promover la interacción entre conocimientos científicos y no científicos”⁶²². Uno de los puntos positivos de los avances científicos tiene que ver con su productividad tecnológica. Sin embargo, Santos invita a

⁶²⁰ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 35.

⁶²¹ CASTRO, SANTIAGO, “Decolonizar la Universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes”, citado, p. 90.

⁶²² SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 36.

reflexionar sobre ámbitos esenciales, como lo es la preservación de la biodiversidad, en lo que el saber rural e indígena ha sido superior a todo el desarrollo tecnológico.

Otra rasgo medular de la ecología de saberes es que todo conocimiento es incompleto, ya que ninguno puede dar cuenta por sí solo de las interacciones posibles en el mundo. Y que todas las culturas son incompletas. Esta tesis cobra importancia para comprender su distancia crítica ante un multiculturalismo que se queda en el mero reconocimiento de la diversidad cultural y su consideración desde esquemas etnocéntricos y neoliberales⁶²³. Ello por ningún motivo significa que su posicionamiento filosófico sea relativista, sino que Santos adopta un enfoque filosófico crítico que constantemente reflexiona desde la interseccionalidad de las opresiones, incluyendo, como pocos lo hacen, la dimensión colonial. Implica, sí, concebir el universalismo como una particularidad occidental cuya supremacía como idea no reside en sí misma, sino más bien en la supremacía de los intereses que la sustentan. La crítica del universalismo se sigue de la crítica a la posibilidad de una teoría general⁶²⁴.

Finalmente, el último rasgo que interesa indicar a efectos de nuestra argumentación es el de *pragmática epistemológica*, pues los conocimientos para la ecología de saberes no son abstractos, sino que: “son prácticas que permiten o impiden interacciones en el mundo

⁶²³ “Las culturas son incompletas y problemáticas en su concepción de la dignidad humana. La incompletud se deriva del mismo hecho de la existencia de una pluralidad de culturas y esto se percibe mejor desde el exterior, desde la perspectiva de otra cultura. Si cada cultura fuese tan completa como pretende, solo existiría una única cultura. Elevar la conciencia de la incompletud cultural a su máximo posible es una de las tareas más importantes para la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos”. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”, en *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido de lo común en el derecho*, citado, p. 517 y ss. BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Cap. 1 y 2, 2002. Para un recorrido histórico y analítico del multiculturalismo véase: GARZÓN, PEDRO, *Multiculturalismo, ciudadanía y derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, Tesis doctoral, dirigida por el Dr. José María Sauca Cano, Universidad Carlos III de Madrid, p. 30 y ss.

⁶²⁴ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 48.

real”⁶²⁵. Es necesario analizar las posibilidades concretas de un conocimiento en la sociedad y la naturaleza. Las jerarquías entre los conocimientos deben evaluarse según el contexto a través del análisis de sus resultados concretos, y para realizar esta compleja labor indica un principio guía: el precautorio, que plantea “que en caso que distintos conocimientos puedan intervenir en forma real, la elección de este será a favor del tipo de conocimientos que garantice más participación de los grupos sociales involucrados en su diseño, ejecución, control y en los beneficios de la intervención”⁶²⁶.

Realizadas estas referencias a uno de los conceptos más importantes de las epistemologías del sur, conviene dirigirnos a otro concepto: el de *traducción intercultural*. Esta noción refiere a los procesos para generar inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo y recuperar la riqueza de las experiencias cognitivas desperdiciadas como consecuencia de la hegemonía del pensamiento abismal. Santos viene desarrollando esta tesis desde los inicios de su trabajo y la comprendemos como integrante de su noción de transformación social que, frente a las propuestas socialistas y capitalistas, pondrá su acento en la multiplicidad e interrelación entre las opresiones y, por ello, en la necesidad de interrelacionar las resistencias; la traducción intercultural es parte de su *propuesta de alternativas para pensar las alternativas*: “más que una teoría común lo que se requiere es una teoría de la traducción capaz de hacer mutuamente inteligibles las diferentes luchas, permitiendo de esta manera que los actores colectivos se expresen sobre las opresiones a las que hacen resistencia y las aspiraciones que los movilizan”⁶²⁷. A su vez, Santos distingue

⁶²⁵ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 47. También en: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 45 y ss.

⁶²⁶ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, p. 47.

⁶²⁷ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, citado, p. 41.

entre traducción de saberes y de prácticas. La traducción intercultural de saberes o *hermenéutica diatópica*, “comprende la interpretación entre dos o más culturas, para identificar entre ellas preocupaciones isomórficas y las diversas respuestas que proporcionan⁶²⁸”, sin que de ese proceso de traducción se produzca la destrucción ni canibalización de las culturas⁶²⁹. Un ejercicio de hermenéutica diatópica emprendida por Santos es su trabajo en torno a las nociones de dignidad humana que culturas diversas sostienen y los cauces de inteligibilidad entre ellas que propone. Específicamente, analizó la noción de dignidad humana occidental, el *umma* islámico y el *dharma* hindú⁶³⁰. Por su parte, la *traducción intercultural de prácticas* consiste en la traducción que opera respecto de saberes aplicados o transformados en prácticas⁶³¹. En este caso la traducción tiene el desafío de establecer cauces de inteligibilidad entre diversos movimientos sociales, pues son sus prácticas y saberes las que precisan entenderse. En este ámbito estamos ante prácticas que se ubican en un mismo universo cultural, pero existe una gran diversidad respecto de las formas de organización, subjetividades y objetivos de acción, que ocasiona grandes problemas de inteligibilidad entre ellos y obstáculos para su articulación recíproca. La esperanza es contribuir a unir luchas de las poblaciones descartables del mundo o, en sus palabras, el proceso de *cosmopolitismo subalterno*, es decir, las “iniciativas y movimientos que constituyen la manifestación cultural y política de la globalización contra hegemónica. Consiste en el conjunto extenso de redes, iniciativas, organizaciones y movimientos que

⁶²⁸ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 47.

⁶²⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*, citado, p. 32.

⁶³⁰ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”, en *Sociología jurídica crítica*, citado, p. 519 y ss.

⁶³¹ Es la idea de que el movimiento social es un territorio cognitivo, tesis de la teoría de los marcos interpretativos, una de las reflexiones contemporáneas respecto de los movimientos sociales. Al respecto véase: FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, citado, p. 2532 (Kindle e-book).

luchan en contra de la exclusión económica, política, cultural y simbólica generada por la globalización neoliberal⁶³²”. Una parte importante del trabajo de Santos se ha orientado en esta dirección, cuestión que podemos concluir al conocer sus aportes al surgimiento del Foro Social Mundial o su actual proyecto de Universidad de los Movimientos Sociales⁶³³.

Con el transcurso de los años y de los diversos movimientos que ha estudiado, Santos nos provee de diversos ejemplos de dicho tipo de traducción. Entre ellos, por ejemplo, el caso de los Zapatistas que en el año 2001 marchan a la capital mexicana a exponer en el congreso y quien tuvo la responsabilidad de hablar ante el congreso fue la comandante Esther⁶³⁴; el diálogo de prácticas que intenta describir a través de este ejemplo es el que se produce entre movimiento indígena y feminismo: “en virtud de ello, las luchas anticapitalistas, para tener éxito, tienen que luchar contra todas ellas y solo avanzan en la medida en que en cada uno de los espacios-tiempo las desigualdades de poder van disminuyendo. Esto no significa que todos los movimientos u organizaciones sociales tengan que luchar contra todas las formas de poder. Pero para que cada uno tenga éxito en su lucha parcial es necesario que tenga conciencia de esa parcialidad y cuente con el apoyo de los movimientos y organizaciones sociales que luchan contra otras formas de poder. Es importante que haya articulación entre los diferentes movimientos y organizaciones. El

⁶³² Cfr. *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, CLACSO, Buenos Aires, 2010, p. 30. Para desarrollar esa investigación es necesaria la *sociología de las emergencias*: “la sociología de las emergencias consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas”, es la investigación de lo que *Todavía-No*. La esperanza que fluye de esta expresión y que inspira esta dimensión de su sociología transgresiva viene de Ernst Bloch. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 30.

⁶³³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad*, CIDES-UMSA, ASDI y Plural, La Paz, 2007. Respecto del Foro Social Mundial, véase VV.AA., *El Foro Social Mundial: desafiando imperios*, traducción de Gemma Galdón, editado por Arturo Escobar, Peter Waterman, y otros, Viejo Topo, Madrid, 2004.

⁶³⁴ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 50. Un registro interesante de Santos reflexionando en torno al diálogo entre movimiento sociales se encuentra en una entrevista realizada por: AGUILÓ, ANTONI, “La democracia revolucionaria, un proyecto para el siglo XXI”, en *De las dualidades a las ecologías*, citado, pp. 152 y ss.

poder que actúa a través de constelaciones solo se combate eficazmente a través de una constelación de resistencias. Como solo esta constelación es estructural, no es posible privilegiar en abstracto la lucha contra una forma específica de poder⁶³⁵”.

3.4 Democracia y participación

Pensar en el diálogo democrático desde este marco teórico permite a Boaventura adoptar una contundente crítica a los paradigmas democráticos hegemónicos, destinando su trabajo a considerar la dimensión colonial de las opresiones y las resistencias que se articulan en contra de ella. Lo que está en discusión es la constitución de un ideal participativo-inclusivo como parte del proyecto de liberación del colonialismo o de democratización⁶³⁶.

La teoría democrática de Boaventura se caracteriza por asumir un análisis crítico profundo del actual estado de la democracia que, como hemos indicado, identifica con la noción de *fascismo social*. Es una concepción de la democracia que contempla al conflicto como elemento estructural de las relaciones de la vida en sociedad y su trabajo precisamente se proyecta como un análisis sociológico de la dimensión de esos conflictos. Quizás su diferencia más relevante con las concepciones agonistas tiene que ver con su persistencia en pensar las alternativas, sin que ello lo lleve a renunciar a la idea de diálogo, sino a la construcción de una noción de diálogo que, haciéndose de cargo de las injusticias cognitivas, se reinventa para articular nuevas narrativas de emancipación.

⁶³⁵ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De las dualidades a las ecologías*, citado, pp. 132. Entrevista de Antoni Aguiló.

⁶³⁶ AVRITZER, LEONARDO Y SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA, “Introducción: Para ampliar en canon democrático”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, coordinado por Boaventura de Sousa Santos, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 52.

En este sentido, la crítica radical de Santos no lo conduce a pensar en un mundo de meras estrategias y tácticas de poder, ya que sigue conociendo y reconociendo la necesidad y fuerza del diálogo, en un sentido que está marcado por la influencia del pedagogo brasileño Paulo Freire. Para Freire la relación entre la pedagogía del oprimido y la acción dialógica fue fundamental: ésta y la participación de los actores sociales serían las metodologías para una praxis que permita superar la concepción bancaria de la educación, es decir, ese tipo de educación tradicional que se basa en la mera acumulación y depósito de saberes que son introducidos de modo jerárquico y acrítico, a menudo con el método memorístico; es más, el diálogo entre educadores y educandos es la forma en que se genera tanto el programa de investigación como el desarrollo del mismo; es el diálogo el que permite que el educando no se transforme en un objeto⁶³⁷. En otras palabras, para Freire el diálogo es central en su esquema de pedagogía liberadora y transformadora, y más aún, nos dirá que es la *esencia de la revolución*: “el diálogo con las masas no es una concesión ni un regalo, ni mucho menos una táctica que debe ser utilizada para dominar, como lo es por ejemplo la *esloganización*. El diálogo como encuentro de los hombres para la «pronunciación» del mundo es una condición fundamental para su verdadera humanización⁶³⁸”. Evidentemente el diálogo que Freire plantea es con y entre los oprimidos, cuestión que también caracteriza al pensamiento de Boaventura. De hecho, la ecología de

⁶³⁷ FREIRE, PAULO, *Pedagogía del oprimido*, citado, p. 107 y ss.

⁶³⁸ FREIRE, PAULO, *Pedagogía del oprimido*, citado, p. 140 y ss. En efecto, parte importante de la paradigmática obra de Freire se destina a la reflexión en torno al diálogo y le confiere un rol absolutamente esencial. Una característica de la opresión de la educación bancaria es ser *antidialógica*, caracterizada por transformar al otro en un objeto (conquista), por dividir, manipular e invadir culturalmente. En cambio, la acción dialógica en tanto esencia de la revolución se caracteriza por la colaboración, unión, organización y síntesis cultural. Sobre Paulo Freire, en este ámbito también es relevante su obra: *Extensión y comunicación*

saberes es un diálogo entre los oprimidos y de ese modo lo indica Silvia Rivera Cusicanqui, en una hermosa conversación de la cual, afortunadamente, existe un gran registro⁶³⁹.

Desde su crítica radical a las democracias actuales, Santos advierte la urgencia de una forma de pensarla que trascienda lo existente y tenga la capacidad de advertir las *acciones con clinamen*, o acciones rebeldes, recordando el movimiento imprevisto y espontáneo que aparta al átomo de la previsibilidad de las relaciones de causa-efecto⁶⁴⁰. Abandonar la segmentación y compresión que afecta a los espacios tiempos de la deliberación democrática también debe aportar a construir un nuevo pacto social que, a diferencia del fundante del Estado moderno, se caracterice por: “ser un contrato mucho más inclusivo, que abarque ya no solo a los hombres y a los grupos sociales, sino también a la naturaleza. En segundo lugar, será un contrato más conflictivo porque la inclusión debe hacerse siguiendo criterios tanto de igualdad como de diferencia. En tercer lugar, aunque el objetivo final del contrato sea la reconstrucción del espacio-tiempo de la deliberación democrática, este contrato, a diferencia del contrato social moderno, no puede limitarse al espacio tiempo nacional y estatal: debe incluir los espacios tiempos local-, regional y global. Por último, el nuevo contrato no se basa en una clara distinción entre Estado y sociedad civil, entre economía,

⁶³⁹ He aquí la transcripción de un fragmento de la conversa: Boaventura de Sousa Santos: “es importante lo que tú dices porque cuando yo empecé a hablar de ecología de saberes, es sobre diálogo de saberes entre los oprimidos. Yo nunca pensé en ecología de saberes entre opresores y oprimidos. A mí lo que me molesta y me orienta en mi vida, muy conectada con los movimientos, es cómo es difícil de poder salir de su cosmovisión, de sus palabras y conceptos, para por lo menos entender que hay otras maneras de decir las cosas y que quizás son otras maneras que no son tan distintas, así, en sustancia, y que quizás estamos todos a favor de un mundo mejor, de una justicia mejor, y que por eso no debemos quedarnos en identidades cerradas. Y eso pasa entre subjetividades y obviamente conocimientos que tenemos, pero es siempre un diálogo entre los que están del lado de la exclusión. Como suelo decir, que las epistemologías del sur como un conocimiento nació en la lucha como creación y validación de conocimiento a partir de las luchas de los movimientos y de los que han sido víctimas de las injusticias del capitalismo, colonialismo y patriarcado. Es decir, es siempre una visión anti imperial, porque no me parece que podemos hacer los diálogos con los opresores...” Cfr. RIVERA CUSICANQUI, SILVIA Y SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Conversa del mundo”, en VV.AA. *Revueltas de indignación y otras conversas*, editado por José Luis Exeni Rodríguez, Alice, Bolivia 2015, p. 92. Desde minuto 36: <https://www.youtube.com/watch?v=xjgHfSrLnpU> (última consulta: junio 2016)

⁶⁴⁰ Como indica el autor, para ello se basa en las reflexiones que en ese ámbito tuvieron Epicuro y Lucrecio. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano*, citado, p. 297.

política y cultura o entre público y privado; la deliberación democrática, en cuanto exigencia cosmopolita, no tiene sede ni forma institucional específicas⁶⁴¹”.

Cabe destacar que la radicalidad de su pensamiento no lo conduce a denostar el modelo de democracia representativa, sino más bien a defender un enriquecimiento de esta con la democracia participativa y comunitaria. Es por ello que una de sus líneas de investigación más prominentes, en lo que respecta al debate democrático, ha sido el presupuesto participativo que, habiendo iniciado en Porto Alegre, se ha extendido en diversas ciudades del mundo. Por su parte, la democracia comunitaria que ha tenido sus manifestaciones en los procesos de consulta, discusión y deliberación de las culturas indígenas con rasgos muy distintos a la democracia representativa liberal, también han formado parte de su ruta de trabajo⁶⁴². La diferencia entre democracia participativa y representativa, reside en que la participativa no cree que la compatibilidad entre democracia y capitalismo vaya a ser sostenible por siempre, y defiende simultáneamente que, en caso de colisión entre democracia y capitalismo, debe prevalecer la democracia, ya que el capitalismo inflige un daño sistemático a la mayor parte de las poblaciones del mundo, así como a la naturaleza y al medio ambiente⁶⁴³. Se trata de un modelo menos procedimental y más sustantivo, ante todo centrada en conferir mayor poder a los ciudadanos a través de ampliar los márgenes de participación, sin reducirla a la mera selección de gobernantes.

⁶⁴¹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano*, citado, p. 298.

⁶⁴² El presupuesto participativo de Porto Alegre es el paradigma, también el Panchayats en la India. Sobre el primero puede verse: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Presupuesto participativo en Porto Alegre: para una democracia redistributiva”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, citado, p. 391 y ss. Sobre los Panchayats, véase: HELLER, PATRICK Y ISSAC, THOMAS, “La política y el diseño institucional de la democracia participativa: lecciones de Kerala, India”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, citado, p. 519 y ss.

⁶⁴³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 497.

En definitiva, democracia representativa, participativa y comunitaria sería la fusión que se precisa a efecto de superar el paradigma elitista dominante. Santos da cuenta de su búsqueda de un pensamiento alternativo de las alternativas sin denostar el pasado y sin plantear los problemas y desafíos en formas de blancos y negros simplificadores y reduccionistas, sino más bien formulando preguntas complejas y sensatas, como lo es: “¿Cómo puedo mantener vivo en mí lo mejor de la cultura occidental moderna y democrática y, al mismo tiempo, reconocer el valor de la diversidad del mundo que aquella designó autoritariamente como no civilizado, ignorante, residual, inferior o improductivo?”⁶⁴⁴. Esta pregunta, lo conduce a construir su crítica del pensamiento abismal, sin desechar los aportes que admiten ser utilizados contra-hegemónicamente. También le permite valorar los avances que desde el paradigma de democracia representativa se han producido, pero reivindicando la emergencia de consolidar y ampliar la dimensión participativa y comunitaria de las democracias del sur⁶⁴⁵.

Sin duda sus principales motivadores han sido los últimos procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia⁶⁴⁶. *Refundar el Estado en América Latina* es su obra más importante al respecto, en ella se respira su entusiasmo. Sin embargo, dados los últimos acontecimientos de los gobiernos mencionados y la incapacidad de plantear alternativas a la matriz primario exportadora de sus economías, así como a los múltiples conflictos de derechos humanos que

⁶⁴⁴ . SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes*, citado, p. 48.

⁶⁴⁵ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 98 y ss.

⁶⁴⁶ En efecto, el artículo 11 de la constitución boliviana señala: I. “El Estado adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa, entre otros. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, entre otros. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros”. (Visitado octubre 2016)

ello ha conllevado para las personas y especialmente para los pueblos indígenas, ha emitido una serie de declaraciones en las que expresamente se desdice de dicho apoyo y reflexiona críticamente invitando a proceder más lentamente⁶⁴⁷.

4. Balance y recapitulación

Hemos vistos tres relatos bastantes diversos sobre el diálogo democrático, que nos han permitido profundizar y problematizar sobre qué decimos cuando hablamos de deliberación democrática. Partimos con Habermas, su teoría del discurso y de la esfera pública, continuamos con el relato agonista, centrados en el trabajo de Mouffe y Laclau y continuamos con Santos y su marco teórico crítico con conceptos claves como ecología de saberes y traducción intercultural, para finalizar con sus tesis más relevantes sobre la democracia. Estas tres propuestas tienen un punto de partida común que consiste en sostener críticas radicales a los modelos de democracia elitista, que no solo han tenido hegemonía académica sino también política.

A continuación vamos a exponer los aspectos que nos resultan interesantes de cada una de ellas con el fin de ir aproximándonos a una noción de diálogo democrático que nos permita analizar nuestro objeto de estudio con un nivel de profundidad mayor en lo que respecta a su gran promesa de contribuir a la deliberación democrática.

⁶⁴⁷ “Tengo que decir que en el inicio estaba 100% con estos procesos. Participé en la redacción de las constituciones de Bolivia y Ecuador. ¿Cuántas veces cené en casa de [el presidente ecuatoriano] Rafael Correa y acabé cantando canciones revolucionarias, del *Che* Guevara, como si la revolución estuviera próxima? No podía imaginar que años después la alternativa es que, si no tienes inversión estadounidense de despojo, tienes a China, que te cobra de la misma manera y destruye los territorios de la misma manera. Entonces, muchos intelectuales tenemos que hacer una autocrítica también y ser menos arrogantes. Quizás ahora tienes la clave para las epistemologías del sur: ir más despacio, con menos confianza en que las ideas nuevas crean realidades nuevas. No, las realidades nuevas decantan de algunas ideas nuevas, pero no eres tú el que crea las realidades nuevas, es la gente que está en la calle, en la lucha, son ellos quienes están realmente innovando, no eres tú con la teoría” Cfr. <http://ladiaria.com.uy/articulo/2016/5/hay-que-empezar-de-nuevo/>

Las propuestas de Mouffé y Santos coinciden en cuanto se sustentan en una noción conflictiva de lo político que se confronta a la democracia deliberativa, especialmente por el idealismo de las condiciones que integran la situación ideal de habla. Frente a esta crítica tan típica del modelo deliberativo en general, la primera respuesta es que la teoría de la democracia deliberativa no es una descripción de la democracia, sino una tesis normativa que nos permite construir parámetros morales para evaluar la calidad de nuestras democracias, cuyo rasgo sobresaliente radica en sostener que la real importancia de la democracia es la deliberación, por sobre la decisión de las mayorías, esto es, importa muchísimo cómo se desarrolló la deliberación que la antecede.

Por otra parte, el agonismo y el populismo tienen una capacidad descriptiva de lo político sugestiva. La explicación de lo político como antagonismo parece ser una explicación necesaria para describir algunas relaciones de profunda conflictividad. Pero la misma acusación que realizan a la democracia deliberativa, por su impotencia para organizar nuestras reales sociedades, puede realizarse en contra de ellos, en este caso no por la forma de comprender lo político, ni tampoco por las lógicas políticas que han argumentado para explicar el ascenso de los excluidos al poder, sino por lo que respecta a la administración de la heterogeneidad y el pluralismo. Más precisamente, alcanzada la cadena de equivalencias, comienza una enrevesada reflexión sobre cómo sostener la pluralidad, pese al carácter totalizante de la identidad popular construida y a la forma de ejercicio de poder, que conlleva el riesgo de la homogeneización y autoritarismo. Además, es precisamente esto lo que ha promovido el populismo: el hiperpresidencialismo, liderazgos fuertes, violencia hacia las disidencias políticas e incluso criminalización de demandas subalternas no compatibles con el proyecto del pueblo convertido en homogéneo y unitario. Estamos pensando, sobre todo, en la última oleada de gobiernos progresistas de Latinoamérica.

La propuesta de Santos nos parece fundamental, ya que el acento en la dimensión cognitiva de las injusticias nos advierte del desafío de pensar la democracia y el diálogo democrático, a partir preguntas tales como: ¿Cuáles son nuestras incapacidades como participantes de la deliberación? ¿Cómo ir eliminando las injusticias epistémicas que conducen a minusvalorar o sobreestimar participaciones en el diálogo democrático y que forman parte de todas y de todos? En efecto, frente a los autores que asocian las grandes dificultades de la democracia a una ciudadanía cada vez más ignorante y apática, esta perspectiva nos invita a reflexionar más hondo: a pensarnos y cuestionar el gran problema de los expertos, el de los discursos silenciados y en la forma que ello opera en nuestras sociedades. Nos parece que los esfuerzos por pensar el diálogo democrático deben considerar esta dimensión de la injusticia y a partir de ella profundizar realmente en sus consecuencias tanto para la representación política, como para la deliberación y construir puentes cognitivos, institucionales, emocionales incluso, que permitan enfrentar lo que consideramos como uno de los conflictos más grandes asociados al diálogo democrático.

Ahora bien, retomando el relato deliberativo, y haciéndonos cargo de todas las críticas que se le pueden hacer desde el enfoque del modelo agonista y de las injusticias cognitivas planteadas por Santos, nos interesa resaltar la noción de esfera pública habermasiana, sobre todo a partir de las críticas y aportes realizados por autoras como Nancy Fraser. Se trata de un concepto útil para nuestra investigación, porque nos permite sostener una noción de lo político que se extiende hacia el ámbito no estatal-institucional. En efecto, nos interesa extender la reflexión sobre el conflicto a ese ámbito no estatal y pensar en cómo podemos o no ver relaciones de amigos-enemigos en ese espacio. A este tema destinamos las siguientes reflexiones.

Es precisamente en este último punto donde el esquema de Mouffe entra en tensión con la propuesta que no sostiene que el horizonte de un proyecto político sea conquistar el Estado y las instituciones de la democracia liberal. Un ejemplo paradigmático de propuestas que se han construido por fuera de dichos márgenes es el de los zapatistas, a los cuales ni siquiera se logra identificar como movimientos sociales⁶⁴⁸. Por otra parte, este es el tema de discusión desde hace años con Antonio Negri y Michael Hardt, aspecto sobre el que profundizaremos en los epígrafes siguientes

La idea central que queremos resaltar, es que la crítica de Mouffe parece importante porque evidencia la conflictividad y la incapacidad de alcanzar consensos en contextos políticos de relaciones de amigo-enemigo, que trae aire fresco a la reflexión democrática y devela la imposibilidad de lograr consensos de forma definitiva. Sin embargo, al anclarse en una noción institucional y jerarquizada de la política, cierra las puertas a comprender y valorar las manifestaciones democráticas más interesantes del sur global, las que se producen en los márgenes y que no necesariamente aspiran a conquistar el Estado. Estas, en ciertos casos pueden permitir repensar el Estado desde paradigmas como la *plurinacionalidad* y el de la redefinición y reapropiación del *territorio*⁶⁴⁹. En otros casos, pueden consistir en formas de democracia comunitaria y participativa que buscan constituirse como una opción alternativa a las opciones estatales.

⁶⁴⁸ Nos hemos referido a esta problemática anteriormente en el capítulo I, acápite III, n° 2 (nuevo constitucionalismo Latinoamericano) especialmente nota al pie n°235. Y la retomaremos en el acápite final de este capítulo.

⁶⁴⁹ En efecto, los movimientos socio ambiental e indígena se encuentran desarrollando un discurso que identifica sus luchas por el control del territorio. En razón de ello Escobar los considera una expresión ecológica y cultural apegada a un lugar. Por otra parte, la corporalidad y el emplazamiento de la vida humana impulsan a re pensar el lugar como fuente de cultura e identidad, que exige atenuar la tendencia de la academia a pensar en lo global. Cfr. ESCOBAR, ARTURO, *Territorios de diferencia: Lugar, movimientos, vida, redes*, citado, p. 24. La noción de territorio ha sido especialmente desarrollada por la geografía crítica que en la senda del trabajo de Milton Santos y la reflexión sobre el territorio y el conflicto territorial que ha contribuido a desarrollar. Al respecto véase: SVAMPA, MARISTELLA, “Modelos de desarrollo, cuestión ambiental y giro eco-territorial”, en *La naturaleza colonizada*, coordinado por Héctor Alimonde, Clacso, Buenos Aires, 2011, p. 202.

Si lográramos arribar a nociones de democracia que puedan convivir con estas propuestas críticas y alternativas, ello implicaría nada más y nada menos que la posibilidad de efectivamente extender el pacto político a quienes el contrato social de la modernidad excluyó –asesinó, evangelizó, homogeneizó– y de las diversas formas de prácticas comunitarias cuya compatibilidad con la estructura liberal del Estado y democracia representativa no es pacífica.

Frente a ello el enfoque *agonista* sostiene la imposibilidad de arribar a consensos, de deliberar, y se basa en la idea de que la política es realmente propaganda, manipulación y estrategia, cuestión que parece descriptiva y acertada para una parte importante de lo que suele ser la política hegemónica, pero no considera múltiples prácticas y encuentros solidarios y sororos que movilizan la organización de las personas y que también son importantes de pensar⁶⁵⁰.

El diálogo democrático en los espacios no institucionales tiene obstáculos por supuesto, y no deseamos realizar una ridiculización de la organización social no institucional, pero también tiene oportunidades distintas a la vida política y a la deliberación en la esfera institucional, donde la regla es la negociación, la acción estratégica, la propaganda y la manipulación, con enormes dificultades para que la acción política este orientada al entendimiento. Buscar el equilibrio y un marco de reflexión que efectivamente permita realizar esta distinción sin excesos es relevante. Por lo pronto partimos de la base de que la

⁶⁵⁰ Utilizo la palabra sororo para referir a un relato de la articulación feminista que se sustenta en la idea de amor entre mujeres o sororidad, más precisamente: “La *sororidad* es una dimensión ética, política y práctica del feminismo contemporáneo. Es una experiencia de las mujeres que conduce a la búsqueda de relaciones positivas y la alianza existencial y política, cuerpo a cuerpo, subjetividad a subjetividad con otras mujeres, para contribuir con acciones específicas a la eliminación social de todas las formas de opresión y al apoyo mutuo para lograr el poderío genérico de todas y al empoderamiento vital de cada mujer”. Cfr. LAGARDE, MARCELA, *El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*, Instituto de las Mujeres del Distrito Federal, México, 2012, p. 560.

distinción existe y que, por tanto, la política y el diálogo democrático en los espacios no institucionales de no es siempre ni necesariamente una relación antagónica.

Concretamente, la idea que nos interesa discutir es que no todas las relaciones políticas son relaciones de amigo y enemigo, ni de adversarios o enemigos legítimos. Por otra parte, asignar a la política institucional del Estado y del partido político un lugar en extremo privilegiado impide valorar parte importante del trabajo de movimientos sociales que no operan con dicho horizonte en vista. La idea que aquí queremos defender, y que se encamina a ser una de las conclusiones más relevantes de esta investigación (en lo que respeta a la concepción filosófica del diálogo democrático) pasa por distinguir la reflexión en torno al diálogo democrático según si este comprende establecer canales orientados al entendimiento entre las instituciones y las personas o los movimientos sociales, o bien se desarrolla al interior de los movimientos sociales y entre movimientos sociales diversos.

Para ello recordemos la tesis de que en el diálogo se encuentra la esencia de la acción revolucionaria, que con Freire nos ayudó a delimitar una idea de diálogo entre oprimidos y que acá retomamos. La teoría de los movimientos sociales ha tendido a establecer una relación romántica entre los movimientos, como si el diálogo entre ellos fuese una situación posible sin mayores obstáculos, explicando una y otra vez que es la solidaridad la que une a los oprimidos, que en ellos hay una acumulación histórica de visiones compartidas, un conjunto de creencias comunes, redes de reciprocidad y cooperación y otro tipo de expresiones que dan cuenta de una idealización que subyace a la reflexión sobre los movimientos sociales. Sin embargo, resulta necesario analizar las cosas con mayor detenimiento. Indicaremos dos ejemplos especialmente relevantes para explicitar la perplejidad que estas ideas conllevan.

El primero nos conduce a pensar en los feminismos, pues nos proveen de bastantes pistas para dimensionar las complejidades del diálogo político. Podemos partir por señalar las enconadas discusiones entre primera y segunda ola que durante décadas ha enfrentado a feministas de la igualdad y feministas de la diferencia, cuestión que no solo implica una profusa discusión académica, sino que trae consigo múltiples divisiones en el movimiento feminista, obstaculizando su articulación. Otra manifestación de estas dificultades surge, por ejemplo, a propósito de categorías como *interseccionalidad*, que desde fines de la década de los ochenta, con el trabajo de Kimberlé Williams Crenshaw⁶⁵¹, ha motivado la reflexión crítica respecto de la relación entre el género y la raza, y que desde hace algunas décadas subyace a los feminismos comunitarios y decoloniales que se encuentran en los trabajos de Ochy Curiel y Yuderkys Espinosa, dos de sus representantes legítimas. Todo ello además de manifestar las interminables discusiones tanto sobre la homogeneidad y unidad del sujeto del feminismo, como las múltiples y enrevesadas condiciones de la identidad, da cuenta de que el diálogo y articulación en un movimiento tan importante como el feminismo es compleja⁶⁵².

El segundo ejemplo es el del movimiento social ecologista o socio ambiental y las múltiples dificultades que encuentra para articularse con otros movimientos como el feminista, el indígena o el de los trabajadores. En el caso del movimiento feminista hay

⁶⁵¹ WILLIAMS CRENSHAW, KIMBERLÉ, “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color”, en *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Bellarrata, Barcelona, 2012, p. 87 y ss.

⁶⁵² VV.AA., *Tejiendo de Otro Modo. Feminismo, epistemología y apuestas decoloniales en Abya Yala*, editado por Yuderkys Espinosa, Diana Gómez y Karina Ochoa, Universidad del Cauca, Colombia, 2014; CURIEL, OCHY, *La nación heterosexual. Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*, Brecha Lésbica-La frontera, Bogotá, 2013. También es interesante conocer el enfoque postcolonial desde África y Oriente medio. Textos clásicos al respecto en: VV.AA., *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*, editado por Liliana Suárez y Rosalva Aída Hernández, Cátedra, Madrid, 2008. En este sentido también comprendemos al feminismo de frontera. Al respecto véase: FLÓREZ FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2015, p. 1899 (Kindle e-book).

importantes avances: pensamos en el caso de la India o en organizaciones como *Marcha Mundial* o *Vía Campesina* que, sin duda, comienzan a establecer una consistente alianza entre mujeres campesinas e indígenas y luchas socio-ambientales. No obstante, miradas las cosas con perspectiva histórica, se trata de una alianza incipiente y compleja porque la crisis ecológica no es una preocupación generalizada del feminismo, pese a las importantes relaciones que se pueden establecer entre ambas luchas⁶⁵³. La relación con el movimiento indígena también es problemática y una de las razones más profundas de ello es la injusticia epistémica, que muchas veces impide establecer relaciones horizontales y no colonizadoras en la generación de las articulaciones e impiden que el diálogo promueva entendimiento⁶⁵⁴. Finalmente con los trabajadores o el movimiento sindical la relación es bastante más compleja, porque se enfrentan modelos de sociedad totalmente opuestos. Pensemos, a modo de ejemplo, en la confrontación entre el discurso productivista del mundo sindical, más centrado en los derechos asociados al contrato de trabajo –sin considerar la degradación ambiental que puede arrojar la faena en la que se desempeña– y propuestas como el *buen vivir* o el *decrecimiento*, que conducen al cuestionamiento de la opulencia en general, y también del modo de vida obrero.

Estamos ante las piedras de toque del pensamiento y práctica de la izquierda contemporánea y, por lo mismo, resultan relevantes para poner en tensión nuestra afirmación inicial respecto del diálogo entre los movimiento sociales, es decir, aquella que indicaba que

⁶⁵³ Al respecto: SHIVA, VANDANA, MIES, MARÍA, *Ecofeminismos. Teoría, crítica y perspectivas*, traducción de Mirela Bofill, Daniel Aguilar, Eduardo Iriarte y Marta Pérez y Joan Soler, Icaria, Barcelona, 2014. HERRERO, YAYO, *Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible*, en Revista de Economía Crítica, N°16, 2013, p. 274 y ss.

⁶⁵⁴ Esta idea es formulada por los kataristas en los años 1970 y por Gonzalez Casanova en México en 1966. Con Cusicanqui, comprendemos la noción como referida a los procesos de internalización de lo colonial, como el proceso de dominación inmerso en las subjetividades. Cfr. RIVERA CUSICANQUI, SILVIA, *Sociología de la imagen. Miradas ch'ixi desde la historia andina*, Tinta Limon, Buenos Aires, 2015, p.311.

las relaciones que se dan en este ámbito no pueden ser consideradas como relaciones antagonistas ni propias de una política y deliberación más cercana a la negociación, estrategia y cálculos propios de la política del Estado y el gobierno democrático de nuestros países. A la vista de los ejemplos mencionados, esta afirmación no nos puede conducir a la vereda opuesta, es decir, a la negación del conflicto en el ámbito de los movimientos sociales.

En este sentido, resulta interesante el trabajo de la profesora Juliana Flórez, pues plantea una tesis que nos permite tensionar la reflexión en el sentido preciso que nos interesa; a saber: que el movimiento social sería como un héroe y antihéroe de la acción colectiva, dado que en su interior se recrean relaciones de poder, hay conflictos y antagonismos, que impiden que la dimensión romántica de la reflexión tradicional tenga poder descriptivo: “si bien los movimientos deben concebirse como lugares de resistencia (utópica) frente a los dispositivos de poder, es necesario también entenderlos como lugares donde se recrean relaciones de poder⁶⁵⁵”. A mayor abundamiento, Flórez explica que la teorización sobre los movimientos sociales que resalta la solidaridad, los afectos o las trayectorias comunes de sus miembros tiende a explicar el surgimiento y funcionamiento de éstos, sobre la base de un consenso social en su interior, cuestión que sería parte de un fenómeno más amplio, que por una parte estaría dado por el núcleo político de la modernidad que sitúa al consenso social y político como constitutivo de la vida social y, por otra parte, con sus estrategias de homogeneización e invisibilización del conflicto del esquema liberal. Es decir, la reducida investigación sobre el conflicto y disenso al interior de los movimientos sociales se debería a la concepción del poder y de lo político que no solo

⁶⁵⁵ FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, citado, p. 294.

privilegia sino que supone el consenso. Como hemos visto, los diversos autores que integran el paradigma agonista, en el sentido amplio que se ha expuesto, se han dedicado a desarrollar este punto⁶⁵⁶.

Finalmente, Flórez señala que el conflicto al interior de los movimientos más que un problema, es una condición de la vitalidad del espacio que ocupan: “[los] movimientos sociales se mantienen activos en la medida en que dan cabida a los disensos como una dinámica que acompaña y posibilita la búsqueda de consenso de sus principios de lucha, los disensos indicarían el momento en que los movimientos comienzan a gestionar sus propias relaciones de poder y resistencias⁶⁵⁷”.

En definitiva, esta ruta de investigación nos ha permitido complejizar nuestra idea de diálogo democrático esencialmente en cinco sentidos: 1) la descripción de las democracias existentes no debe confundirse con las propuestas normativas democráticas. De tal modo, conviene no incurrir en la tendencia a superponer planos de análisis. 2) Pensar la democracia confiriendo especial valor a la deliberación parece fundamental. 3) Es urgente superar las injusticias epistémicas que dañan las posibilidades de deliberación. 4) El diálogo democrático puede ser pensado en ámbitos no institucionales y en ámbitos institucionales. Si bien ambos son importantes, parece especialmente relevante pensar en el diálogo en los ámbitos no institucionales, con el objeto de defender la existencia de múltiples esferas públicas. 5) El disenso como parte esencial de lo político debe complejizar nuestras reflexiones sobre las posibilidades del diálogo al interior de los espacios no institucionalizados e institucionalizados.

⁶⁵⁶ FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, citado, p. 501 y ss.

⁶⁵⁷ FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, citado, p. 714.

III. PODER JUDICIAL Y DIÁLOGO DEMOCRÁTICO

Nos hemos aproximado a tres relatos sobre el diálogo democrático, pero no hemos especificado cuál es la reflexión o consecuencias que de ellos se derivan para el poder judicial. En este acápite nos referiremos a ello. Iniciaremos con el modelo deliberativo, seguiremos con el agonista y finalizaremos con una breve relación de aspectos relevantes de la sociología jurídica de Santos sobre el poder judicial.

1. Procedimentalismo judicial

La mayoría de los autores que se insertan en el giro deliberativo han destinado bastante tiempo de reflexión al poder judicial, principalmente en lo que refiere al rol de las altas cortes y el problema de legitimidad que se genera al ser los jueces quienes ostentan la última palabra en el diseño institucional⁶⁵⁸. Algunos autores explícitamente plantean que el modelo de democracia deliberativa requiere una serie de innovaciones institucionales, entre las que destacan las relativas al poder judicial⁶⁵⁹. Por otra parte, en los trabajos paradigmáticos de esta versión de la democracia hay apartados connotadísimos al respecto. El caso emblemático es Nino y su obra la *Constitución de la democracia deliberativa*.

⁶⁵⁸ El trabajo de Habermas en torno al Derecho ha generado una de las teorías jurídicas más importantes de la etapa contemporánea. La obra principal en este ámbito es *Facticidad y validez*. Un excelente trabajo al respecto es: VELASCO, JUAN CARLOS, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Para una aproximación a los puntos en tensión en las relaciones entre poder judicial y órganos mayoritarios y representativos véase el capítulo primero de esta investigación, a propósito de la distinción desarrollada entre los activismos dialógicos, neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular, en capítulo I, acápite II, n° 2 y 3.

⁶⁵⁹ ARRIAMADA, LUCAS “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: Sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”, en VV.AA, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, coordinado por Roberto Gargarella, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, capítulo VI

La faz jurídica de la teoría del discurso de Habermas tiene múltiples referencias al poder judicial, que desde distintos puntos de análisis van estableciendo su correlato deliberativo. Uno de ellos es la interpretación del Derecho. En este caso, al igual que la diferencia trazada en un momento con la ética de Rawls, pero en diálogo con el trabajo de Dworkin, realiza un análisis crítico al desempeño monológico que se presupone para que el virtuoso juez Hércules arribe a la respuesta correcta. En la senda de Häberle y Michelman insistirá en la idea de una *sociedad de intérpretes de la constitución*, “el juez individual ha de entender básicamente la interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos. En este sentido Michelman critica la concepción monológica que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial: «Lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, si no es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otoidad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de la experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre ni ninguna mujer podrían ser así. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad»⁶⁶⁰. Con ello nos insertamos en el plano de las diversas concepciones de la moral que subyacen a las teorías de la interpretación, pues Habermas y en general los autores que se inscriben en la tradición deliberativa, al adherir a una teoría moral procedimental –la teoría del discurso– aportan poderosos argumentos para criticar las concepciones de la interpretación que, como la de Dworkin, se sustentan en un objetivismo

⁶⁶⁰ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 295. HÄBERLE, PETER, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una constitución para la interpretación pluralista y «procesal» de la constitución”, traducción de Xabier Arzoz, en *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*, N 11, 2008, pp. 29 y ss.

moral que colisiona con el principio democrático. Además, entrega pautas para confrontar lo que, de la mano de Aulis Aarnio, ha sido identificado como *tesis ontológica, metodológica y epistemológica de la única respuesta correcta* (que ésta existe, que puede ser detectada y que se puede saber con seguridad que ha sido encontrada). Estamos, en definitiva, en el plano de discusiones sobre uno de los temas más estudiados por la filosofía del Derecho, a saber, el problema de la discrecionalidad judicial que, a propósito del neoconstitucionalismo, y de la distinción entre reglas y principios que esta teoría ha promovido, impulsa no solo nuevos aires para la teoría de la interpretación judicial, sino que además, da vida a las modernas teorías de la argumentación y del razonamiento judicial⁶⁶¹.

Pero además, es inevitable no recordar las tesis centrales del constitucionalismo popular que, como hemos visto en el primer capítulo, busca ser una opción de democratización de la jurisdicción constitucional que actualmente se desarrolla en forma más menos periférica en Estados Unidos y Canadá⁶⁶². Resulta interesante integrar ambos esfuerzos, ya que así no solo consideramos ampliar el ámbito de interpretes de la constitución, pensando en las diversas vías para fundamentar una interpretación jurídica dialógica, sino que además planteamos la necesidad democrática de enriquecer el trabajo del

⁶⁶¹ El caso de Aarnio es paradigmático de las teorías de la argumentación dialógicas que se erigen críticamente ante teorías como la de Dworkin o Alexy. Al respecto un buen texto introductorio es: AARNIO, AULIS, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, n° 8, 1990, p. 23 y ss. Una crítica a la teoría de Aarnio: en ATIENZA, MANUEL, “Sobre la única respuesta correcta”, en *Jurídicas*, Manizales, 2009, p. 13 y ss. La tesis de la *única respuesta correcta* de Dworkin es ostensiblemente diversa de la tesis de la *pretensión de corrección*, sustentada en una justificación racional de las decisiones, de Alexy. Pues, aunque ambas se manifiestan críticas de la discrecionalidad judicial y plantean un ideal regulativo claro, hay una diferencia de peso en el plano moral, en el caso de Alexy la corrección depende del seguimiento de ciertas normas procedimentales que comprenden reglas o condiciones de la argumentación. Para el caso de Alexy, un texto fundamental al respecto es: ALEXY, ROBERT, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en *Doxa* N°5, 1988, p. 139 y ss. Para un diálogo crítico con Alexy véase: GARCIA AMADO, JUAN ANTONIO, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomia, Revista de Cultura de la Legalidad*, N°7, 2014, p. 6 y ss. Finalmente, una excelente aproximación a este debate en: ALTERIO, MICAELA, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, citado, p. 88 y ss.

⁶⁶² Hemos explicado brevemente este movimiento, en capítulo I, acápite II, n°3.

poder judicial a través de la participación de las personas y de los otros poderes del Estado, con innovaciones democráticas que legitimen sus decisiones, impidiendo, en definitiva, que se encuentre en la cima de la institucionalidad democrática.

Respecto de la legitimidad del control de constitucionalidad, el capítulo sexto de *Facticidad y Validez* es una lectura insoslayable. En un primer momento, Habermas argumenta que el control de constitucionalidad abstracto, al ser una función propiamente legislativa, debe ser realizado por una comisión parlamentaria⁶⁶³. Pero además despliega una comprensión procedimentalista de la constitución, conforme a la cual las competencias del tribunal constitucional y el ejercicio de sus funciones son examinadas teniendo como parámetro los “presupuestos comunicativos y condiciones procedimentales del proceso democrático y de producción de normas⁶⁶⁴”. La influencia de John Ely en los autores que promueven y profundizan en la idea del juez como parte del proceso democrático es evidente. Fue con Ely, en efecto, cuando se originó el indicado giro procedimentalista, validando la justicia constitucional de modo diverso a la posición paternalista que, por una parte, cuestionaba al parlamento como un ente irracional por ser esponja de pugnas de poder y expresión de mayorías emocionales y pasionales, y por la otra defendía a los jueces como intérpretes privilegiados de la constitución, porque supuestamente estarían alejados de la política y actuarían desde un profesionalismo que los situaba en mejor posición para decidir. El procedimentalismo impulsado por Ely, en cambio, acepta el control de constitucionalidad en cuanto este se circunscriba a proteger la efectividad de los principios y derechos que permiten la realización del ideal democrático, sin que ello implique constituirse en una

⁶⁶³ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 315

⁶⁶⁴ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 337 y ss.

jerarquía que elimina a los otros poderes del Estado o que no dialoga con ellos⁶⁶⁵. Es decir, en jerga habermasiana, el tribunal constitucional contribuiría al desarrollo de la *política deliberativa*, al defender, por ejemplo, la inclusión en el proceso político de individuos que habían estado ausentes y protegiendo el proceso deliberativo frente al influjo de grupos de interés y facciones. Como podemos ver, la justificación procedimental del rol del tribunal constitucional es ostensiblemente distinta a la de los autores sustancialistas.

Ahora bien, como hemos indicado reiteradamente, la reflexión sobre la judicatura no se desmarca de estas discusiones sobre la justificación de las altas Cortes, pero busca excederla porque, sin perjuicio de que gran parte del activismo judicial en torno a los derechos se efectúa en el ámbito jurisprudencial, la reflexión precisa abordarse desde un punto de vista más amplio. En particular, es necesario dialogar con la tesis que cuestiona la idea misma de protección judicial de los derechos, desde el argumento de que éstos deben ser realizados como consecuencia del trabajo que se desarrolla en el foro público político. En efecto, en este argumento se cuele una visión sobre cuál es el rol específico que pueden o no tener los desarrollos jurisprudenciales en la lucha por los derechos y, por tanto, se trata de un cuestionamiento más estructural que será abordado en el acápite final del presente capítulo.

Finalmente, nos parece interesante establecer un puente entre algunas reflexiones que Habermas realiza a propósito de la administración del Estado y las innovaciones que podrían desplegarse en el ámbito jurisprudencial. En este orden de ideas y sobre todo teniendo en mente la etapa del despliegue del Estado social, Habermas sostiene para el ámbito de la administración del Estado una tesis interesante: “de los cambios que se han producido en el catálogo de tareas estatales y de la ampliación del ámbito de actuación de la administración

⁶⁶⁵ PISARELLO, GERARDO, “Las afinidades constitucionales de Habermas”, citado, p. 55.

resultan también problemas para la división de poderes. A la autoprogramación de la administración autonomizada y a la delegación no autorizada de facultades estatales puede hacérseles frente mediante un *desplazamiento de la división funcional de poderes al seno mismo del sistema administrativo, mediante nuevos elementos de participación y control, introduciendo espacios públicos específicos para cada ámbito*⁶⁶⁶”.

Es decir, ante una administración cuyas decisiones se caracterizan por ser pragmáticas y por ejecutar la ley neutralmente, Habermas propone prácticas de participación al interior de la administración que, frente a un control desde arriba, potenciarían su legitimidad⁶⁶⁷. A mayor abundamiento, y refiriéndose a esto mismo, indica: “lo más apropiado es la participación de los afectados en la toma de decisiones, la actividad de defensores del pueblo, procedimientos análogos a los tribunales, audiencias públicas, etc.”⁶⁶⁸.

Es interesante cómo estas reflexiones podrían dialogar con gran comodidad con su visión procedimental de la justicia, pero incorporando ya no solo estándares normativos a la emisión de decisiones, sino planteando puentes institucionales. Habermas es consistente en indicar que la deliberación depende de la institucionalización de procedimientos y presupuestos comunicativos que permitan que la ciudadanía actúe colectivamente⁶⁶⁹.

La democracia, entendida como participación en la toma de decisiones relevantes, cuyo énfasis se encuentra en la deliberación, puede tener en la administración y en el ejercicio de las funciones judiciales un rol decisivo para cambiar las formas de entender el ejercicio moderno del poder estatal. En este sentido, interesa insistir en que el modelo

⁶⁶⁶ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, pp. 473 y 516. Las cursivas son nuestras.

⁶⁶⁷ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 527.

⁶⁶⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, pp. 270-272

⁶⁶⁹ HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, citado, p. 374, 392-393; HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, citado, p. 242; JUAN CARLOS, VELASCO, *Habermas*, citado, p. 155; VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado, p. 151.

deliberativo y procedimental de la labor judicial tiene confluencias relevantes con el activismo judicial dialógico y por tanto, ambos pueden ser considerados marcos críticos para repensar la justicia impartida judicialmente.

2. Los jueces en el esquema agonista. La tesis de involucramiento crítico

Pasando a la noción de democracia y de diálogo que ha desarrollado el agonismo, pero ahora centrándonos en el *populismo*, nos encontramos con un panorama bastante diferente a lo que sucede con la democracia deliberativa. Ello se debe a que prácticamente no ha habido trabajos referidos al poder judicial, lo cual forma parte de un tema más amplio, la dimensión institucional de su construcción teórica, que es un ámbito controvertido: desde quienes consideran que el populismo sería una especie de negación de las instituciones y de los valores democráticos y constitucionales, hasta quienes defienden que este comprende una profundización de las instituciones del Estado de Derecho y de la democracia liberal. Vamos a ver ambas posturas con mayor detenimiento, pero antes vale la pena recordar que la ambivalencia es uno de rasgos indiscutibles del populismo, cuestión que surge con toda claridad al intentar responder preguntas como las que nos orientan en este acápite.

Svampa, pensando en Latinoamérica, reflexiona sobre esta ambivalencia, entendida como una dualidad intrínseca al ser un fenómeno complejo con elementos democráticos y no democráticos, como consecuencia del pragmatismo que orienta a su propuesta de ejercicio del poder y de construcción de identidad popular. La dimensión democrática surge al evaluar positivamente el aumento de la participación del *pueblo*. Para ello es esencial comprender el contexto social, político, económico y cultural en el que surge la alternativa populista, es decir en sociedades donde se ha producido una cooptación del Estado y se ha cimentado una fuerte hegemonía neoliberal detentada por élites, con lo que se ha producido una intensa

exclusión social y altos niveles de conflictividad. Por ello cuando el fenómeno populista se produce –cuando se logra la construcción de una cadena de equivalencias, surge el significativo vacío de pueblo y se sostiene una lógica dicotómica/agonista del espacio público, por seguir en forma muy simplificada las explicaciones de Laclau– se hacen visibles sus consecuencias democratizadoras. El elemento antidemocrático, por su parte, se revela con posterioridad al acceso al poder del Estado, como efecto de la compleja gestión de márgenes de autoritarismo, que a grandes rasgos se puede manifestar en el control y tutela por parte del Estado de la participación y en forma más grave, por la represión de las demandas que aspiran a ser tomadas en consideración e integrar cadenas equivalentes, pues no lograrían ser satisfechas por el orden que se busca subvertir.

Conforme a lo indicado, el perfil antidemocrático del populismo alude a la tentación autoritaria que lo seduce cuando logra arribar al poder, por lo que se refiere específicamente a la manera en que se suele trabajar desde las instituciones del Estado, una vez que se ha alcanzado el poder: “en la medida en que el populismo se expresa por la sobreantagonización y dicotomización del espacio político, las críticas resaltarán la persistencia/actualización de sus rasgos autoritarios, la consolidación de liderazgos plebiscitarios y caudillistas, potenciados por el hiperpresidencialismo dominante, el no respeto de la división de poderes, la utilización clientelar del aparato del Estado (el populismo redistribuidor); en fin, la preocupación por las siempre controversiales relaciones entre el populismo y el *ethos* republicanos⁶⁷⁰”.

⁶⁷⁰ SVAMPA, MARISTELLA, *Debates Latinoamericanos. Indianismo, desarrollo, dependencia y populismo*, citado, p. 455.

Entonces, frente a esta ambivalencia, habrá autores que verán prácticamente un oxímoron en expresiones como populismo constitucional⁶⁷¹, en la medida que el populismo consentiría una forma de ejercicio del poder con amplio margen autoritario y por ende de cuestionable limitación, o sea, todo lo contrario al constitucionalismo entendido como limitación al poder. Es más, algunos consideran que el populismo tendría como rasgo la desinstitucionalización, ya que la relación entre un líder y su pueblo no precisaría de mediaciones institucionales⁶⁷². Al conocer este tipo de aproximaciones a la dimensión institucional de los populismos parece sensato recordar los múltiples casos en que los gobiernos populistas han realizado cambios constitucionales para prolongar sus puestos de poder, las veces que han intervenido la integración de las altas Cortes, por solo mencionar algunos ejemplos típicos. Así como el ejercicio del poder populista podría generar arreglos institucionales favorables al programa populista sin respetar los procedimientos de las instituciones democráticas y los diseños constitucionales, el poder también podría afectar a ciudadanos y movimientos sociales a través de procesos de criminalización de la protesta o leyes antiterroristas, por mencionar ejemplos que lamentablemente no tienen nada de excéntricos, y que podrían afectar no solo a quienes pertenecen a las oligarquías contra las que se erige el pueblo, sino también a proyectos políticos críticos que no logran ser considerados como equivalentes, por lo que se les han cerrado las puertas para ser parte del pueblo.

⁶⁷¹ ALTERIO, MICAELA, “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coordinado por Roberto Gargarella y Roberto Niembro, Unam, México, 2016, p. 69.

⁶⁷² Alterio detecta una serie de autores que desarrollarían estas conclusiones, que comprenden esencialmente: “otro rasgo fundamental [del populismo] es el desapego a todo tipo de procedimientos propios de las democracias constitucionales so pretexto de que dificultan o alejan a la política del pueblo y entorpecen la realización de la voluntad popular (que no requiere intermediaciones). Relacionado con este punto se halla un concepto de representación particular en el sentido de que no es mediado por instituciones sino que se considera que el slider sabe lo que el pueblo homogéneo quiere” Cfr. ALTERIO, MICAELA, “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, citado, p. 71.

Por supuesto que posturas como las anteriormente descritas tienen importantes detractores. Entre ellos la propia Chantal Mouffe que, en su obra *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, desarrolla la tesis del *involucramiento crítico* con las instituciones, en contraste con la teoría del éxodo de las instituciones que según la autora sería sostenida por autores como Antonio Negri y Michael Hardt.

Dicho involucramiento crítico propone una coalición entre partidos, movimientos sociales y sindicatos para “provocar una profunda transformación de las instituciones a través de una combinación de luchas parlamentarias y extraparlamentarias, con el fin de convertirlas en un vehículo para la expresión de la diversidad de demandas democráticas. De este modo se extenderá el principio de igualdad a la mayor cantidad posible de relaciones sociales”⁶⁷³.

La autora cita varios ejemplos para indicar que se podría subvertir el neoliberalismo desde los marcos del Estado de Derecho, demostrando que las instituciones no son necesariamente un obstáculo para el cambio social. Específicamente alude a los casos de Venezuela, Bolivia, Ecuador, Argentina y Brasil, en la última oleada de gobiernos progresistas de la región⁶⁷⁴. Frente a ello, Mouffe critica a los movimientos sociales, ya que, en su opinión, por sí solos son incapaces de lograr cambios sociales y cada vez que optan por no ser parte de elecciones y no involucrarse con las instituciones corren el riesgo de caer en el olvido. Esto habría sucedido, entre otros casos, con el movimiento de piqueteros que

⁶⁷³ MOUFFE, CHANTAL, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, traducción de Soledad Laclau, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p. 85.

⁶⁷⁴ MOUFFE, CHANTAL, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, citado, p. 86. La autora se extiende especialmente en el caso de Argentina y el gobierno de Nestor Kirchner y Cristina Kirchner. Para una postura crítica frente al análisis de Mouffe que nos parece fundamental para esta discusión, véase: SVAMPA, MARISTELLA Y VIALE ENRIQUE, *Maldesarrollo*, citado, p. 36 y ss. Respecto del movimiento de piqueteros, recordamos que nos hemos referidos a él a propósito de los antecedentes socio políticos de lo que se viene denominando Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, concretamente véase página 117 de esta investigación.

protagonizaron el “que se vayan todos” en la Argentina presidida por Fernando de la Rúa, el año 2001.

El proyecto que defienden, en cambio, sostiene una radicalización de la democracia a partir de la construcción de instituciones más democráticas e igualitarias. En una línea semejante se encuentra el planteamiento de Enrique Dussel, quien sostiene que la cuestión del liderazgo tan presente en el pensamiento populista debe integrarse con la democracia para crear un poder popular que funde instituciones de participación que permitan el ejercicio democrático del poder: “el tema entonces es cómo articular las instituciones de la representación (siempre en proceso de transformación o perfeccionamiento) en torno a los partidos políticos y a los tres poderes ya existentes (ejecutivo, legislativo y judicial), con nuevas instituciones de participación que permitan, más allá de los partidos y desde la base misma, una real actualización, con democracia directa de pequeñas comunidades del pueblo”⁶⁷⁵.

Desde un marco filosófico diverso, no son pocos los esfuerzos que autores como José Luis Villacañas y Carlos Fernández Liria se encuentran realizando por pensar el populismo desde una defensa de la ilustración, buscando avanzar en el progresivo acercamiento de dos tradiciones tan diversas como son el populismo y el republicanismo. Fernández Liria, provocativamente nos dicen: *menos Laclau, más Kant*, para plantear el desafío de pensar el ejercicio no autoritario del poder, de tal modo resguardar lo mejor de las instituciones democráticas y ante todo defenderlas de los poderes económicos que las buscan desfigurar⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ DUSSEL, ENRIQUE, “Cinco tesis sobre el populismo”, en *El eterno retorno del populismo en América Latina y el Caribe*, citado, p. 170 y ss.

⁶⁷⁶ VILLACAÑAS, JOSÉ LUIS, *Populismos*, citado, FERNÁNDEZ LIRIA, CARLOS, *En defensa del populismo*, citado.

Dicho todo esto, podemos comprender que la disputa por la institucionalidad es un punto en constante tensión en el modelo agonista. Para quienes sostienen que la relación entre populismo e instituciones es contradictoria, los agonistas indican que los límites del ejercicio del poder serán respetados en la medida que no se obstaculicen los proyectos del pueblo representado en un líder carismático que, en caso de ser necesaria, no dudará en realizar las modificaciones institucionales que sean necesarios para acomodarlas a sus decisiones. Estos autores rápidamente suelen entrar a recordar los diferentes casos en que los países que han atravesado por gobiernos populistas han recurrido a un sin número de ardidés que dan cuenta de que el ejercicio del poder populista puede derivar en anti-institucionalismo, decisiones contramayoritarias y en una concentración de poder en el ejecutivo⁶⁷⁷.

Por otra parte, los autores que sostienen que la propuesta agonista y su correlato populista no comprenden un discurso anti-institucionalista, sino que se enmarca en la profundización de la democracia y las instituciones del Estado de Derecho, muy probablemente adherirían a tesis coherentes con los planteamientos de un constitucionalismo popular, en el sentido de que todas las personas pueden y deben participar de la interpretación de los contenidos constitucionales. También sería coherente que evaluaran positivamente propuestas como el activismo judicial dialógico, pues podrían leerse como proyecciones de la idea de involucramiento crítico apuntada por Mouffe.

Más aún, desde el punto de vista de la apuesta cultural y de la disputa de imaginarios colectivos que el populismo defiende, resultan interesantes las relaciones que podrían establecerse entre el activismo judicial dialógico –y con el progresismo jurídico en general,

⁶⁷⁷ En el capítulo I, de esta investigación nos hemos referido al hiperpresidencialismo como uno de los rasgos del nuevo constitucionalismo Latinoamericano. Cabe recordar que al respecto existen diversas posturas, pues para algunos autores se estaría transitando a un modelo de híbrido. Véase p. 133 de esta investigación.

pensemos en el caso del constitucionalismo aspiracional– con las tesis de las funciones y el uso simbólico del Derecho. En el acápite final de esta investigación nos referiremos con más detalle al uso simbólico del Derecho, pero muy resumidamente adelantamos que consiste en que, pese a las dificultades para lograr la eficacia de normas progresistas, éstas pueden ser valoradas por su capacidad de construir discursos, representaciones y sentimientos, que podrían ser vistos como un aporte relevante al proceso de la construcción de la identidad colectiva de un pueblo.

Finalmente, es necesaria una breve referencia a la *teoría del éxodo* indicada por Mouffe, para plantear un contrapunto destinado a cuestionar el rasgo anti-institucionalista denunciado. En su obra *Multitud* Negri y Hardt desarrollan una larga crítica que plantea la necesidad de que la multitud emprenda un éxodo entendido como una ruptura entre la autoridad soberana imperial y la multitud. Esto que acarrea el problema de los *no lugares de la política*, en el sentido de las dificultades de pensarla cuando se rebasa el sistema de partidos, y se busca ir incluso más allá del sindicato. Por lo general, los no lugares implican espacios y procesos en los que la sociedad civil supera y desordena los ámbitos de la política legal, formal institucionalizada⁶⁷⁸. A lo largo de la obra hay una serie de referencias críticas a la soberanía y el Estado, que efectivamente parecen representar una posición política anti institucionalista e incluso anarquista. Sin embargo, en la medida que la obra avanza, las referencias en dirección opuesta a la denuncia de Mouffe comienzan a surgir: “la multitud no solo necesita configurar su éxodo como resistencia, sino que además ha de transformar esa resistencia en una forma de poder constituyente, y crear las relaciones sociales y las instituciones de una nueva sociedad⁶⁷⁹”. Los autores en busca del complejo camino que

⁶⁷⁸ TAPIA, LUIS, *Política Salvaje*, Clacso, La Muela del Diablo, La Paz, 2008, p. 55.

⁶⁷⁹ NEGRI, ANTONIO Y HARDT, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, citado, p. 395

permita una organización social que no conduzca al fortalecimiento de la tiranía del Estado, por lo que el camino institucional de la democracia de la multitud es un proceso en desarrollo⁶⁸⁰.

Finalmente, nos gustaría terminar citando un trabajo que da cuenta de las proximidades entre el equipo de investigación de los italianos de la multitud y el ex grupo Comuna que reúne a investigadores bolivianos y cuyo trabajo tuvo un protagonismo relevante en las movilizaciones que impulsaron el proceso constituyente. El libro *Imperio, multitud y sociedad abigarrada* son una manifestación de la conexión que puede haber entre trabajos que, pese a inspirarse en contextos geopolíticos tan diversos, tienen importantes aires de familia⁶⁸¹. Por otra parte, en este desafío de repensar el Estado, se inscriben otros esfuerzos que hemos venido mencionando a lo largo de la investigación: la demanda por un Estado plurinacional o las demandas por repensar el territorio desde su historia y espacio.

3. El análisis socio-jurídico de Santos del poder judicial

El trabajo de Boaventura de Sousa Santos en torno a la función jurisdiccional forma parte de su análisis socio jurídico del Derecho. Este y la ciencia, serían dos caras de una

⁶⁸⁰ “Nadie crea que hablamos de un proceso espontáneo ni improvisado. La destrucción de la soberanía debe organizarse de tal manera que vaya de la mano con la constitución de nuevas estructuras institucionales democráticas basadas en las condiciones existentes. Los escritos de James Madison en *El Federalista* proporcionan un método para tal proyecto constitucional, organizado mediante el pesimismo de la voluntad: instituyendo un sistema de controles y contrapesos, de derechos y garantías.... El pensamiento de Madison está impregnado de utopismo republicano, el mismo utopismo que hallamos hoy en las revueltas populares y en las insurrecciones de los pobres globales.... ¿cómo podríamos organizar los objetivos de El Estado y la revolución—es decir, la destrucción de la soberanía mediante el poder de lo común— en coordinación con los métodos institucionales de *El Federalista* que permitan realizar y mantener un proyecto democrático en nuestro mundo globalizado? ¿cómo podemos descubrir en el poder constituyente de la multitud el proyecto de «otro mundo es posible» —un mundo más allá de la soberanía, más allá de la autoridad, más allá de toda tiranía— dotándolo de un modelo institucional de garantías y de motores de constitucionalidad?”. Cfr. NEGRI, ANTONIO Y HARDT, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, citado, p. 402.

⁶⁸¹ VV.AA. *Imperio, multitud y sociedad abigarrada*, Clacso y Muela del Diablo, La Paz, 2008. El libro cuenta con la participación de Antonio Negri, Michael Hardt Judith Revel, Alvaro García Linera, Raul Prada Giuseppe Cocco y deja constancia del diálogo que los reunió en un seminario celebrado en la Paz.

misma moneda en el desarrollo de la modernidad y en la etapa de transición paradigmática que, conforme a su *postmodernismo de oposición*, estamos atravesamos⁶⁸². Por ello, el Derecho, en trama de subordinación con la ciencia, desempeñaría un rol fundamental en cuanto instrumento de la racionalización de la vida colectiva y también estaría atravesado por la tensión regulación-emancipación y violencia-apropiación, referidas anteriormente.

En el caso del Derecho, el proceso de construcción de la tensión tiene sus raíces en el siglo XII con la expansión del imperio romano y ha pasado por diversas etapas, siendo la última la del “capitalismo desorganizado”, que ha permitido la consolidación del paradigma de la regulación frente al de la emancipación, una de las tesis centrales del pensamiento de Santos⁶⁸³.

Como hemos indicado, en su teoría la reflexión sobre la pluralidad en el poder y el saber tiene un importante correlato jurídico, y tiene base teórica en su análisis crítico al paradigma positivista, principalmente en lo que respecta a la consideración Estado-céntrica de las fuentes del Derecho. Frente a ello reconoce diversas estructuras de relaciones sociales –y de opresiones– que dan lugar a diversas formas de Derecho o pluralismo jurídico. Concretamente, nos referimos a su distinción de diversos modos de producción de conocimiento y de poder, que serían: el espacio doméstico, el espacio de producción, el espacio de mercado, el espacio de comunidad, el espacio de ciudadanía y el espacio

⁶⁸² Transición paradigmática: “las contradicciones internas del paradigma dominante son tan intensas que no pueden ser solucionadas usando los mecanismos de gestión de conflictos y de ajuste estructural desarrollados por el mismo paradigma. “es un proceso largo caracterizado por una suspensión “anormal” de las determinaciones sociales que da origen a nuevos peligros, riesgos e inseguridades, pero que también aumenta las oportunidades para la innovación, la creatividad y la opción moral” Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente*, citado, p. 212. Respecto de la relación con entre derecho y ciencia en el proyecto moderno, SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente*, citado, p. 55 y ss.

⁶⁸³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente*, citado, p. 135 y ss. “lo que la crisis de derecho regulador nos revela, aunque de forma mistificada, es, incluso, desde este punto de vista, importante. Nos revela que el derecho moderno reducido a un derecho estatal científico y puesto al servicio de las exigencias reguladoras del estado constitucional liberal y del capitalismo hegemónico, fue eliminando gradualmente la tensión entre regulación y emancipación”. Cfr. *Crítica de la razón indolente*, citado, p. 185

mundial, cada uno de los cuales genera y es generado por una determinada forma de poder, de epistemología y de Derecho⁶⁸⁴.

Pero, además, en el análisis de su obra resulta obligado nombrar sus investigaciones de campo, que con una metodología socio-jurídica nos permiten conocer buenos ejemplos del método. Pensamos, por ejemplo, en sus estudios sobre la argumentación jurídica y el Derecho en una favela brasileña, las disyuntivas que se pueden detectar entre el Derecho estatal y el Derecho en acción en Mozambique, o las formas de justicia comunitaria e indígena en Colombia, por mencionar sus trabajos emblemáticos en este ámbito⁶⁸⁵.

Santos reflexiona intensamente en torno a los activismos judiciales, considerando que sus antecedentes sociales se encuentran en las transformaciones experimentadas por la acción colectiva y el progresivo ingreso a los ordenamientos jurídicos de contenidos materiales que atrajeron el actuar de los movimientos sociales, paralelamente a la incapacidad del Estado para lograr la efectividad de los compromisos adquiridos en los nuevos textos constitucionales. Esto le permite sostener que los conflictos sociales han asumido una dimensión jurídica como consecuencia de un problema mayor. De tal modo la crisis del poder judicial debe ser analizada desde el punto de vista de la incapacidad del Estado indicada⁶⁸⁶. Es decir, no se trata de problemas operacionales o meramente técnicos jurídicos, más bien se trata de problemas políticos.

⁶⁸⁴ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón indolente*, citado, p. 332 y ss.

⁶⁸⁵ Para los estudios indicados en Brasil y Mozambique véase: SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 131 y ss. Para los casos de Colombia: VV. AA. *Caleidoscopio de las justicias*, citado, especialmente el tomo II, ya que contiene diversos estudios socio-jurídicos sobre justicia indígena y comunitaria.

⁶⁸⁶ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, citado, p. 193 y ss. En este ensayo Santos analiza principalmente: el acceso a la justicia, la administración de justicia como institución política y organización profesional y la litigiosidad social y los mecanismos existentes en la sociedad para su resolución.

Coherente con su epistemología situada, Santos distingue los cambios en la significación socio-política del poder judicial en los países desarrollados y los países periféricos del sistema mundo⁶⁸⁷. En el primer caso, distingue tres etapas: 1) etapa liberal, marcada por la neutralización política del juez; 2) etapa del estado de bienestar, donde se produce una intensificación de la politización de la justicia; y, 3) la etapa *posbenefactor*, en que la crisis del Estado de bienestar da lugar a un Estado deficiente y débil, adecuado para complementar la eficaz regulación de la vida social y económica efectuada por los mercados y el sector privado⁶⁸⁸.

Esta distinción es esencial porque los procesos socio-políticos de los países periféricos y semi-periféricos son demasiado diversos; mientras en éstos se desplegaba los procesos de colonización y de esclavitud, en los países desarrollados se ponía en marcha el modelo liberal. En el corto periodo de surgimiento del Estado de bienestar europeo, en Latinoamérica comenzaba las dictaduras militares. Estos son solo algunos elementos

⁶⁸⁷ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 461.

⁶⁸⁸ Según Santos, la etapa del Estado se extiende todo el S. XIX hasta la primera guerra mundial y está marcada por el predominio de la teoría de la separación de poderes y la indicada neutralización política del poder judicial. En este periodo prima un sistema de legitimidad procesal formal construido sobre la base del principio de legalidad y la proscripción de decisiones contra legem, la aplicación del derecho en base a la teoría de la subsunción y el micro litigio promovido solo a petición de parte. Por otra parte, hay una preeminencia del principio de seguridad jurídica basada en las características de generalidad y abstracción de la ley. La segunda etapa que distingue se enmarca en la etapa del Estado de bienestar y la crisis de la separación de poderes, con preeminencia del poder ejecutivo. La explosión legislativa con contenidos materiales y la incorporación de los derechos sociales conllevó un aumento de la juridicidad de la realidad social y con ello una mayor exposición política de los jueces, con lo que comienzan las tensiones con otros poderes del Estado y los esfuerzos por controlar el trabajo de la jurisdicción principalmente a través del nombramiento de jueces y el control de su presupuesto. Finalmente, la tercera etapa que circunscribe al periodo de crisis del estado de bienestar que comienza a fines de los 60 y principios de los 80 está marcada por la crisis del rol regulador del Estado en la economía, aunque esta situación es discutida – al respecto véase nota al Pie N° 109, 110, 111- y el aumento de la desigualdad, la explosión de la litigiosidad, generándose prácticas de judicialización rutinaria. No es una situación que pueda ser analizada sin matices, pues así como aumentan ciertos ámbitos como por ejemplo los conflictos judiciales medioambientales, también disminuyen otras áreas, por ejemplo los juicios laborales de derecho colectivo debido al proceso de debilitamiento de los sindicatos. Finalmente un rasgo central de esta etapa viene dado por la crisis de representación y su relación con la corrupción, cuestión que también influye en los rasgos de significación socio política del poder judicial porque los jueces de distinto modo han influido en la corrupción del poder político, contribuyendo a su solución o aportando a la intensidad de la crisis, en cualquier caso han estado en el foco de las críticas. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 88 y ss.

históricos especialmente ilustrativos que, como hemos indicado en reiteradas partes de esta investigación, nos compelen a distinguir sin temer a la complejidad y evadir los reduccionismos⁶⁸⁹.

El análisis desde el poder judicial es significativo porque nos permite evaluar socio-jurídicamente el activismo. En países en que los derechos efectivamente eran garantizados por el Estado, como sucedía en la mayoría de los países desarrollados hasta antes de la última década, los casos de judicialización de derechos y de activismos judiciales no eran un fenómeno extendido ya que sencillamente no era necesario. En cambio, el activismo judicial que se produce en países semi periféricos –por ejemplo, Colombia y Argentina– es totalmente diferente y la significación socio política del poder judicial y de la acción colectiva al utilizar el Derecho en su agenda de trabajo también, no solo por la esperanza que ello puede significar en el marco de estrategias de trabajo, sino también por las complejidades asociadas a lo que hemos denominado el *giro institucional del consenso de Washington* que, conforme hemos explicado anteriormente, permitió el fortalecimiento selectivo del Estado en ciertos ámbitos estratégicos que interesaban a las oligarquías para atenuar el caos económico de la crisis asiática.

Recordemos que Santos, al analizar el consenso hegemónico global, advierte que una de sus dimensiones precisamente tiene que ver con el Estado de Derecho y el consenso judicial, cuestión que tiene en los programas de USAID y del Banco Mundial una de las muestras mejor documentadas de cómo el fortalecimiento selectivo de los jueces puede tener finalidades neoliberales y antidemocráticas. Un buen ejemplo para develar el argumento es la manera selectiva con la que el poder judicial ejerce sus funciones asociadas a la represión

⁶⁸⁹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 101 y ss.

criminal; en tanto manifestación de la selectividad y eficacia con la que opera el ejercicio de las funciones jurisdiccionales cuando se trata de ejercer control social represivo⁶⁹⁰.

Pese al caudal de evidencia en su poder, Santos está lejos de considerar que el poder judicial no es un campo de batalla. Para él las innovaciones en la administración de justicia son una necesidad fundamental, por lo que plantea el imperativo de la democratización interna y externa del poder judicial, pero desde el paradigma participativo de democracia que defiende⁶⁹¹. El criterio central que permitiría identificar a un poder judicial que se desenvuelve desde dicho paradigma, radica en que sus decisiones ante casos difíciles permitan que la democracia y la participación, prevalezcan frente al capitalismo.

De tal modo, los tribunales no solo deben ser funcionales a la previsibilidad de las transacciones económicas, la seguridad jurídica y la paz social necesaria para la economía en

⁶⁹⁰ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 471-478. Véase capítulo I. p. 52 y ss. “El nivel de desarrollo económico y social condiciona la naturaleza del conflicto social e interindividual, la propensión a litigar, el tipo de litigio, y por lo tanto el desempeño de los jueces como expresión de un patrón de consumo de la justicia, entendido este como oferta efectiva de tutela judicial ante la demanda efectiva. Estando condicionado por el nivel de desarrollo, el patrón de consumo de la justicia actúa a su vez sobre él potenciándolo o limitándolo. Añádase que el aumento del desarrollo económico no implica necesariamente el aumento del litigio en general, sino que puede implicar un aumento en ciertas áreas o tipos de litigio, lo cual entraña una disminución en otras. Por esta triple interacción, el análisis de las relaciones entre el desempeño de los jueces y el nivel de desarrollo socioeconómico es central en toda la sociología judicial”. Cfr. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 115. El nivel de desarrollo económico no determina en forma unívoca y lineal el tipo y nivel de litigio, los diversos estudios socio jurídicos al respecto demuestran evidencia ampliamente disímil.

⁶⁹¹ “La democratización del poder judicial es una dimensión fundamental de la democratización de la vida social, económica y política. Esta democratización tiene dos vertientes. La primera se refiere a la constitución interna del proceso e incluye una serie de orientaciones tales como un mayor compromiso y participación de los ciudadanos en la administración de la justicia, individualmente o en grupos organizados; la simplificación de los actos procesales y el incentivo para la conciliación entre partes; el aumento de los poderes del juez; la ampliación de los conceptos de legitimidad de las partes y del interés para actuar. La segunda vertiente se refiere a la democratización del acceso a la justicia. Es necesario crear un Servicio Nacional de Justicia, un sistema de servicios jurídicos sociales, gerenciado por el Estado y por las autarquías locales con la colaboración de las organizaciones profesionales y sociales, que garantice la igualdad de acceso a la justicia de las partes de las diferentes clases o estratos sociales. Este servicio no se debe limitar a eliminar los obstáculos económicos para el uso de la justicia por parte de los grupos sociales de pocos recursos. También debe intentar eliminar los obstáculos sociales y culturales, dando claridad a los ciudadanos sobre sus derechos, sobre todo los recién adquiridos, a través de consultas individuales y colectivas y a través de acciones educativas por los medios de comunicación, en los lugares de trabajo, en las escuelas, etc.” SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, citado, p. 214.

un contexto de capitalismo desregulado. Para que ello suceda se deben superar varios niveles de problemas y riesgos de trivialización y esencialización del activismo, para pasar a considerar su potencial democrático: “los tribunales pueden hacer a este respecto una contribución democrática solo si establecen la conexión entre disputas individuales y los conflictos estructurales subyacentes a ellas, en lugar de trivializarlas. Esto implicaría una reforma posliberal de amplio alcance en el derecho sustantivo y procedimental y en la organización judicial: acciones de clase y populares, énfasis en los derechos colectivos, sistemas judiciales con más iniciativa y más control democrático, mayor participación por parte de los ciudadanos, ONG, etc. Y nada de ello sería posible sin una reforma a la educación jurídica⁶⁹²”. Como podemos advertir, el pensamiento de Santos en este ámbito es un excelente refugio para muchas de las reflexiones y análisis que hemos venido desarrollando a lo largo de nuestro trabajo.

Es fundamental comprender que el pensamiento de Santos no conlleva un optimismo ingenuo, pues su defensa de la democracia participativa y del trabajo desde y con el poder judicial, en el marco de su propuesta por realizar un uso contra-hegemónico del Derecho, comprendiendo por tal a una apropiación creativa por parte de las clases populares para sí de esos instrumentos a fin de hacer avanzar sus agendas políticas más allá del marco político económico del Estado capitalista. En este sentido, también se enmarcan sus reflexiones sobre los movimientos sociales y un nuevo constitucionalismo desde abajo, cuyo potencial

⁶⁹² SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho, citado, p. 498.

contra- hegemónico precisa de movimientos sociales operando desde dentro y desde fuera de las instituciones⁶⁹³.

4. Breve excursio interrogativo: ¿Y la Separación de poderes?

En este apartado realizamos un breve excursio para preguntarnos por uno de los temas que suelen ser abordados para criticar a los activismos judiciales: la separación de poderes. Carecemos de los tiempos necesarios para tratar el tema en profundidad, pero nos ha parecido que, antes de pasar al acápite final, podemos señalar algunos contrapuntos que nos resultan esenciales para problematizar los lugares comunes desde los que se suelen enarbolar las críticas sustentadas en este principio tan relevante del constitucionalismo.

Dicho en forma muy apretada, la separación de poderes comprende la división del poder del Estado, para limitarlo a través del establecimiento de tres funciones diversas: legislativa, ejecutiva y judicial. El impulso político y teórico para cuestionar la concentración del poder, asociando dicha situación con la tiranía, se remonta al esfuerzo por superar el Estado absoluto monárquico⁶⁹⁴. La división de poderes desempeñó un rol tan importante en el surgimiento del Estado moderno occidental que suele ser indicada como el elemento clave del constitucionalismo, tal como se evidencia en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789: “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece

⁶⁹³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 59. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, citado, p. 501-502.

⁶⁹⁴ Sobre los orígenes del principio de separación de poderes, se plantea en Inglaterra, en el siglo XVII, con la obra de John Locke y su *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*, de 1690, ya que plantea la división trinitaria: legislativo, ejecutivo que resulta ser judicial, federativo o de política exterior mediante tratados, o mediante la guerra. Y es en Estados Unidos, en 1776, cuando se produce la primera formulación operativa de la separación de poderes. Al respecto, véase, CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes*, citado, p. 40 y ss. La teoría ha sido especialmente difundida a partir de la obra de Montesquieu. Al respecto es esencial la lectura del capítulo 6, ley N°11 de: MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, *Del Espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Alianza, Madrid, 2003, libro XI, p 206 y ss.

de Constitución”⁶⁹⁵. Así las cosas, cuestionar la separación de poderes en parte conlleva una crítica al constitucionalismo, y por ende a lo que, según diversos autores, sería una importante *precondición de la democracia*; aquella necesaria atadura para impedir que sucumbamos al canto de las sirenas, y tanto en cuanto se ha dicho para explicar y justificar su relación con la protección de los derechos⁶⁹⁶.

En este orden de ideas, queremos plantear dos contrapuntos históricos que consideramos que son importantes para pensar en este principio de nuestra organización social, pues los poderes, al igual que los derechos, no son realidades dadas, sino construcciones sociales que tienen un contexto histórico valioso de conocer y considerar a efectos de su análisis actual. En primer lugar nos referiremos al surgimiento de la teoría en la Francia revolucionaria y, en segundo lugar, a su relación con los orígenes del colonialismo.

El contexto histórico y geopolítico de surgimiento del principio de separación de poderes nos conduce a los orígenes de la modernidad. Nos interesa, en particular, detenernos en la nobleza, la clase social que detentaba el poder político y económico y que obstaculizó la inclusión y participación en el poder de todas las personas que no fueran hombres, propietarios, católicos, europeos y blancos. El poder de esta clase social en el específico ámbito del poder judicial se manifestó en que ella se reservó su propio juicio. A través de un

⁶⁹⁵ FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, citado, p. 141. Como hemos indicado, esta idea de la constitución se suele denominar prescriptivista y se caracteriza por plantear que la constitución es un límite al poder. Nos hemos referido a esta dimensión anteriormente para relacionarla con la consolidación de las escuelas formales del derecho. Para un abordaje intensivo de la teoría de la separación de poderes, véase, VILE, MAURICE, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁶⁹⁶ Nos referimos a la famosa analogía realizada por Elster entre el constitucionalismo y el episodio de la Odisea en que Ulises pide ser atado al mástil del barco para no ser seducido por el canto de las sirenas. En modo semejante, el constitucionalismo sería una autolimitación que una sociedad se inflige al emitir una constitución para evitar perder el rumbo. HOLMES, STEPHEN, “El precompromiso y la paradoja de la democrática”, en *Constitucionalismo y democracia*, editado por Jon Elster y Rune Slagstad, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 217.

razonamiento como aquel de que “los nobles deben ser juzgados por los nobles, la envidia del pueblo impide que sean juzgados por tribunales ordinarios”, Montesquieu hizo eco de la idea que exponemos y que dejaba en claro que los alcances de la limitación del poder que produciría la teoría de la división de poderes no afectarían de todos modos al poder político y económico de la clase más alta de la sociedad estamental, dejando en claro además el enorme grado de influencia de esta clase social determinante en la construcción de la nueva institucionalidad⁶⁹⁷.

En definitiva, la reflexión precedente da cuenta de que la estructura social profundamente elitista de la época, tuvo siempre presente el criterio de que las nuevas concepciones del poder se fueran desarrollando sin afectar en modo alguno los privilegios sociales de la nobleza, cuestión bien advertida por Arriamada: “el constitucionalismo desarrolló un sistema institucional y una idea de División de poderes claramente elitistas, con gran desconfianza al debate público, a la participación ciudadana y a las decisiones mayoritarias⁶⁹⁸”.

Por otra parte, es interesante comprender por qué el poder judicial se ubicó en el último lugar de la separación trinitaria. La explicación que suele encontrarse sobre este

⁶⁹⁷ “El pueblo no debe entrar en el gobierno más que para elegir a sus representantes, que es lo que está a su alcance. Pues si hay pocos que conozcan el grado exacto de la capacidad humana, cada cual es capaz, sin embargo, de saber, en general, si su elegido es más competente que los demás”. Cfr. MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, *Del Espíritu de las leyes*, citado, p. 210. También una de las primeras excepciones a que el poder legislativo ejerza funciones judiciales: “los grandes están siempre expuestos a la envidia, y si fueran juzgados por el pueblo, podrían correr peligro, y además no serían juzgados por sus iguales, privilegio que tiene hasta el menor de los ciudadanos de un Estado libre. Así, pues, los nobles deben ser citados ante la parte del cuerpo legislativo compuesta por nobles, y no ante tribunales ordinarios de la nación”. Cfr. MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, *Del Espíritu de las leyes*, citado, p. 214.

⁶⁹⁸ ARRIAMADA, LUCAS, “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, compilado por Roberto Gargarella, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 59. Para un análisis de dicho elitismo en la obra de Montesquieu véase, ALTHUSSER, LOUIS, *Montesquieu: la política y la historia*, traducción de María Benítez, Ariel, Madrid, 1979. En este mismo sentido, pero referido a la obra de John Locke, véase: CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes*, citado p. 40 y ss. Para Estados Unidos, recordemos el caso de Madison, sobre ello: GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, citado, p. 67 y ss.

punto es que ello sería una consecuencia de que tanto la ideología, como las funciones de las agencias judiciales feudales eran desempeñadas de forma totalmente servil a los intereses del monarca, cuestión que situó a los jueces en abierta oposición a los intereses de los revolucionarios franceses. Esta situación de que los jueces trabajaran en total fidelidad a la corona se configuró como consecuencia de que el monarca les entregara las labores asociadas a la imposición de castigos, penas y el cobro de tributos. En cambio, el monarca conservó las funciones cuyo ejercicio promovería el afecto de sus súbditos y con ello la consolidación de su poder, por ejemplo: la entrega de recompensas y de premios⁶⁹⁹.

Con estos antecedentes históricos, podemos comprender que el poder judicial bosquejado como la *boca muda de la ley* no solo se debió a una asignación de funciones judiciales coherentes con el principio de soberanía popular, sino que también porque existía un abierto interés en eliminar los vestigios del poder feudal. En otras palabras, había un fundamento de principios, pero también uno pragmático e instrumental.

Como resulta obvio, la separación de poderes históricamente ha tenido otras funciones y otras re-significaciones teóricas y prácticas. A esto apela Arriamada en la siguiente reflexión: “la máxima «divide y vencerás» fue empleada tradicionalmente por los amos de la humanidad para mantener el yugo sobre sus súbditos. Los constitucionalistas democráticos

⁶⁹⁹ STEPHEN HOLMES, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, citado, p. 19 y 20. Es más, en la reflexión filosófica política de Bodin y Montesquieu ya estaba esta lógica: “Las primeras justificaciones de la separación de poderes subrayan su función de incrementar el poder. Bodin arguyó explícitamente que una judicatura independiente aumentaría la capacidad para gobernar del rey. Hay que castigar a los malhechores, pero si el rey aplica personalmente los castigos, creará resentimientos que a su vez debilitarán su autoridad. Por ello, un soberano sabio se reservará la distribución de recompensas, en tanto que delegará en magistrados independientes la labor de emitir condenaciones e imponer multas: «Al hacer lo cual, quienes reciban los beneficios tendrán buena causa para amar, respetar y reverenciar a su benefactor, el príncipe; y quienes sean condenados, no tendrán ocasión ninguna de aborrecerlo, sino que descargarán su cólera contra los magistrados y los jueces». La separación de poderes, de acuerdo con este análisis, ejerce importantes funciones, como la de desviar resentimientos y evitar responsabilidades. Montesquieu adoptó y refinó este argumento: un rey que decline el poder de castigar delitos aumentará en realidad su poder general, porque esta disposición impedirá que las partes interesadas apliquen una presión extorsionante sobre la Corona” Cfr. HOLMES, STEPHEN, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, citado, p. 21.

usurparon este antiguo principio y lo emplearon en sentido contrario, como una estrategia por la cual los gobernados podían imponer su voluntad a sus potenciales gobernantes. En lugar de debilitar al gobierno, la separación de poderes ayuda a asegurar las condiciones de un gobierno popular⁷⁰⁰”. Si bien, los constitucionalistas democráticos recurren al principio de separar los poderes del Estado para fundamentar el ideal del autogobierno, cuestión del todo valiosa y parte del horizonte del mejor liberalismo y de un proyecto democrático, también es cierto que su relación con el positivismo legal del siglo XIX, –el principio de legalidad, el principio de independencia judicial y el de apoliticismo judicial– ha contribuido a una idea de la neutralidad política de la labor judicial y a su separación de la sociedad, que colaboran con una tendencia institucional conservadora que refuerza las jerarquías sociales del statu quo, y la pasividad de los jueces⁷⁰¹.

Es decir, la separación de poderes admite ser defendida en relación con el principio democrático, pero también desde la premisa de que el Derecho y la política son ámbitos distintos y que el juez no está implicado políticamente. Este último punto se puede superponer de tal modo que la separación de poderes termine por ser tergiversada desde el dogma de que el poder judicial no puede decidir en contra de otros poderes del Estado, que no puede innovar para lograr la eficacia de sus decisiones, que su labor no tiene contenido ideológico y mucho menos político y, a fin de cuentas, en forma contraria al ideal del autogobierno.

⁷⁰⁰ STEPHEN HOLMES, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, citado, p. 23.

⁷⁰¹ Precisamente esta es la tesis de Lisa Hilbink, en una investigación sobre el sistema judicial chileno. La autora despliega un esfuerzo por tratar de comprender el comportamiento de los jueces, considerando factores institucionales, ideológicos, sus posiciones políticas personales... En el marco de los factores ideológicos, destaca cómo el apoliticismo opera como una idea que determina no solo una ideología, sin que también una estructura institucional que determina el actuar de los jueces, es decir influiría tanto en cómo los jueces conciben su labor y en normas de comportamiento institucional. Con todo ello busca explicar cómo es que el aparataje judicial fomenta el comportamiento ilegítimo, selectivo y autoritario de los jueces. CFR. HILBINK, LISA, *Judges Beyond Politics in Dictatorship and Democracy. Lessons from Chile*, Cambridge University Press, New York, 2007. Su reciente traducción al castellano, *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile*, traducción de Felipe Millán, Flacso, México, 2015.

El segundo contrapunto histórico al que queremos hacer referencia es que la misma separación de poderes que habría permitido avanzar contra la tiranía de la monarquía absoluta ha estado, a su vez, estrechamente asociada al colonialismo, a la esclavitud y a la generación de diseños institucionales patriarcales. En este orden de ideas, el trabajo del profesor Bartolomé Clavero es revelador, su obra *El Orden de los Poderes* desarrolla un recorrido histórico y filosófico que evidencia la indicada concurrencia histórica entre el colonialismo y constitucionalismo⁷⁰². En efecto, nuevamente nos encontramos con que los poderes presentados desde la lógica abstracta y formal, en la práctica admiten su convivencia con diversas opresiones que subterráneamente subvierten la promesa ilustrada: “un poder ejecutivo podrá ser dinástico como, abierta la posibilidad, un poder legislativo o parte del mismo cabrá que sea de base no electoral y un poder judicial también podrá ser sin mayor dificultad completamente letrado o clerical, quiero decir profesional. La abstracción del lenguaje de los poderes como fórmula constitucional favorecerá todo tipo de planteamientos constituyentes, incluso los que reproduzcan un organigrama tradicional de monarquía e instituciones de status con la ventaja ahora, para el ejercicio expedito de poderes, de haber, si no entonces una cancelación, alguna reducción apreciable de los principios y prácticas de carácter jurisdiccional y corporativo⁷⁰³”.

Con esta tesis Clavero advierte reflexiones fundamentales para el ejercicio de los derechos, para analizar los diseños institucionales y para pensar la separación de poderes con sus virtudes, pero también en su relación con estructuras de opresión. En este mismo

⁷⁰² “La fase de implantación del constitucional por agentes de cultura europea ya en la misma Europa, ya por otras latitudes, es la misma época de que se presencia el desenvolvimiento mayor del colonialismo por todos los continentes y archipiélagos del planeta o poco menos. Hay están para atestiguarlo unos pueblos descolonizados y también los que no han tenido la posibilidad, los que hoy se llaman indígenas. ¿Cómo es que pudo producirse la convivencia entre constitucionalismo y colonialismo?”. Cfr. CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes*, citado, p. 123.

⁷⁰³ CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes*, citado, p. 122.

sentido, Santos advierte que los instrumentos hegemónicos, como la separación de poderes, serían instituciones desarrolladas en el siglo XVIII por la teoría política como parte de la construcción de la legitimidad del Estado moderno en sociedades capitalistas. En este sentido serían creados para garantizar la reproducción ampliada de las sociedades capitalistas de clases, y han llegado a ser creíbles como garantes del bien común incluso por los excluidos⁷⁰⁴.

El problema puede estar en otorgar a los poderes un carácter tan abstracto que permita que no los pensemos en su relación con otros poderes que compiten por determinar los sentidos y/o contribuyen a que determinadas lecturas se posicionen como hegemónicas, ni les pensemos tampoco con su historia, ni con sus implicaciones en la vida de los seres humanos reales. Cuestión que, como nos ha advertido Brown, es parte de una estrategia mayor propia del discurso moderno y del constitucionalismo liberal: una artimaña del poder que consiste en fundamentar como genérico lo que en realidad privilegia al dominante⁷⁰⁵.

Finalmente, la reflexión crítica respecto de la separación de poderes se plantea ante todo porque, como hemos aprendido con Gargarella y su tesis de la *sala de máquinas de la constitución*, la preocupación por la parte orgánica de la constitución es esencial para poder construir la eficacia de los derechos, por lo que pensar la separación de poderes desde los argumentos que venimos desarrollando en torno a la participación y el diálogo democrático es relevante⁷⁰⁶. En esta línea, pero ahora con Clavero, nos parece importante una advertencia en sintonía con la tesis indicada: “el abordaje de los derechos suele derivar hacia el espacio inhumano de las filosofías intemporales mientras que el tratamiento de los poderes puede

⁷⁰⁴ CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes*, citado, p. 296; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el Estado en América Latina*, citado, p. 58. (esto arriba)

⁷⁰⁵ BROWN, WENDY, “Lo que se pierde con los derechos”, en *La crítica de los derechos*, citado, p. 137.

⁷⁰⁶ Hemos explicado esta tesis en el capítulo I, p. 129.

traernos al terreno humano de las contingencias constitucionales”⁷⁰⁷. Finalmente, en este orden de ideas, es pertinente recordar a Lassalle y lo que se ha venido en identificar como tesis sociológica de la constitución: “los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derechos, sino de poder”⁷⁰⁸.

Estas reflexiones nos permiten concluir que necesitamos concentrar esfuerzos en pensar el constitucionalismo y la separación de poderes de modo que ésta se sustente en diseños institucionales resistentes a la influencia de los poderes privados nacionales y transnacionales. Para ello, entre otras cosas, necesitamos una concepción del Derecho que se comprometa, sin mezquindades, con las concepciones de justicia que las sociedades decidan, deslindándola del ideal de neutralidad política del poder judicial. Por otra parte, necesitamos reconocer que los jueces son seres humanos con historia, emociones, posiciones políticas, sociales, género, raza, que plantean el desafío de abandonar la neutralidad ya no solo para establecer el compromiso del juez con los imperativos de justicia socialmente decididos, sino también para construir alternativas para el ejercicio de sus funciones sobre la base del reconocimientos de la heterogeneidad y pluralismo.

Para terminar esta brevísima aproximación al principio de separación de poderes, concluimos valorando su comprensión sin depurarlo de sus contextos históricos de surgimiento, ni desatendiendo las funciones concretas que ha desempeñado en nuestras sociedades. De tal modo, se amplía la perspectiva de análisis y los argumentos destinados a impedir su efectividad como comodín para denostar decisiones judiciales progresistas e innovadoras.

⁷⁰⁷ CLAVERO, BARTOLOMÉ, *El orden de los poderes*, citado, p. 263.

⁷⁰⁸ LASSALLE, FERDINAND, *¿Qué es una constitución?*, citado, p. 92, 119.

IV. ¿PUEDE SER EL ACTIVISMO DIALÓGICO UNA MANIFESTACIÓN *CONTRA* *HEGEMÓNICA DEL USO DEL DERECHO?*

Para finalizar la investigación expondremos algunas formas de abordar el análisis de los activismos judiciales dialógicos preguntándonos por sus posibilidades de incidir en el cambio social. Más precisamente, nos preguntamos por cuáles son las respuestas que pueden interesar a los movimientos sociales. Estamos ante una pregunta compleja y algunas precisiones analíticas aportaran claridad para distinguir las posibilidades de respuesta, para avanzar en esta dirección: 1) primero nos referiremos a qué entendemos por movimientos sociales. Pues, como hemos indicado en el primer capítulo, en el impulso dialógico de estos activismos han desempeñado un rol central al intentar diversas acciones jurídicas para avanzar en sus demandas, cuestión que genera una serie de paradojas que no se visibilizan sin antes asumir ciertas concepciones sobre qué son los movimientos sociales. 2) En segundo lugar, nos referiremos a qué podemos entender por cambio social. 3) En tercer lugar, a las relaciones que puede haber entre cambio social y Derecho.

La reflexión sobre los movimientos sociales ha cambiado bastante en las últimas décadas. En una primera etapa, se identificaban como una acción colectiva patológica, desviada, pasional e irracional, en la estela de las teorías elitistas de la democracia⁷⁰⁹. Uno de los giros epistemológicos más importantes vino con las *teorías identitarias*, que no solo pusieron al movimiento social como principal objeto de estudio de la sociología, sino que también situaron al sujeto y su capacidad creativa para inventarse y construir su propia historia, con lo cual marcaron distancia frente a los determinismos de sistemas y

⁷⁰⁹ SALAZAR, GABRIEL, *Historia de los movimientos sociales en Chile. Trayectoria histórica y proyección política*, citado, 2013, p. 410. La obra clásica de este tipo de aproximación es: NEIL SMELER, *Teoría del comportamiento colectivo*, Fondo de Cultura Económico, México, 1995.

estructuras⁷¹⁰. Por otra parte, en Estados Unidos, han sido bastante desarrolladas diversas teorías racionalistas que explican la formación o surgimiento e intensidad de la acción colectiva, entre ellas se ubican las teorías de la *movilización de recursos* que sostienen una explicación de las causas de la acción colectiva a partir de la capacidad para movilizar recursos y ganar representación política. En este ámbito, también encontramos la teoría de la *estructura de oportunidades políticas* que centra el análisis en las condiciones políticas e institucionales en las que operan los movimientos sociales⁷¹¹.

Contemporáneamente es bastante extendida la tesis sobre el tenor radical de las demandas de los movimientos y su lugar en la vanguardia de las transformaciones sociales. En este sentido, Sydney Tarrow considera que solo son movimientos sociales los que despliegan una *acción política rebelde*: “no todas las agitaciones sociales son acreedoras del término movimiento social, que yo reservo para los procesos de política rebelde que se sustentan en subyacentes redes sociales y en resonantes marcos de acción colectiva, que desarrollan la capacidad de mantener desafíos constantes contra sus poderosos oponentes. Pero de todas formas parte del ancho universo de la política rebelde, que puede emerger, por un lado, desde el interior de institucionalidad y pueda expandirse, por otro, como una revolución⁷¹²”. En este último aspecto, se diferencia de Russel Dalton y Manfred Kuechler, pues para ellos el movimiento social sería “un sector significativo de la población que desarrolla y define intereses incompatibles con el orden político y social existente y que los prosigue por vías no institucionalizadas, invocando el uso de la fuerza física o de la

⁷¹⁰ Estas teorías identitarias son consideradas como el gran aporte de Europa al estudio de los movimientos sociales y su principal referencia bibliográfica es TOURAINE, ALAIN, *Crítica de la modernidad*, traducción de Mauro Armijo, Temas de hoy, Madrid, 1993, p. 299 y ss.

⁷¹¹ ARCHILA NEIRA, MAURICIO, *Idas y venidas, vueltas y revueltas*, CINEP-ICANH, Bogotá, 2005, p. 48 y ss. DELLA PORTA, DONATELLA, DIANI, MARIO, *Los movimientos sociales*, citado, p. 38 y ss.

⁷¹² TARROW, SYDNEY, *Power in movement: Social Movements and Contentious Politics*, Cambridge, U.K., 1998, p. 3. Citado por SALAZAR, GABRIEL, *Los movimientos sociales en Chile. Trayectoria histórica y proyección política*, citado, p. 426.

coerción⁷¹³”. Es decir, acá también encontramos el componente de radicalidad o ruptura respecto del orden existente, pero a diferencia de Tarrow, descartando su inicio por vías institucionales.

Gabriel Salazar indica que los factores definatorios del movimiento social contemporáneo son: su radicalidad entendida como una oposición a las estructuras fundamentales de dominación, como lo son la jerarquización racial, el sistema sexo/género y las diversas formas de colonialidad y la acción por vías no institucionales⁷¹⁴. Por su parte, el trabajo de Della Porta y Diani, sostiene que la peculiaridad analítica del movimiento social se encuentra en una acción colectiva que se involucra en relaciones conflictivas con oponentes claramente identificado, se vincula en densas redes de informante y comparten una identidad colectiva diferenciada⁷¹⁵. En este mismo ámbito, encontramos el trabajo de Juliana Flórez, quien pone el acento en la relación entre ellos y la transformación social emancipadora, porque busca enfatizar que no basta un ímpetu por cambiar las relaciones de poder hegemónicas, el que incluso podría traducirse en un afán por afianzarlas, como sucedió con el fascismo europeo o el neonazismo actual, que para ella no son movimientos sociales. La autora se posiciona a favor de un enfoque restrictivo que otorgue la categoría de movimiento social solo a “aquellas acciones colectivas que buscan una transformación emancipadora, es decir, que luchan utópicamente contras las opresiones y a favor de la reciprocidad. Por supuesto que en esta restricción conceptual hay un sesgo romántico y prescriptivo, pero, según indica, tal sesgo es justamente el que impide desprender el

⁷¹³ DALTON, RUSSEL Y KUECHLER, *Challenging the Political Order: New Social and Political Movements in Western Democracies*, Polity Press, Oxford. 1990. Citado en: DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, traducción de Mauricio García Villegas, Siglo del Hombre, Bogotá, p. 313.

⁷¹⁴ SALAZAR, GABRIEL, *Los movimientos sociales*, citado, p. 429.

⁷¹⁵ DELLA PORTA, DONATELLA, DIANI, MARIO, *Los movimientos sociales*, traducción de Eduardo Romanos, CIS, Madrid, 2015, p. 43 y ss.

concepto de movimientos sociales del contexto moderno en el que emergió⁷¹⁶. Como hemos visto, ello no conduce necesariamente a una idealización del movimiento social, pues ella dirige su investigación al estudio de los disensos y conflictos al interior de ellos, en el entendido de son lugares donde se recrean relaciones de poder y que por ello identifica como héroes y antihéroes de la acción colectiva.

En esta órbita es relevante considerar la distinción entre nuevos y antiguos movimientos sociales. Estos últimos suelen identificarse con las luchas de los trabajadores en contra de las vulneraciones producidas en ámbito laboral, como consecuencia del modo de producción capitalista, en el periodo de la revolución industrial. Desde el punto de vista de la subjetividad, la identidad del movimiento social clásico se comprende exclusivamente por el lugar que la persona ocupa en la cadena de producción.

En cambio, los nuevos movimientos sociales surgen en la década de los setentas y serían expresión de una ampliación de demandas, subjetividades y formas de acción colectiva que abarcan “no solo el modo como se trabaja y produce, sino también el modo como se descansa y vive; la pobreza y las asimetrías de las relaciones sociales son la otra fase de la alienación y del desequilibrio interior de los individuos; y finalmente, esas formas de opresión no alcanzan específicamente a una clase social y sí a grupos sociales transclasisistas o incluso a la sociedad en su todo⁷¹⁷”. Se trata de grupos sociales, a veces mayores, a veces menores que las clases, con contornos más o menos definidos en función de intereses colectivos e identidades, a veces muy localizados, pero potencialmente

⁷¹⁶ FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, citado, p.267.

⁷¹⁷ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, citado, p. 317.

universalizables. En esta línea precisamente se encuentra la tesis del *esencialismo de clases*, que es uno de los rasgos importantes del trabajo de Mouffe y Laclau⁷¹⁸.

Un aspecto especialmente conflictivo, y con relevantes repercusiones analíticas, se relaciona con las vías de acción no institucionalizadas, un cuestionamientos constantes –en que no existen solo blanco y negro– y que también permite distinguir entre nuevos y viejos movimientos sociales, pues la posibilidad de ser partido políticos y acceder al Estado, de conquistarlo, fue parte del horizonte de un sector importante del movimiento obrero⁷¹⁹. En cambio, en los nuevos movimientos sociales, el relato de la autonomía frente al Estado es extendido y conlleva muchas discusiones que pormenorizadas manifiestan: una valorización de las formas de organización comunitarias autónomas del Estado, de la solidaridad, y que recurriendo a nociones como bienes comunes, buen vivir y nuevas éticas del cuidado, despliegan un discurso que enfrenta al Estado, con su actual fisonomía neoliberal, patriarcal y extractivista. Analíticamente hablando, este sería un rasgo que, según algunos de los autores citados, diferenciaría al movimiento social de otras formas de participación política como el partido político y la que proveen las vías estatales propiamente tal. Ya nos hemos referido a este problema a propósito de las discusiones de Mouffe, Hardt y Negri, las posiciones del grupo Comuna, también es el debate que potenciaron los zapatistas y, por tanto, una reflexión esencial de la política progresista contemporánea. Que ahora nos interesa, en cuanto para la teoría de los movimientos representa inconvenientes: “hay una

⁷¹⁸ DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, citado, p. 315-319. Han sido de gran influencia en este análisis los trabajos de Mouffe y Laclau, especialmente la primera parte de: LACLAU, ERNESTO, MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, citado, p. 155 y ss.

⁷¹⁹ “La concepción tradicional moderna de la insurrección, por ejemplo, definida fundamentalmente en los numerosos episodios que van desde la Comuna de París hasta la Revolución de Octubre, se caracteriza por un movimiento que iba de la actividad insurreccional de las masas a la creación de vanguardias políticas, de la guerra civil a la construcción de un gobierno revolucionario, de la construcción de organizaciones de contrapoder a la conquista del poder del Estado y de la apertura de un proceso constituyente al establecimiento de la distadura del proletariado”. Cfr. NEGRI, ANTONIO, HARDT, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, citado, p. 96.

incapacidad para comprender fenómenos actuales como los nuevos movimientos sociales, que no aspiran a ser ni partido político ni sindicato, ambas categorías centrales de la reflexión en torno a los movimientos sociales que se desarrolló en el norte. Los movimientos indígenas, de mujeres campesinas, de estudiantes, no aspiran a la institucionalidad y esta cuestión es difícil de comprender desde la teoría europea⁷²⁰. Tan difícil de comprender ha sido este aspecto, que ha originado diversas innovaciones semánticas, para evitar nombrarlos como movimientos sociales propiamente tales; Mouffe y Laclau los denominan movimientos populares, Touraine como movimientos socio-históricos o populares⁷²¹.

Las precisiones señaladas anteriormente nos permiten ver la paradoja que se presenta entre la radicalidad como rasgo constitutivo del movimiento social y el uso de Derecho que ellos pueden realizar. Es decir, habría una ambivalencia o relación no pacífica entre la apuesta no institucional y el uso del Derecho para lograr los cambios sociales que se proponen.

En este orden de ideas, ahora nos preguntamos qué entender por cambio social, una pregunta fundamental y paso obligado para desarrollar respuestas ante la pregunta por las posibilidades emancipadoras del Derecho. Sucede que, en no pocas ocasiones, queda la impresión de que las respuestas ante este tipo de preguntas se sostienen en un marco dicotómico de todo o nada. Ello sucede frecuentemente, por ejemplo, cuando se responde desde posiciones marxistas con un no rotundo; el Derecho no puede emancipar. En cambio, con un rotundo sí tratándose de posiciones ilustradas; el Derecho sí puede emancipar. Evidentemente, esta es una simplificación preliminar.

⁷²⁰ SANTOS, BOAVENTURA, *Refundar el estado en América latina*, citado, p. 19 y ss.

⁷²¹ FLÓREZ, FLÓREZ, JULIANA, *Lecturas emergentes. Volumen I. El giro decolonial en los movimientos sociales*, citado, p. 62 y ss.

Por otra parte, ¿qué es el cambio social? y ¿cómo se produce? las respuestas son múltiples, porque todos los grandes relatos filosóficos de alguna forma tienen una propuesta de cambio social –materialismo histórico, revolución, social democracia, reforma, buen vivir, neoliberalismo y un largo etcétera– y la sociología no ha dejado de aportar las más diversas explicaciones sobre cómo se produce en las sociedades.

Al respecto, Santos distingue entre cambio social normal y complejo. El modelo de cambio social normal sería el hegemónico y se basa en los siguientes presupuestos: 1) se corresponde con la lógica política transnacional del sistema paraestatal; 2) los mecanismos nacionales de mandatos creados y aplicados por el Estado están disponibles y son eficaces en todo el territorio nacional, cuyas fronteras son también garantizadas por el Estado; 3) las capacidades financieras del Estado para ejecutar todas sus estrategias depende, por encima de todo, de la sustentabilidad del crecimiento económico y, consiguientemente, del éxito de las estrategias de acumulación; 4) las aspiraciones humanas y el bienestar de la población pueden ser concretados por bienes y servicios producidos en grandes cantidades, concebidos como mercancías, incluso sin entrar en los circuitos normales del mercado; 5) los riesgos y peligros, cuya gestión constituye el objeto de las estrategias de confianza, ocurren raramente y, sobre todo, en pequeña o mediana escala⁷²².

Este modelo se caracteriza por rechazar la revolución como camino para lograr el cambio social, por lo que se enfrenta a la tradición socialista y la marxista, también rechaza las diversas propuestas de cambio social formuladas desde el feminismo y por comunidades que viven o aspiran a vivir por fuera de las lógicas del mercado. Todo esto se cuestiona en forma radical en el periodo de *transición paradigmática*, que, como hemos indicado, se

⁷²² SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Crítica de la razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, citado, p. 206 y ss.

caracteriza por la derrota de los relatos modernos para solucionar los problemas actuales. Cuestión que, en otras palabras, conlleva que la tensión moderna entre regulación y emancipación se encuentre profundamente desdibujada, como consecuencia del progresivo proceso desaparición de los últimos vestigios de emancipación, que repercute en la insostenibilidad de la regulación.

Santos, ante este preocupante análisis, plantea la necesidad de adoptar otro paradigma de transformación social, y propone su *concepción del cambio social complejo*, que se aparta de los grandes relatos, no para desecharlos propiamente, sino que para interrelacionarlos: “no existe un principio único de transformación social; incluso aquellos que continúan creyendo en un futuro socialista lo conciben como un futuro posible que compite con otras alternativas futuras. Asimismo, no existen agentes históricos ni tampoco una forma única de dominación. Los rostros de la dominación y de la opresión son múltiples, y de muchos de ellos, como por ejemplo la dominación patriarcal, han sido irresponsablemente pasados por alto por la teoría crítica moderna. Si los rostros de la dominación son múltiples, también deben ser diversas las formas y los agentes de resistencia a ellos⁷²³”. La propuesta de Santos pasa por la traducción intercultural y la ecología de saberes, las dos piezas claves de la epistemología del sur que identifica su obra y que como hemos explicado acápite anteriores, permite construir una visión del cambio social que se extienda a las dimensiones epistémicas de las injusticias.

Con estos elementos adicionales, retomamos la paradoja que nos advierte la conflictiva relación entre movimiento social y Derecho, dada la ambivalencia presente entre la apuesta no institucional de los movimientos y el uso del Derecho, pero además teniendo

⁷²³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta/Ilsa, Madrid, 2011, p. 41,

en vista una noción de cambio social complejo, a continuación buscamos exponer algunos de los abodajes teóricos para comprender la relación entre Derecho y cambio social. Pensamos que con todos estos elementos a la vista podemos exponer una respuesta posible a la pregunta que nos orienta desde un marco de complejidad mínimo.

El marxismo es una de las perspectivas insoslayables para pensar en este tema, tal como lo habíamos advertido anteriormente. En principio, se puede indicar que las teorías marxistas plantean una relación de continuidad entre el Derecho y el orden social, por lo que desde este marco de reflexión las posibilidades de que el Derecho vehicule el cambio social o desempeñe un rol relevante en su generación serían mas bien nulas. Pero, estas ideas son reflejo de una determinada lectura del materialismo histórico, caracterizada por señalar la estricta dependencia entre base y superestructuras, de tal modo, al ser el Derecho una proyección de la base económica, no se desmarcaría del proyecto de las oligarquías y sus estrategias de dominación⁷²⁴. Desde esta perspectiva, se indica que las dimensiones sociales del Derecho, no podrían generar impacto alguno en la sociedad sin que antes se produzca modificaciones al sistema económico⁷²⁵.

⁷²⁴ El materialismo histórico es una teoría empírica de la historia que comprende «un conjunto de generalizaciones macrosociológicas sobre las causas de la estabilidad y el cambio de las sociedades⁷²⁴». Cfr. ELSTER, JON, *Una introducción a Karl Marx*, citado, p.108. Como tal tiene dos facetas: una teoría general de la estructura y dinámica de los modos de producción (que es lo que tienen en común los distintos modos de producción) y una teoría sobre la secuencia histórica de los modos de producción (lo que diferencia a los diversos modos de producción). El aspecto que caracteriza al materialismo histórico es el lugar privilegiado que en su desarrollo tiene los factores económicos, lo cual ha generado distintas interpretaciones, desde las más deterministas, canónicas o dogmáticas hasta otras que, siempre manteniendo esta centralidad, se dedicaron a entenderla y buscar su coherencia con otros aspectos del pensamiento de Marx que la atemperan. Lo relevante es que acá hay una tensión o un nudo interpretativo que hasta el día de hoy divide a los estudiosos de la obra de Marx. Para una visión de la herencia intelectual heterogénea de Marx, véase: KOLAKOWSKI, LESZEK, *Las principales corrientes del marxismo: su nacimiento, desarrollo y evolución*, traducción de Jorge Vigil, Alianza, Madrid, 1983.

⁷²⁵ Sobre este tema uno de los trabajos más interesantes es el del jurista soviético Evgeny Pašukanis, ya que no solo indicó que el contenido del Derecho es un reflejo de los intereses de las clases hegemónicas sino que planteó una idea bastante más profunda y lúcida: es la forma jurídica la que posibilita la dominación. Cfr. PAŠUKANIS, EVGENY *Teoría general del Derecho y marxismo*, citado, p. 60 y ss. Sobre marxismo y Derecho véase también: KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, traducción de Guillermo Moro, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010; ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN, *Marxismo*

Son muchos los trabajos que toman distancia de las lecturas deterministas o dogmáticas, destacando los rasgos específicos y eficacia de los distintos componentes de la superestructura, claro que sin dejar de considerar que lo económico es el elemento dominante⁷²⁶. Quien más influencia ha ejercido en este ámbito es Antonio Gramsci, también conocido como *el teórico de las superestructuras*: “no compartió la creencia, entonces popular entre los socialistas, en la benéfica actuación de las «leyes históricas» que asegurasen a la humanidad un futuro socialista, no creía en la inevitabilidad natural del progreso y tendía a confiar en la fuerza de la voluntad humana y de las ideas más de lo permitido por la ortodoxia de la época⁷²⁷”. Para Gramsci el Derecho tiene ambigüedad y ambivalencia política, por un lado trata de configurar y homogeneizar la realidad social, existente para que no se desmande y el bloque histórico utilizará también el Derecho en su sentido punitivo y represivo, como todos los otros instrumentos de dominación que en la misma sociedad civil o la sociedad política ofrecen. Pero, también percibe que el Derecho tiene otras funciones, cuestión que lo lleva a desmarcarse claramente de las lecturas

y *filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 2004, p. 15 y ss. Una aproximación a las nociones básicas del marxismo en ELSTER, J., *Una introducción a Karl Marx*, traducción por Mario García Aldonate, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1991. En este mismo orden, el excelente texto de: GONZÁLEZ VICEN, FERNANDO, “Filosofía y revolución en los primeros escritos de Marx”, en *De Kant a Marx (estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 149. MARX, KARL, *Escritos de juventud sobre el derecho. Textos 1837-1847*, edición y traducción de Rubén Jaramillo, Anthropos, 2008.

⁷²⁶ Un análisis de este tipo, es el de Poulantzas: “la especificidad y eficacia propias de un nivel particular de la estructura –digamos el derecho- no depende de su naturaleza, sino de su ubicación y de su función en un tipo de relaciones de los niveles en el interior de una unidad compleja. Tampoco las relaciones entre los diversos niveles de estructuras y prácticas sociales pueden ser tematizados simplemente como una acción recíproca entre base y superestructura, como relaciones externas entre niveles cuya especificidad es eliminada por simple reducción de uno al otro, o entre niveles que se consideran específicos pero que aparecen como ya constituidos en su heterogeneidad y exterioridad. Su especificidad y su eficacia propias dependen de su ubicación y función en una unidad global. Sin embargo, dicha unidad solo está ordenada por el reflejo concreto en su esqueleto del predominio en última instancia de lo económico” Cfr. POULANTZAS, NICOS, *Hegemonía y dominación en el estado moderno*, citado, p. 144.

⁷²⁷ KOLAKOWSKI, LESZEK, *Las principales corrientes del marxismo: III la crisis*, citado, p. 220. Junto a los hechos que estaban ocurriendo en Italia por esos complejos años (primeras décadas del S XX) otros hechos ponían en evidencia lo errado de algunos de los esquemas marxistas en forma palmaria, de modo que influiría en el pensamiento revisionista Gramsciano: los bolcheviques se habían hechos del poder en Rusia, pese a que Marx planteaba que para ello era necesario pasar previamente por una etapa de capitalismo de tipo occidental que permitiera aumentar las fuerzas productivas.

puramente materialistas. En sus palabras: “la concepción del derecho tendrá que librarse de todo tipo de trascendencia y de absoluto; de todo fanatismo moralista, prácticamente; pero me parece que no se puede partir del punto de vista según el cual el Estado no «castiga» (si este término se reduce a su significación humana), sino que lucha meramente contra la «peligrosidad» social. En realidad, el Estado debe concebirse como un «educador», en cuanto que tiende, precisamente, a crear un nuevo tipo o nivel de civilización. Del hecho de que se opere esencialmente sobre las fuerzas económicas, que se reorganice y desarrolle el aparato productivo económico, que se innove en la estructura, no debe inferirse que los hechos de sobreestructura hayan de abandonarse a sí mismos, a su desarrollo espontáneo, a una germinación causal y esporádica. También en este campo es el Estado un instrumento de «racionalización, de aceleración y de taylorismo, obra según un plan, presiona, incita, solicita y «castiga»⁷²⁸”. En este sentido la función conformadora del Derecho no es controlar lo existente, sino potenciar lo que va existiendo, lo que va apareciendo en el sistema⁷²⁹”.

Pese a lo anteriormente indicado, el marxismo suele ser expuesto como un buen representante de una relación entre Derecho y cambio social continuista, caracterizada por descreer de la autonomía del Derecho respecto de los otros sistemas sociales, de modo que las posibilidades de emancipación como consecuencia de sus prescripciones no existen, por su dependencia a la estructura económica. Para profundizar esta tesis una buena opción son los trabajos de algunos integrantes del movimiento Critical Legal Studies, ya que el

⁷²⁸ GRAMSCI, ANTONIO, *Antología*, selección, traducción y notas de Manuel Sacristán, Akal, Madrid, 2015, p. 357

⁷²⁹ LÓPEZ CALERA, NICOLAS, “Gramsci y el derecho”, en *Sistema: revista de ciencias sociales*, N° 32, 1979, p. 87.

marxismo, en confluencia con el realismo jurídico, los condujo a desarrollar con especial interés la discusión relativa a los grados de autonomía del Derecho⁷³⁰.

En otro extremo, se ubican las tesis que sostiene que el Derecho es un régimen normativo autónomo respecto de otros órdenes sociales, como la economía y la política, por lo que tendría capacidad para generar cambios en la sociedad por si mismo. Es una tesis totalmente contrapuesta al marxismo dogmático y más cercano a la visión liberal del Derecho como fuente de legitimación –y especialmente como legitimación del uso de la fuerza–. Suele ser identificada como expresión de *instrumentalismo jurídico*. Según el análisis de García y Saffón, acá también encontramos al *Movimiento Law and Development*, muy importante en la promoción de la tesis que sostiene que el Derecho es un motor fundamental para el desarrollo de los países del sur⁷³¹.

En un sentido diverso, se encuentran las tesis *constructivistas*. Estas no sostienen una relación causal entre Derecho y cambio social, ni la autónoma entre el Derecho respecto de los demás órdenes normativos de una sociedad, sino una relación de incidencia recíproca entre ellos o de autonomía relativa. En otras palabras, el Derecho forma parte del contexto en el que interviene, pudiendo determinar ese contexto y, al mismo tiempo, es determinado por él⁷³². Desde este marco, se indica que entre el Derecho y los demás ordenes sociales puede haber relaciones de cooperación, enfrentamiento o de competencia por la posición

⁷³⁰ Recordamos que nos hemos referido a él en el capítulo I, acápite II n 1, a propósito de las diferencias entre activismo judicial dialogico y activismo judicial clásico y la relación que hemos realizado entre este último y las corrientes antiformalistas, de las cuales forman parte los *Critical Legal Studies*. Sobre este punto, véase también: GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, citado, p. 102 y ss.

⁷³¹ SAFFÓN MARÍA PAULA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Socio Jurídica*, Bogotá, enero-junio 2011. Somos conscientes de que el uso habitual del *instrumentalismo* jurídico se asocia al realismo jurídico y a la idea del Derecho como instrumento para.

⁷³² SAFFÓN MARÍA PAULA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, citado. Cfr. BOURDIEU, PIERRE, “La fuerza del Derecho”, en *Poder, Derecho y clases sociales*, traducción de María José González, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 165 y ss.

dominante en el campo, es decir, en el sistema de relaciones sociales que se definen unas en relación a las otras⁷³³.

Uno de los autores más importantes que han desarrollado esta visión del Derecho es Pierre Bourdieu, quien nos dejó un texto de gran valor: *La fuerza del derecho*, en el cual desarrolla su perspectiva constructivista, en estrecha relación con el reconocimiento de una dimensión simbólica en el Derecho, que le permite incidir en los significados y representaciones que se van asentando en la sociedad. De tal modo, el Derecho es analizado como: “símbolos dirigidos a la representación. En este caso su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendiendo como parte fundamental de instituciones político jurídicas legítimas⁷³⁴”.

Esta teoría nos permite pensar en las funciones simbólicas del Derecho, entendidas como las representaciones, emociones y sentimientos que el discurso jurídico genera, y también en su eficacia simbólica concebida como el impacto que el Derecho produce en la realidad a través de su función simbólica. También, en su uso simbólico que invita a preguntarnos por los posibles usos políticos de la dimensión simbólica, cuestión que divide a los autores, entre quienes consideran que estas funciones operan para legitimar dominación

⁷³³ RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La globalización del estado de Derecho*, Uniandes, Bogotá, 2009, p. 15. Campo es una expresión sociológica y forma parte de las herramientas del pensamiento Bourdieu, con ella se alude a los espacios que conforman la realidad social, en el que participan diversos actores y se articulan en torno a leyes propias, las reglas del juego de cada campo y que conforman el *habitus*, otro concepto central de la teoría de Bourdieu. El sociólogo distingue el campo de la política, del campo de la filosofía, el campo de la religión, el campo del deporte, del cine. El análisis sociológico debe concentrarse en el campo y abandonar el análisis del actuar de los actores aislados, pues su comportamiento solo puede ser comprendido en el campo que le otorga sentido. Para una excelente aproximación a la sociología de Bourdieu, recomendamos: JOAS, HANS, KNÖBL, WOLFGANG, “Entre estructuralismo y la teoría de la praxis: la sociología de la cultura de Pierre Bourdieu”, en *Teoría social. Veinte lecciones introductorias*, citado, p. 361 y ss.

⁷³⁴ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, citado, p. 92.

y quienes sostienen que estas pueden desempeñar un rol en el proceso de cambio social emancipatorio⁷³⁵.

Antes de avanzar, es preciso exponer la característica central de esta tesis, que viene dada por la idea de *competencia en el campo*, en virtud de ella el Derecho es un campo de batalla en el que las diversas relaciones compiten por determinar el sentido del Derecho, en palabras de Bourdieu: “en el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del Derecho a decir Derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social. Es solo a condición de reconocer esto que se puede ser conciente de la autonomía relativa del derecho y del efecto propiamente simbólico de desconocimiento que resulta de la ilusión de su autonomía absoluta con relación a las presiones externas⁷³⁶”. Esta tesis nos permite situar el pensamiento de Bourdieu a contrapelo de las perspectivas instrumentalistas, más no por ello alejado de una visión crítica, pues destina parte importante del texto en comentario a analizar cómo la forma jurídica posibilita la violencia simbólica y la dominación⁷³⁷.

⁷³⁵ CORVALÁN, CRISTOPHER, “Sobre la función simbólica, el uso simbólico y la eficacia simbólica del derecho. Una distinción conceptual con fines metodológicos”, en *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre sociología jurídica, filosofía del derecho y derechos humanos*, editado por Manuel Calvo, Fernando Arlettaz y Jorge Ibáñez, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014, p. 210 y ss.

⁷³⁶ BOURDIEU, PIERRE, *Elementos para una sociología del campo jurídico, la fuerza del Derecho*, citado, p. 160.

⁷³⁷ Sin perjuicio de ello, el constructivismo junto a una visión interpretativa de las ciencias sociales abre muchas posibilidades para extender el campo de investigación del fenómeno jurídico, por ejemplo, a sus efectos indirectos y simbólicos. Cuestión que no sería posible desde el neorealismo, por su fuerte anclaje positivista. Concretamente, véase el capítulo segundo, acápite II n°4.9, en el que desarrollamos los efectos de la sentencia T-025-2004, a partir de un estudio realizado con enfoque constructivista. Por otra parte, esta posición epistemológica es la que ha sostenido una serie de trabajos que analizan los activismos judiciales y sostienen ciertos efectos positivos para el cambio social que no suelen ser sopesados por los autores que

El uso político de las funciones simbólicas del Derecho, en el sentido de las representaciones, sentimientos e imágenes que el discurso jurídico evoca, tiene diversas posibilidades y para Bourdieu el principal destino sería la dominación y la normalización del poder político; el Derecho a través de su forma sería la vía de violencia simbólica por excelencia⁷³⁸. Es posible que esta posición de Bordieu sea una consecuencia de su *constructivismo estructuralista*, una confluencia compleja que comprende: “por estructuralismo o estructuralista, quiero decir que existen en el mundo social mismo, y no solamente en los sistemas simbólicos de lenguaje, mito, etc... estructuras objetivas, independientemente de la conciencia y de la voluntad de los agentes, que son capaces de orientar o de coaccionar sus prácticas y representaciones. Por constructivismo, quiero decir que hay una génesis social de una parte de los esquemas de percepción, de pensamiento y de acción que son constitutivos de lo que llamo *habitus*, y por otra parte estructuras, y en particular de los campos y grupos, especialmente de lo que llaman generalmente como las clases sociales⁷³⁹”. Por lo que el campo social Derecho tiene una relativa autonomía respecto de los otros campos sociales y el contenido del Derecho comprende disputas por el derecho a nombrar qué es Derecho, cuestión que exige pensar en las características del campo que tiene una serie de reglas propias que configuran su *habitus*. En definitiva, una lectura más detenida de Bourdieu nos invita a pensar en estas dos dimensiones y en lo que respecta a su

trabajan desde marcos teóricos incapaces de captar y valorar las dimensiones simbólicas, el caso típico para exponer esta situación es el litigio estructural en Estados Unidos. Veáse, p. 64, nota al pie n° 69.

⁷³⁸ BOURDIEU, PIERRE, *Elementos para una sociología del campo jurídico, la fuerza del Derecho*, citado, 164 y ss., 119.

⁷³⁹ BOURDIEU, PIERRE, *Cosas dichas*, traducción de Margarita Mizraji, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 127. Cabe destacar que una primera etapa de la obra de Bourdieu se encuentra inspirada por un marco epistemológico estructuralista, pero con el tiempo comienza a abandonarlo, a partir de, por ejemplo, cuestionamientos sobre su incapacidad para dar cuenta de las prácticas concretas de las personas, especialmente la posibilidad de infracción y manipulación de reglas. Pero el trabajo de Bourdieu intenta estar en medio del objetivismo estructuralista y del subjetivismo, por lo que nunca abandonará por completo el estructuralismo y el campo social y las determinadas posibilidades de actuación que este confiere, Cfr. JOAS, HANS, KNÖBL, WOLFGANG, “Entre estructuralismo y la teoría de la praxis: la sociología de la cultura de Pierre Bourdieu”, en *Teoría social. Veinte lecciones introductorias*, citado, pp. 366-367.

análisis, a reflexionar sobre la violencia del capital simbólico del Derecho o la imposición de legitimidad, ésta es una de las tesis centrales del análisis jurídico de cuño bourdiano⁷⁴⁰. La batalla no es nada de sencilla.

Para García, en cambio, la eficacia simbólica del Derecho también podría contribuir a las luchas contrarias a los intereses de las estructurales materiales de dominación, cuestión que se enmarca en su tesis del carácter ambivalente del Derecho –una espada de doble filo– y de su preocupación por las condiciones sociales, políticas, económicas, en las que se desenvuelve el Derecho. Indicando múltiples experiencias de uso del Derecho, muchas de las que han sido citadas a lo largo de esta investigación, García reconoce usos simbólicos tanto por parte del Estado, en un sentido progresista y también conservador, como por la sociedad civil, también en un sentido conservador y progresista, por ello su posicionamiento está lejos de anclarse en alguna de las posturas instrumentalistas indicadas, sino que leal al constructivismo que le sirve de marco epistemológico, indica: “el derecho, a mi juicio, sirve para afianzar la dominación y la defensa de intereses dominantes, pero, dado que no es un instrumento que opera en una realidad que le es extraña, sino que es un elemento constitutivo de la realidad social, eventualmente puede ser utilizado por grupos subordinados para ganar batallas que en principio estaban destinadas a ser ganadas por gobiernos y por grupos de poder dominantes⁷⁴¹”.

⁷⁴⁰ “cuando consagra, bajo la forma de un conjunto fuertemente coherente de reglas oficiales y, por definición, sociales y «universales», los principios prácticos del estilo de vida simbólicamente dominante, la norma jurídica tiende a informar realmente las prácticas del conjunto de agentes jurídicos, más allá de las diferencias de condiciones y de estilo de vida. El efecto de universalización, que podríamos llamar efecto de normalización, viene a redoblar el efecto de autoridad social que ejercen ya la cultura legítima y sus poseedores para dar toda su eficacia práctica a la coerción jurídica” Cfr. BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*, citado, p. 210

⁷⁴¹ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, citado, p. 211 y ss.

Precisamente en esta órbita de posibilidades también encontramos el trabajo de Santos, una noción que da buena cuenta del posicionamiento del autor es *legalidad subalterna*, expresión que refiere al impulso que diferentes actores sociales, desde abajo, pueden desplegar para generar estructuras jurídicas innovadoras que combinan acciones legales, ilegales y no legales, de las herramientas jurídicas disponibles en las diferentes escalas –locales, nacionales y transnacionales– para integrarlas a una estrategia política cuyo objetivo es construir una alternativa, que sin plantearse como el horizonte utópico de cada movimiento social, se formula como parte de su trabajo contra las opresiones que los articulan⁷⁴².

Por ello, esta línea de acción de los movimientos no sería simplemente una contradicción o incoherencia en relación con la radicalidad que hemos delineado antes, sino que implicaría una aproximación que se enmarcaría como *acciones contrahegemónicas* en cuanto “apropiación creativa por parte de las clases populares para sí de esos instrumentos –hegemónicos– a fin de hacer avanzar sus agendas políticas más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista⁷⁴³”. Recordemos que para Santos, los instrumentos hegemónicos son las instituciones modernas, destinadas a sostener la legitimidad y gobernabilidad del Estado de Derecho y asociadas a garantizar la reproducción ampliada, la apropiación creativa que propone encuentra sus mejores posibilidades en la democracia representativa y los derechos humanos.

Para Santos, el uso contrahegemónico necesita de la permanente movilización política para sostenerse y para ser efectivo tiene que operar desde dentro de las instituciones y desde

⁷⁴² La expresión *legalidad subalterna* es de Boaventura de Sousa. Un desarrollo amplio en, VV.AA, *Derecho y globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, editado por Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito, Antrophos, Barcelona, 2007.

⁷⁴³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Refundar el estado en América Latina*, citado, p. 56 y ss.

fuera de ellas. Por otra parte, su adecuada comprensión debe realizarse estableciendo un diálogo con sus nociones de ecología de saber y de traducción intercultural que, como hemos analizado, sintetizan la parte importante de la dimensión propositiva de su trabajo.

Finalmente, otra perspectiva sobre las relaciones entre Derecho y cambio social es la planteada por el trabajo de Charles Epp, que podemos leer desde el enfoque de movilización de recursos, una teoría que explica la acción colectiva a partir de los recursos materiales, simbólicos y humanos que hacen posible que ésta emerja⁷⁴⁴. Para Epp la clave de los procesos de expansión de derechos se encuentra en la ampliación del trabajo de las organizaciones de defensa de derechos, como consecuencia del financiamiento económico adecuado para que estas impulsen los procesos de movilización legal, cuestión que genera lo que denomina *estructuras de sostén de la movilización legal*, que en su marco teórico son esenciales para comprender cómo se ha producido una revolución de derechos. El autor elabora esta hipótesis a partir del estudio de diversas experiencias, entre las que destaca el movimiento por los derechos civiles de Estados Unidos, y concluye que el litigio extendido y sostenido en defensa de derechos y libertades civiles no habría logrado el éxito que tuvo sin la gran cantidad de recursos económicos que permitieron superar los inconvenientes de la litigación individual, de lo que se derivaría la importancia de construir estructura de sostén permanente⁷⁴⁵.

Es mas, según este autor, tanto el aumento de los juicios en defensa de las libertades y de los derechos civiles en particular y la revolución de los derechos en general, no han sido solo el resultado directo de las decisiones judiciales progresistas, ni de las las oportunidades

⁷⁴⁴ LEMAITRE, JULIETA Y BERGTORA, KRISTIN, “Apropiación, adaptación y resistencia: Las ong de derechos humanos ante la ley”, en *Defensoras de derechos humanos. Tres estudios de casos de ong y su respuesta al desplazamiento forzado*, compilado por Julieta Lematre, Uniandes, Bogotá, año 2014, p. 13 y ss. En este estudio se plantean tres tipos ideales de relacion entre el Derecho y el trabajo de las ONG: apropiación, adaptación y resistencia.

⁷⁴⁵ EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos*, citado, p. 42 y ss.

brindadas por las garantías constitucional de los derechos, o de la conciencia de los derechos individuales en la cultura popular, el éxito en la arena judicial como en otros foros políticos depende de la organización de la movilización de recursos⁷⁴⁶.

Así como el trabajo de Epp concluye que el factor preponderante para generar una revolución de derechos es la movilización de recursos, el trabajo de César Rodríguez, Diana Rodríguez y Gabriela Merlinsky nos invitan a conocer los efectos de los litigios desde diversos puntos de vista, entre los que encontramos algunos relacionados con su incidencia en el trabajo de los movimientos sociales⁷⁴⁷. Particularmente nos interesa recordar dos efectos: el primero se relaciona con la teoría del marco, es decir con la construcción de significados sociales que aportan nuevos marcos de comprensión del conflicto social. En segundo lugar, queremos mencionar los efectos deliberativos que ambos autores constatan al terminar los sendos estudios de caso que han dirigido y que consiste en comprobar cómo un problema grave y estructural que no formaba parte del debate público ingresa a él, como consecuencia de los litigios estudiados. Evidentemente, los autores no sostienen que los casos generaron cambios sociales en una dirección emancipadora, porque ni siquiera han logrado superar los conflictos graves y estructurales que los originaron. El punto es evaluar si los casos, a lo menos, pueden ser considerados como parte de los procesos de transformación social que necesitan los lugares en los cuales se produjeron.

En base a las consideraciones expuestas, una posible respuesta a la pregunta del epígrafe debe partir por indicar que el uso del Derecho por los movimientos nos sitúa en un

⁷⁴⁶ EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos*, citado, p. 49

⁷⁴⁷ Recordamos que en el capítulo II de esta investigación hemos centrado bastante esfuerzo en el trabajo de estos autores porque nos parece que son las lecturas insoslayables para el análisis de los casos que hemos estudiado.

terreno sinuoso y que la respuesta depende tanto de la concepción que se tenga del actor colectivo, del Derecho y también la idea de cambio social desde la que se parte.

En efecto, la movilización social a través del Derecho puede ser criticada:

1) al suscribir una concepción de movimiento social que sostenga una incompatibilidad entre su acción colectiva emancipadora y el uso del Derecho, debido a una posición marcadamente anti institucionalista.

2) Otro enfoque para sostener tal oposición puede provenir de ciertas concepciones del Derecho que niegan su autonomía respecto de otros órdenes sociales. También, por aquellas que sosteniendo su completa autonomía, son parte del relato hegemónico que se busca subvertir. En el intermedio encontramos teorías que permiten indagar en una relación que, sin plantearse a priori como favorable a la transformación social, advierte que el desafío para los movimientos es entrar a una batalla por el uso de las funciones simbólicas del Derecho. Entre el materialismo y el idealismo, el constructivismo abre un camino que nos conduce al debate sobre lo simbólico.

3) Finalmente, una visión del cambio social comprometida con relatos totalizantes, sería una de las razones de fondo para no apreciar las posibilidades de relación entre el Derecho y el cambio social. Esta vez, más que por un análisis desde el actor colectivo o del derecho, sería la propia noción de cambio social la que impide estimar los aportes que podría generar el Derecho.

En definitiva, la discusión sobre los usos contra hegemónicos del Derecho y las diversas respuestas que se pueden desarrollar en esta línea, están en gran parte determinadas por la concepción del Derecho, de los movimientos sociales y del cambio social que se sostenga.

En el caso del activismo judicial dialógico, cobra especial relevancia analizar sus funciones simbólicas en relación al diálogo democrático y evaluar sus posibilidades contra hegemónicas en atención a su capacidad para permitir el diálogo al interior del movimiento social. Para ello asumimos una noción de diálogo democrático que no considera que el parlamento sea el foro público central de la deliberación social contrahegemónica.

Indudablemente, es positivo que las deliberaciones que se pueden producir en el transcurso de un proceso de activismo judicial dialógico involucren a instancias gubernamentales, ya que el diálogo entre los diversos poderes del Estado es valioso y necesario, pues no olvidamos que la inercia estatal es un elemento de la gravedad de los conflictos que subyacen a los litigios.

Por otra parte, la posibilidad de que el proceso sea una oportunidad para que se produzca un diálogo democrático entre el Estado y la ciudadanía también es positivo, es más, según vimos, ello ha sido fundamental para que las buenas experiencias se hayan producido. Pero en este ámbito es fundamental advertir la necesidad de impedir que se transforme en una nueva forma de control y legitimación de decisiones que no representan los intereses, ni necesidades de las personas que serán realmente afectadas por ellas.

Además de los diálogos horizontales y verticales que el activismo judicial dialógico puede generar, también podemos reconocer en él la posibilidad de tender puentes de comunicación al interior del movimiento social, es decir, entre diversas organizaciones de base. Desde este punto de vista, un posible uso contra hegemónico del activismo judicial dialógico, puede ser su capacidad para proveer este último tipo de diálogo y que, como vimos con Freire, puede ser parte de ese diálogo que *es esencia de la acción revolucionaria*.

CONSIDERACIONES FINALES DE LA INVESTIGACIÓN

Filosofar es aprender a morir

Montaigne

La investigación desarrollada encuentra su origen en el interés por pensar en la capacidad del Derecho para generar los cambios sociales que nuestras sociedades necesitan para poner fin a las distintas manifestaciones de violencia que nos afectan. Con el afán de precisar su objeto de estudio saltamos a un continente más específico del Derecho, referido al poder judicial y su vinculación con el ideal de justicia social, pero además fuimos encontrando diversos procesos judiciales interesantes por el contenido progresista de sus sentencias y por las dinámicas sociales que estos lograban impulsar. Descubrimos que estábamos ante casos de activismo judicial con bastantes rasgos diferenciadores de lo que tradicionalmente se ha entendido por tal y que hemos convenido en denominar activismo judicial dialógico. Poco a poco fuimos adquiriendo la convicción de que se trata de un fenómeno jurídico relevante, que invitaba a desarrollar una investigación de largo aliento. A continuación exponemos algunas reflexiones finales.

En primer lugar proponemos que el marco teórico del activismo judicial dialógico constituye sus cimientos a partir del antiformalismo. En efecto, esta tradición representa un esfuerzo permanente en la historia del pensamiento jurídico por no desligar al Derecho de las realidades políticas, económicas, sociales y culturales en las que debe regular. En el ámbito judicial, la perspectiva antiformalista ha permitido cuestionar la noción del juez aislado de la sociedad y de la política, y ha contribuido a explicar el problema de la falta de preocupación por los aspectos procedimentales y ejecutivos de las decisiones. Además, este

marco teórico también está integrado por una dimensión filosófico-política que defiende la prevalencia del principio del autogobierno y la extensión de la deliberación a todas las instancias de decisión pública como soportes de su legitimidad. Por otra parte, no podemos desatender que el relato de los derechos humanos desempeña un rol esencial en el ejercicio argumentativo que origina y sostiene los casos de activismo judicial dialógico. Consideramos que estas tres dimensiones señaladas constituyen un mínimo común denominador del marco teórico de los activismos judiciales dialógicos.

El hecho de que los activismos judiciales dialógicos tengan rasgos diferenciadores que complejizan la reflexión en torno a manifestaciones clásicas, no implica negar la importante herencia intelectual que estos últimos representan. Al respecto, en el primer capítulo destacamos diversos trabajos sociológico-jurídicos que han destinado valiosas investigaciones al estudio de los activismos judiciales y también a las raíces teórico-jurídicas de la construcción de un modelo de judicatura activa, que siempre dialogó críticamente con su versión pasiva. Hemos aprendido que el activismo clásico, pese a sus problemas de legitimidad democrática y a sus insuficientes innovaciones tendientes a superar los obstáculos técnicos y procedimentales necesarios para obtener la eficacia de las decisiones, ha permitido aprender a pensar en la posibilidad de un poder judicial cuyo presupuesto epistémico sea el compromiso en garantizar los derechos fundamentales, incluso en casos de conflictos graves y estructurales.

En este mismo capítulo, nos aproximamos a las reacciones contra el débil sustento democrático del neoconstitucionalismo y el debate generado por el constitucionalismo popular, cuestión que nos han permitido analizar en mayor profundidad las implicancias filosófico políticas del activismo judicial dialógico como propuesta teórica. En efecto, dicho ejercicio de diferenciación, se constituyó como una de las vías que nos permitieron

dimensionar qué es el activismo judicial dialógico y valorar de mejor modo la innovación que representa para preservar el ideal del autogobierno.

En la construcción de este marco teórico integramos una base sociológica, cosa que esperamos haber logrado a través del esfuerzo empleado en dotar de contenido a la categoría de conflicto grave y estructural en Latinoamérica. Con ella nos hemos exigido poner los pies en la tierra respecto de los niveles de conflictividad social que atraviesan los territorios, pues consideramos que ello ocupa un papel fundamental para explicar las innovaciones que el activismo judicial dialógico conlleva. Igualmente, esta aproximación sociológica nos ha conducido a comprender que el correlato institucional de este tipo de conflictos se caracteriza por una indignante inercia e indolencia estatal, que se extiende a todos los poderes del Estado.

Consideramos que es urgente superar la tendencia a cerrar las discusiones sobre este tipo de activismos por medio de la vieja carta de la falta de legitimidad democrática. Sin abandonar dicha preocupación, en su lugar podemos argumentar que el activismo judicial dialógico aspira a construir nuevos parámetros de legitimidad, que permitan extender las exigencias de participación democrática al ámbito judicial. En otras palabras, se trata de que las personas que son víctimas de conflictos graves y estructurales deben desempeñar un rol fundamental en las deliberaciones que propenden a su superación, siendo este un criterio de justicia que trasciende la dimensión judicial y que, a buena hora, la debe integrar.

En diversas ocasiones de la investigación hemos manifestado que somos conscientes de que la relación entre activismo judicial dialógico y progresismo no es constitutiva, sino contingente. En este sentido, pensamos que los casos en que el activismo judicial dialógico permite desarrollar una idea robusta de igualdad acontecerán como consecuencia de una reunión de factores que exceden la sola utilización de un procedimiento dialógico. Entre

estos factores, nos parece importante considerar los siguientes: la existencia de un movimiento social activo; una cultura jurídica con rasgos antiformalistas; instrumentos procesales que permitan accionar la maquinaria judicial colectivamente, de forma económica y sin formalidades excluyentes; un contexto en el que haya vinculaciones entre organizaciones sociales, académicos y académicas comprometidas con la función social de su conocimiento; y la presencia de organizaciones de derechos humanos que permitan dar un soporte argumentativo potente, así como la presencia de integración judicial políticamente favorable al desarrollo del contenido y eficacia de los derechos fundamentales.

Por todo ello, el desafío de que el activismo judicial dialógico como propuesta teórica se traduzca en casos de estudio tan sugestivos como los explorados en el capítulo segundo de esta investigación dependerá de la articulación de factores como los señalados, los que, lejos de plantearse como un catálogo cerrado, son orientaciones que pueden ser ponderadas por las distintas organizaciones sociales que tengan la voluntad política de iniciar un proceso de activismo judicial dialógico.

Consideramos que las experiencias judiciales estudiadas en el capítulo segundo de esta investigación deben formar parte del contenido de lo que expresa la idea de nuevo constitucionalismo latinoamericano. Pese a todas las críticas y la etapa de desencanto que actualmente vivimos respecto de los procesos sociales deconstituyentes y constituyentes que dieron origen a nuevas constituciones, y los resultado que han tenido los activismos judiciales dialógicos en cuanto han sido incapaces de contribuir a la solución de los conflictos que motivan su existencia, estos procesos sociales adscritos a la idea de nuevo constitucionalismo Latinoamericano son alternativas que ante todo comparten la ambición de intentar organizar de mejor modo nuestra vida social, en un contexto de gran

complejidad. Asimismo, pensamos que estos procesos forman parte de la tradición jurídica crítica de Latinoamérica.

Para que el activismo judicial dialógico pueda progresar como alternativa de litigio en derechos humanos, necesitamos diseños institucionales de manera que este tenga procedimientos preestablecidos con los que operar. Esto implica una transformación institucional sustentada en una nueva filosofía del ejercicio del poder judicial, que inevitablemente nos ha llevado a pensar en los demás poderes del Estado. ¿Cómo podría cambiar el fundamento democrático del poder judicial sin cambiar el de los demás poderes con los que los jueces entrarán en diálogo? Estas reflexiones nos han conducido a concluir que no basta con que un poder del Estado pueda desempeñar sus funciones a través de procesos preestablecidos conforme a un ideal de democracia más exigente, si los demás poderes del Estado no experimentan transformación institucionales en esta misma dirección.

Sin perjuicio de que las innovaciones en el ámbito de los diseños institucionales son necesarias, lo cierto es que resultan insuficientes para lograr que la profundización democrática acontezca. Entre otras cosas, para que ello suceda también necesitamos que las personas víctimas de conflictos graves y estructurales tengan convicción de que la fuerza emancipadora de exigir el respeto de los derechos fundamentales a través de cauces judiciales, depende de la presencia efectiva de sus relatos en la deliberación a que da origen el proceso, y de que ello sea comprendido como una parte del proceso político mayor por el que trabajan a efectos de superar el conflicto grave y estructural que les afecta.

En este orden de ideas, hemos indicado que para sostener la valía del activismo judicial dialógico en su capacidad para robustecer el debate democrático, hace falta señalar la significación de la idea de diálogo democrático que se adopta. Ello es gravitante para generar las diferentes alternativas del activismo judicial dialógico: ya sea como diálogo

horizontal o entre poderes, como diálogo de la ciudadanía y los poderes de Estado o, como diálogo entre las organizaciones de la sociedad civil. Precisar la idea de diálogo democrático que se maneja también es necesario para poder construir criterios que nos permitan evaluar el potencial emancipador que tiene la idea de democracia que subyace a la valoración positiva de su propuesta.

Por todo esto, a lo largo de la investigación hemos contemplado la necesidad de proveernos de varios elementos teóricos: 1) para empezar, es preciso adoptar una noción de democracia procedimental que excede las exigencias del modelo representativo. 2) Con ese objetivo en mente, y avanzando en la comprensión del modelo deliberativo, consideramos que la noción de esfera pública nos permite defender un espacio de lo político que no se circunscribe solamente a su dimensión institucional, lo cual es elemental para un concepto de diálogo democrático con potencia de emancipación. Pese a las críticas a este modelo de democracia, que le reprochan tanto la imposibilidad de cumplir con las condiciones de la deliberación, como también las visiones de lo político sobre las que se construye, hemos considerado la necesidad de valorar el carácter normativo del modelo y nos ha parecido estimable su empeño por situar como momento crucial de la democracia el de la deliberación de los potencialmente afectados por las decisiones. 3) Por otra parte, la democracia deliberativa entendida como un modelo estrictamente procedimental de democracia permite avanzar en la generación de diseños institucionales que den cauce a una filosofía del poder judicial como promotor del diálogo democrático. 4) También hemos abrazado con cautela algunos aspectos de las teorías agonistas, principalmente por su capacidad para situar el conflicto como elemento constitutivo de la política. No obstante, a medida que fuimos profundizando en el conocimiento de su propuesta teórica y contrastándola con los diseños institucionales y prácticas efectivas que este modelo puede

estimular, hemos preferido distanciarnos de su tendencia a sofocar manifestaciones políticas no institucionalizadas y de la débil crítica que promueve respecto del Estado y de las instituciones liberales.

Frente a ambos proyectos, nos ha interesado considerar el problema que ponen sobre la mesa las epistemologías críticas, al reflexionar sobre las injusticias cognitivas y sobre el modo subrepticio con el que tan a menudo se obstruyen las posibilidades de deliberación democrática. En este contexto, nos ha parecido que las nociones de ecología de saberes y de diálogo intercultural, provenientes del trabajo de Boaventura de Sousa Santos, son propuestas que permiten construir parámetros axiológicos para extender los desafíos de la deliberación democrática a la superación de los problemas más profundos que nos afectan. Precisamente, uno de estos desafíos consiste en trabajar para declinar el elitismo del saber experto y construir puentes de entendimiento para que los saberes incompatibles con las estructuras de dominación –también epistémica– neoliberal, colonial y patriarcal puedan tener un lugar privilegiado en las deliberaciones públicas tendentes a construir relaciones sociales respetuosas de la vida. Como hemos indicado, nos parece necesario extender este desafío a los Movimientos Sociales, y abandonar toda tendencia a las concepciones románticas que no reparan en los múltiples conflictos y estructuras de poder que los atraviesan. En efecto, las violencias epistémicas que afectan la deliberación también aquejan este ámbito.

Desde la perspectiva de los Movimientos Sociales, cabe destacar que hemos arribado a la convicción de que, sin restar valor al diálogo horizontal o entre poderes del Estado, ni al diálogo vertical o entre las instituciones y la ciudadanía, tienen especial importancia los diálogos que los activismos judiciales dialógicos pueden posibilitar entre las organizaciones sociales de base. Se trata de los diálogos subterráneos o invisibles que también contribuyen a

generar, y que conviene identificar como una categoría de análisis distinta, cuya valía puede encontrarse en su posibilidad de significar un aporte al proceso de articulación de los Movimientos Sociales, es decir, en un ámbito que excede sus objetivos directos y más evidentes. En este contexto, a lo largo de la investigación ha surgido con especial fuerza la pregunta por el grado de representatividad que tienen las diversas organizaciones de derechos humanos que participan de los procesos de activismo judicial dialógico. En este sentido, hemos advertido el desafío que estas tienen en cuanto a construir parámetros éticos y políticos que permitan el efectivo robustecimiento del ideal del diálogo democrático en su trabajo con los Movimientos Sociales.

Se trata de terrenos delicados, porque el trabajo de las organizaciones que han estimulado el activismo judicial dialógico y los avances que han producido en el ámbito de los derechos humanos son importantes, y debemos ser conscientes de que cada paso que se ha dado es producto de equilibrios contingentes que ante todo habría que valorar favorablemente. Pero no tenemos que dejarnos seducir por la alegría de las buenas decisiones sin atender al análisis crítico de los procedimientos por los que estas han sido adoptadas. Debemos ser persistentes en cuestionar el trabajo de las organizaciones de derechos humanos y asumir un desafío constante por evaluar la representatividad que estas logran sostener respecto de las organizaciones de base que representan. Por ello pensamos que para que los casos de activismo judicial dialógico sean una oportunidad para avanzar en el empoderamiento de cada persona realmente afectada por las decisiones que se adoptan en los procesos judiciales, es fundamental que las organizaciones de derechos humanos generen diálogos multinivel permanentes, destinados a dotar de legitimidad al trabajo que ellas realizan y que estimulen encuentros, para que la deliberación no solo sea un aporte a los procesos, sino que además contribuya a una mejor articulación de las organizaciones

sociales. Se trata de impedir que la representación de las organizaciones de derechos humanos tenga rasgos paternalistas que agobien la agencia colectiva y mermen los procesos políticos más críticos de vindicaciones que los Movimientos Sociales desarrollan para superar los conflictos graves y estructurales que están en la base de los activismos judiciales dialógicos.

El punto indicado anteriormente es crucial y nos permite avanzar en una posible respuesta a la pregunta que ha motivado nuestro esfuerzo: ¿el activismo judicial dialógico puede ser considerado una práctica emancipadora? Para responderla comprendimos que era necesario realizar una serie de precisiones analíticas que nos permitieran nombrar el carácter paradójico que la pregunta acarrea. Para empezar, partimos de la base de una concepción del Movimientos Sociales que les ubica en la vanguardia de las transformaciones sociales, y les distancia críticamente tanto del Estado como de los partidos políticos.

Al mismo tiempo, a través de las tensiones entre emancipación/regulación y violencia/apropiación que se encuentran en la espina dorsal del Derecho moderno, hemos aprendido a ser conscientes de que el trabajo jurídico advierte paso lento y estratégico.

Por otra parte, hemos tratado de abandonar las propuestas totalizantes sobre cómo arribar al cambio social y en lugar de ello hemos asumido una noción de cambio social complejo que considera la interrelación de opresiones y, por consiguiente, propone la interrelación de las resistencias. Desde las premisas de la racionalidad estratégica, esta noción de cambio social plantea la posibilidad de articular usos contra hegemónicos y de desarrollar legalidades subalternas que aparten al Derecho de sus marcos hegemónicos. Esto nos ha dirigido a valorar la comprensión constructivista del fenómeno jurídico, porque permite analizar las relaciones de recíproca incidencia entre el Derecho y los órdenes sociales en los que este ha de regir. En este sentido se sostiene que la autonomía relativa

entre el Derecho y los órdenes sociales a los que este pertenece se traduce en diversos tipos de relaciones que deben ser analizadas en sus contextos. Junto a ello, esta concepción constructivista del Derecho nos permite develar las funciones simbólicas y materiales que los activismos dialógicos pueden desempeñar para hacer posible que las violencias silenciadas logren aparecer en el foro público. Esta última afirmación es muy importante, porque la invisibilización del dolor y la violencia que afecta la vida de las personas que son víctimas de los conflictos y el aporte que el trabajo jurídico puede realizar para romper los cercos cognitivos que respecto de ellos existe es un paso que no podemos dejar de valorar, toda vez que sostenemos como altamente probable que ninguna propuesta de solución de un conflicto pueda prosperar si no se avanza primero en la identificación o reconocimiento subjetivo y social de problema. Pero en este ámbito el desafío consiste en cómo realizar un uso de esos efectos de modo que abonen en favor de cambios sociales profundos y no sean cooptados por discursos acrílicos que no se hagan cargo de la dimensión estructural del conflicto social que subyace a un proceso jurídico. Consideramos que son los Movimientos Sociales los que, junto con permanecer alerta respecto al efecto desmovilizador que los activismos judiciales dialógicos pueden aparejar, deben tomar las riendas de un uso del Derecho que permita que el inmenso esfuerzo que significan estos procesos no sea enclaustrado por un tratamiento superficial de los conflictos y por un débil compromiso para abordarlos en forma profunda.

Teniendo en vista estos aprendizajes, ante las críticas que se niegan a reconocer márgenes de emancipación a través de prácticas como el activismo judicial dialógico, proponemos una discreta defensa de este, que se proyecta en dos ámbitos distintos: uno es el de las urgencias y otro es el de la estrategia de transición. En el plano de las urgencias sostenemos que el activismo judicial dialógico puede asumir el desafío de reaccionar ante

situaciones que requieren una respuesta apremiante que permita proveer protección ante casos muy graves de vulneración. Con la expresión estrategia de transición, planteamos que el activismo judicial dialógico puede constituirse como una estrategia de transición en el camino hacia los cambios más importantes que nuestras vidas en sociedad requieren. En otras palabras, mientras los cambios más profundos a nivel institucional, subjetivo y epistemológico se producen, necesitamos vías que nos permitan avanzar en el camino de la defensa de la vida de las personas y de los territorios.

Se trata de una defensa prudente que nos conduce a retomar la dimensión institucional de los conflictos. Pensar que una total emancipación política es posible frente a la hegemónica configuración del Estado neoliberal, etnocéntrico, heteropatriarcal y racista puede ser una mala quimera. Sin embargo, frente a quienes abominan de dar concesiones a las instituciones del Estado de Derecho y de la democracia liberal, nosotras sostenemos por contrario que, dada la magnitud de los actuales problemas, cada vez que no haya posibilidad alguna de desobedecer, y ante la inminencia de situaciones graves, se debe reaccionar con las herramientas de las que actualmente disponemos.

Ahora bien, para evitar que el activismo judicial dialógico produzca un proceso de desmovilización, conviene tomarse en serio la idea de que el Derecho puede ser un campo de batalla en el que es necesario que todas las personas que se vinculen con estos casos, desde los jueces hasta los abogados, pasando por los procuradores y los activistas, realicen las labores jurídicas de la forma más seria, ilustrada y rigurosa, con el conocimiento más acabado posible de la teoría y práctica de los derechos humanos y desplegando ejercicios argumentativos que permitan desarrollar sus potenciales usos críticos en defensa de los precedentes favorables que se han logrado conquistar para así favorecer sus reproducciones.

Finalmente, esta investigación está dedicada a las y los desobedientes que impiden que los derechos humanos sean un instrumento más de dominación. Para ello vale la pena pensar en las oportunidades en que la vida nos ha permitido percibir que la desobediencia al Derecho vigente representa un ejercicio político que tiene legítimo fundamento en los derechos humanos, cuya realización no interesa del mismo modo que los esfuerzos que se despliegan por obtener la eficacia de las instituciones y normas del statu quo. El carácter emancipador de los derechos humanos y de la democracia, es parte de su relato histórico y las diversas prácticas jurídicas que tiendan a revitalizar ese carácter pueden desplegarse desde los linderos de la institucionalidad vigente, normalmente como prácticas innovadoras, así como por los caminos de la desobediencia. Es probable que lo más emancipador que estos procesos de activismo judicial dialógico pueden legar es el encuentro entre quienes comprendan que la desobediencia es una parte de la emancipación.

La cita de Montaigne que se expone al inicio de este epígrafe invade este cierre de investigación. Tras este privilegiado tiempo de trabajo estoy aprendiendo a dimensionar la fuerza de su contenido. Es doloroso comprender que el llamado a reflexionar desde la conciencia de la muerte se extiende a la humanidad.

Urgente: aprender a morir

BIBLIOGRAFÍA

ARNAUD, JEAN ANDRÉ Y FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.

ARENDT, HANNAH, *Los orígenes del totalitarismo*, traducción de Guillermo Solana, Taurus, Madrid, 1998.

ABRAMOVICH, VÍCTOR, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista Sur*, N°11, 2009.

ACOSTA, ALBERTO, “Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de una misma maldición”, en *Más allá del desarrollo*, Abya Yala, Quito, 2011.

—Y MARTÍNEZ, ESPERANZA, *Desarrollo, postcrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, Abya Yala, Quito, 2014.

—“El buen vivir como alternativa al desarrollo. Algunas reflexiones económicas y no tan económicas”, en *Revista Política y Sociedad*, Universidad Complutense de Madrid, N°52, 2015.

ALTERIO, MICAELA, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid, Director: Carlos Lema Añón.

— “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Revista Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, N°8, 2014.

— “El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coordinado por Roberto Gargarella y Roberto Niembro, Unam, México, 2016

—Y NIEMBRO, ROBERTO, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso ‘vacantes’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México N°15, 2011.

ALTHUSSER, LOUIS, *Montesquieu: la política y la historia*, traducción de María Benítez, Madrid, 1968.

ÁLVAREZ UGARTE, RAMIRO, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N°1, 2012.

APARICIO, MARCO, “Hacia una justicia social, cultural y ecológica: el reto del buen vivir en las constituciones de Ecuador y Bolivia”, *Revista Meritum*, V. 8, N°1, junio 2013.

ARANGO, RODOLFO, “Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado”, en *Desplazamiento forzado. ¿Hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?* Tomo I, Coordinado por Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento (Codhes), Bogotá, 2010.

ARCHILA NEIRA, MAURICIO, *Idas y venidas, vueltas y revueltas*, CINEP-ICANH, Bogotá, 2005.

ARIZA. LIBARDO, *Derecho, saber e identidad indígena*. Universidad de los Andes – Siglo del Hombre, Bogotá, 2009.

ARRIAMADA, LUCAS, “Derecho, moral y política. Derecho constitucional, moral institucional y política democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia

deliberativa”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, compilado por Roberto Gargarella, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

ATIENZA, MANUEL, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

— “Sobre la única respuesta correcta”, en *Jurídicas*, Manizales, 2009.

—Y, RUIZ MANERO, JUAN, *Marxismo y filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 2004.

AARNIO, AULIS, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, n° 8, 1990.

ALEXY, ROBERT, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en *Doxa* N°5, 1998.

AUBENQUE, PIERRE, *La prudencia en Aristóteles*, Crítica, Barcelona, 1999.

ÁVILA SANTA MARÍA, RAMIRO, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el Derecho en la constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011.

BARRERIS, MAURO, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

BAYON, JUAN CARLOS, “¿Necesita la democracia deliberativa una justificación epistémica?”, en *Revista Diritto & Questioni Pubbliche*, N°9, Palermo, 2009.

—“Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, en *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM, Madrid, 2010.

— “El constitucionalismo en la esfera pública global”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°29, 2013.

BENFORD, ROBERT Y SNOW, DAVID, “Framing Process and social movements: an overview and assessment”, *Annual Review Sociological*, V. 26, N°26, 2000.

BENGOA, JOSÉ, *Historia del pueblo Mapuche (Siglo XIX y XX)*, Ediciones Sur, Santiago, 1996.

BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Princeton, 2002.

—“Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, *Revista Isegoría*, N°39, 2008.

BERGALLI, ROBERTO, “El Estado democrático en América Latina y la cuestión judicial: el caso argentino”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 1984, N°3.

BERGALLO, PAOLA, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de Derecho público en Argentina”, texto Presentado en *SELA* 2005.

— “La causa «Mendoza»: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*.

BERGER, PETER, *Pirámides de sacrificio, ética, política y cambio social*, traducción de Jesús García, Salterae, Santander, 1979.

BESSETE, JOSEPH, “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, en *How democratic is the Constitution?* editado por Robert Goldwin y William Schambra, American Enterprise Institute for Public Policy, Washington, 1980.

BERTOMEU, JUAN, Against the Core of the Case, en *CAMBRIDGE JOURNAL*, Legal theory, V°17, 2011.

—Y SAFFON, MARÍA PAULA, “Raza, sexo, clase, empresas y Corte Suprema Reflexiones en torno a la problemática mirada de la corte suprema estadounidense sobre la igualdad”, en *Revista Sin Permiso*, 15 de septiembre 2013.

BINDER, ALBERTO, “La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición”, en *Los actores de la justicia en Latinoamérica*, compilado por Luis Pasara, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.

BOBBIO, NORBERTO, “*Teoría general del derecho*”, traducción de Eduardo Rozo Acuña y Marcela Anzola, Temis, México, 1987.

— “Formalismo jurídico” en *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992.

—*Derecha e izquierda ¿existe aún la izquierda y la derecha?*, traducción de Alessandra Picone, Taurus, Madrid, 2000.

—*Teoría general de la política*, traducción de Antonio del Cabo, Gerardo Pisarello y otros, Trotta, Madrid, 2003.

BONILLA, DANIEL, *La constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.

BORAWOY, MICHAEL, “Por una sociología pública”, en *Revista Política y Sociedad*, V. 45, N°1, 2005, p. 197 y ss.

BOURDIEU, PIERRE, *Poder, Derecho y clases sociales*, traducción de María José González, Descleé de Brouwer. Bilbao, 2000,

—“Elementos para una sociología del campo jurídico, *La fuerza del Derecho*, traducción de Carlos Morales Setien Ravina”, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

BUSTOS, RODRIGO, *Derechos sociales. Exigibilidad y justicia constitucional*, Librotecnia, Santiago, 2014.

BROWN, WENDY, “Lo que se pierde con los derechos”, *La crítica de los derechos*, traducción de Isabel Jaramillo, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.

CARBONNIER, JEAN, *Sociología Jurídica*, traducción de Luís Díez Picazo, Tecnos, Madrid, 1972.

CÁRCOVA, CARLOS, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

CARMONA, MARÍA, “Breves reflexiones en torno a las acciones colectivas en relación con el derecho al medio ambiente adecuado”, *Revista Derecho Ambiental y Ecología*, N° 38, 2010.

CARVALHO SANDRA, BAKER, EDUARDO, “Experiencias de litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” *Revista Sur*, Edición conmemorativa “Derechos Humanos en movimiento”, V. 11, N°20, 2014.

CASTRO, SANTIAGO, “Decolonizar la Universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes” en *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, editado por Ramón Grosfoguel y Santiago Castro, Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

CHAYES ABRAM, “The Role of the judge in public law litigation”, en *Harvard Law Review*, V. 89, N°7, 1976.

CHEMERINSKY, ERWIN, PARKER, RICHARD, *Constitucionalismo popular*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2011.

CHOMSKY, NOAM., *Estados fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia*, Ediciones B, Barcelona, 2007.

CICERÓN, MARCO TULIO, “En defensa de Lucio Murena” en *Discursos*, traducción de Jesús Aspa Cereza, revisión de Javier Fresnillo Núñez, Gredos, Madrid, 1995.

CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Genocidio y justicia: la destrucción de las indias, ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

—*El orden de los poderes*, Trotta, Madrid, 2007.

— *¿Hay genocidios cotidianos? y otras perplejidades sobre América indígena*, IWGIA, Copenhague, 2011.

COMANDUCCI, PAOLO, “Formas de (neo) constitucionalismo: un-análisis metateórico”, traducción por Miguel Carbonell, en *Revista Isonomia*, N°16, abril 2002.

COHEN, JEAN, ARATO, ANDREW, *Sociedad civil y teoría política*, traducción de Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

CORAL-DÍAZ, ANA MILENA LONDOÑO-TORO, BEATRIZ, MUÑOZ-ÁVILA, LINA “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, en *Vniversitas*, Bogotá, N° 121, 2010.

CORVALÁN, CRISTOPHER, “Sobre la función simbólica, el uso simbólico y la eficacia simbólica del derecho. Una distinción conceptual con fines metodológicos”, en *Derecho y sociedad. Reflexiones sobre sociología jurídica, filosofía del derecho y derechos humanos*, editado por Manuel Calvo, Fernando Arlettaz y Jorge Ibáñez, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014.

COSTA, PIETRO, “El problema de la representación política unas perspectiva histórica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°8, 2004.

COURTIS, CHRISTIAN, “El caso «Verbitsky»: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?” en *Nueva Doctrina Penal*, N° 2, 2005.

—Y ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

COUSO, JAVIER, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política” en *Revista de Ciencia Política*, V. XXIV, N°2, Santiago, 2004.

CRENSHAW, KIMBERLÉ, “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color”, en *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Bellarrata, Barcelona, 2012.

CUEVAS, AGUSTÍN, *Entre la ira y la esperanza y otros ensayos de crítica latinoamericana*, compilado por Alejandro Moreano, Siglo del Hombre, Clacso, 2008.

CURIEL, OCHY, *La Nación Heterosexual Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*, Brecha Lésbica-La frontera, Bogotá, 2013.

DAHL, ROBERT, *A preface to democratic theory*, University of Chicago Press, 1956.

DALEN, ANNIKA, CHAPARRO, NINA, *No interrumpir el derecho. Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE*, Documentos de trabajo Dejusticia, N°19, Bogotá 2015.

DELLA PORTA, DONATELLA, DIANI, MARIO, *Los movimientos sociales*, traducción de Eduardo Romanos, CIS, Madrid, 2015.

DEZALAY, YVES Y GARTH, BRYANT, *La internacionalización de las luchas por el poder: La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*, traducción de Antonio Barreto, Ilsa, Bogotá, 2002.

DÍAZ, ELÍAS, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1980.

—*Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1992.

DIXON, ROSALIND “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, V. 5, N°3, 2007.

DOBSON, ANDREW, “Ciudadanía ecológica: ¿una influencia desestabilizadora?”, traducción de Carmen Velayos Castelo, en *Revista Isegoría*, N°24, 2001.

DOMENECH, ANTONI, BERTOMEU, MARÍA JULIA, “El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)”, en *Revista Isegoría*, N°33, 2005.

DOMINGO, PILAR, “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, No 85-86, 2009.

DUSSEL, ENRIQUE, “Cinco tesis sobre el populismo”, en *El eterno retorno del populismo en América Latina y el Caribe*, editado por Martha Márquez, Eduardo Pastrana y Guillermo Hoyos, Clacso y Universida Javeriana, Bogotá, 2015.

ELSTER, JON, *Una introducción a Karl Marx*, traducción por Mario García Aldonate, Siglo XXI, Madrid, 1991.

— *La democracia deliberativa*, traducción De José María Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001.

EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI, Argentina, 2013.

ESPINOSA, ADRIANA, *Derechos humanos y medio ambiente: el papel de los sistemas europeo e interamericano*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Dirección de Ana María Manero, 2015.

ESTLUND, DAVID, *La autoridad democrática, los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, traducción de Sebastián Linares, S XXI, Buenos Aires, 2001.

FALS BORDA, ORLANDO, “La Violencia en Colombia”, *Una sociología sentipensante para América Latina*, Siglo el hombre editores, Clacso, Bogotá, 2009.

—“Cómo investigar la realidad para transformarla”, Antología y presentación de Víctor Manuel Moncayo, en *Una sociología sentipensante para América Latina*, CLACSO-Siglo del Hombre, Buenos Aires.

FABRA, PERE, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, Marcial Pons, 2008

FERNÁNDEZ BUEY, FRANCISCO, “La controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas. Una revisión”, en *Boletín Americanista*, Universidad de Barcelona, Barcelona, España, 1992.

FERRAJOLI, LUIGI, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2009.

— *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008.

—“Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Revista Doxa*, N°31, 2011.

FERRARI, VICENZO, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 2000.

FERRERES, VÍCTOR, “La crisis del euro y la regla del oro problemas constitucionales”, en *Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2012.

FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, traducción de Manuel Martínez, Trotta, Madrid, 2007.

FISS, OWEN, “La teoría de las acciones de clase,” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N°1, abril de 1996.

— *El Derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FLÓREZ, JULIANA, “Aportes postcoloniales (Latinoamericanos) al estudio de los movimientos sociales” en *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, N°3, 2013.

—*Lecturas emergentes V. II Subjetividad, poder y deseo en los movimientos sociales*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2015. (E-book)

FLÓREZ, JOSÉ, “Estado o concepto fallido? Problemas que plantea la noción de falla estatal y los índices que intentan medirla”, en *Revista Derecho del Estado*, N°. 27, 2011.

FONTANA, JOSEP, *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, Barcelona, Pasado & Presente, 2011.

FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica: curso del college de france (1978-1979)*, traducción de Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2008.

—FOUCAULT, MICHAEL, *Hay que defender la sociedad*, traducción de Horacio Pons, Akal, Madrid, 2010.

FRASER, NANCY, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, traducción de Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

—*Escalas de Justicia*, traducción de Antonio Martínez Riu, Heder, Barcelona, 2008.

FREI, REIMUNDO, ROVIRA, CRISTOBAL, “El populismo como experimento político: historia y teoría política de una ambivalencia”, en *Revista de Sociología, Universidad de Chile*, N°22, 2008.

FREIRE, PAULO, *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, Madrid, 2013.

FRICKER, MIRANDA, *Epistemic Injustice. Power and the ethics of knowing*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

GARAY, LUIS, DE LEÓN Y SALCEDO, *Captura y reconfiguración cooptada del Estado Colombia*, Grupo Método, AVINA y Transparencia por Colombia, Bogotá, 2010.

GARCÍA, ANIZA, *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid 2008;

GARCIA AMADO, JUAN ANTONIO, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomia, Revista de Cultura de la Legalidad*, N°7, 2014.

GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, “Recepción de los postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional, análisis crítico a partir del tribunal colombiano”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 8 Noviembre 2007.

GARCÍA LINIERA, ÁLVARO, *Geopolítica de la Amazonia. Poder hacendal-patrimonial y acumulación capitalista*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2012.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 2000.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “El Derecho como esperanza”, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.

—Y UPRIMNY, RODRIGO, *Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia, una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*, Documentos de discusión Dejusticia, Bogotá, 2005.

—*Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009.

—Y JOSÉ RAFAEL ESPINOSA, *El Derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2013.

— *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Penguin Random House, Bogotá, 2014.

GARDBAUM, STEPHEN, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, en *American Journal of Comparative Law*, V.49, N°4, 2001.

GARGARELLA, ROBERTO, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, en *Perfiles Latinoamericanos*, N° 28, 2006.

—*Teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*. Paidós, Barcelona, 2008.

—*Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010,

—*La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1ª reimp. Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2011.

— “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Anacronismo e Irrupción; Teoría Política Clásica y Moderna*, Vol. 3 N°4, 2013.

—“Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción”, *Boletín Onteaiken* No 15, Mayo 2013.

—*La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2014.

—“Piedras de papel y silencio, la crisis política argentina leída desde su sistema institucional”, disponible en http://cels.org.ar/common/documentos/2002_dossier1.pdf

GARZÓN, PEDRO, *Multiculturalismo, ciudadanía y derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid

GARZÓN, ERNESTO “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

—“Derecho y democracia en América Latina”, en *Revista Isonomía*, N°14, 2004.

GENY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, traducción de Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000.

GERAS, NORMAN, “Post marxism?”, en *New Left Review*, mayo? Mayo-junio 1987.

GIDDENS ANTONI, *Las consecuencias de la modernidad*, Alianza, traducción de Ana Lizón Ramón Madrid, 2002.

GIDI, ANTONIO, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, traducción de Lucio Cabrera, Unam, 2004.

GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, E. Tirant Lo Blanch, 1998.

GONZÁLEZ VICEN, FELIPE, *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. La defensa del usuario y del administrado*, Tomo 2, FDA, Buenos Aires, 2014.

GRAMSCI, ANTONIO, *Cuadernos desde la cárcel. Notas breves sobre la política de Maquiavelo*, Tomo 5, Era y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 1999.

GRIJALBA, AGUSTÍN, *El estado plurinacional intercultural en la constitución ecuatoriana de 2008*, Ecuador Debate, N°75, Quito, 2008.

GUARIGLIA, OSCAR, “La Democracia en América Latina: la alternativa entre populismo y democracia deliberativa”, en *Revista Isegoría*, 2011.

GUDYNAS, EDUARDO, “Conflictos y extractivismos: conceptos, contenido y dinámicas”, *Decursos. Revista en Ciencias Sociales*, 2014.

GUERRERO, FERNANDO, OSPINA, PABLO, *El poder de la comunidad. Ajuste estructural y movimiento indígena en los andes ecuatorianos*, Clacso, Buenos Aires, 2004.

GUTIÉRREZ, RAQUEL, *Los ritmos del Pachakuti. Movilización y levantamiento popular-indígena en Bolivia (2000-2005)*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2008.

GUZMÁN, ALEJANDRO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

GUZMÁN, DIANA, PARRA, JORGE Y BERNAL CAROLINA, “Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia”, *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, Editado por CIDE y WOLA, México, 2014.

GRAMSCI, ANTONIO, *Antología*, selección, traducción y notas de Manuel Sacristán, Akal, Madrid, 2015.

HABERMAS, JÜRGEN, “¿Qué significa la pragmática universal?”, en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1989.

—“La modernidad: un proyecto inacabado”, en *Ensayos políticos*, traducción de Ramón García, Península, Barcelona, 2002.

—“Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, traducción de Juan Carlos Velasco, Paidós, Buenos Aires, 1999.

— *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Arredondo, Trotta, Madrid, 2008.

HÄBERLE, PETER, “La sociedad abierta de los interpretes constitucionales: una constitución para la interpretación pluralista y «procesal» de la constitución”, traducción de Xabier Arzoz, en *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*, N°11, 2008.

HALPERIN DONGHI, TULLIO, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza, Madrid, 1969.

HART, JOHN, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1997.

HARVEY, DAVID, *Breve historia del neoliberalismo*, traducción de Ana Varela, Akal, Madrid, 2005.

—El “nuevo” imperialismo: acumulación por desposesión, Clacso, 2005.

HAYEK, FRIEDRICH, *Caminos de servidumbre*, traducción de José Vergara, Alianza, Madrid, 2002.

HELLER, PATRICK Y ISSAC, THOMAS, “La política y el diseño institucional de la democracia participativa: lecciones de Kerala, India”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

HERRERO, YAYO, *Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible*, en *Revista de Economía Crítica*, N°16, 2013

HERNÁNDEZ, ANTONIO., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Tomo III, Rivadeneira, Madrid, 1973.

HILBINK, LISA, *Judges Beyond Politics in Dictatorship and Democracy. Lessons from Chile*, Cambridge University Press, New York, 2007.

HOBBSAWM, ERIC, “La Anatomía de «la violencia» en Colombia”, en *Rebeldes Primitivos, estudio sobre las formas arcaicas de los movimientos sociales en los siglos XIX y XX*, traducción de Joaquín Romero, Ariel, Barcelona, 1983.

HOGG, PETER, BUSHELL, ALLISON, “El diálogo de la carta entre los tribuales y las legislaturas (O Quizás La Carta de Derechos No Es Algo Tan Malo Después De Todo)”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 14, diciembre 2013.

HOLMES, OLIVER, *La Senda del Derecho*, traducción de Ángel Russo, Abeledo Perrot, Bueno Aires, 1975.

—*Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastia, Iustel, Madrid, 2006.

HOLMES, STEPHEN, “El precompromiso y la paradoja democrática”, en *Constitucionalismo y democracia*, edit. por Jon Elster y Rune Slagstad, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

HORKHEIMER, MAX, *Teoría tradicional y teoría crítica*, traducción de Jacobo Muñoz, Paidós, Barcelona, 2000.

HOUTZAGER, PETER, “El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil”, en *Revista el Otro Derecho*, N° 35, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2006.

IBÁÑEZ, ANA MARÍA, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno a la pobreza*, Uniandes, Bogotá, 2009.

JARAMILLO SIERRA, ISABEL Y ALFONSO SIERRA, TATIANA, *Mujeres, Cortes y Medios: La Reforma Judicial del Aborto*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

JHERING, RUDOLF VON, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, traducción de Tomás Banzhaf, Civitas, Madrid, 1994.

JOAS, HANS, KNÖBL, WOLFGANG, *Teoría social. Veinte lecciones introductorias*, traducción de Joaquín Chamorro, Akal, 2016.

KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la ciencia del Derecho”, traducción de W. Goldschmidt, en VVAA, *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.

KELSEN, HANS, “La garantía jurisdiccional de la constitución” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, traducción de Guillermo Moro, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010.

KOTHARI, JAYNA, “Social Rights and the Indian Constitution”, en *Law, Social Justice and Global Development Journal*, Warwick, 2004.

KRAMER, LARRY, *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

—“Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, V.100, 2012.

LACLAU, ERNESTO, MOUFFE, CHANTAL, “Post’marxismo sin pedido de disculpas”, *New Left Review*, noviembre-diciembre, 1987.

— *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, traducción Ernesto Laclau, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011

— *La razón populista*, traducción de Claudia Laclau, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2013.

LAGARDE, MARCELA, *El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*, Instituto de las Mujeres del Distrito Federal, México, 2012.

LANDER, EDGARDO, “El impacto del ajuste neoliberal 1989-1993”, en *Neoliberalismo, sociedad civil y democracia: ensayos sobre Venezuela y América Latina*. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994.

LANGFORD, MALCOM, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y el Derecho comparado*, traducción de Carlos Morales Setién, Siglo del Hombre, Bogotá, 2013.

LASALLE FERDINAND, ¿Qué es una constitución?, traducción de W. Rocés, Ariel, Barcelona, 2001.

LAVAL, CHRISTIAN, “Pensar el neoliberalismo”, en *Pensar desde la izquierda. Mapa del pensamiento crítico para un tiempo de crisis*, coord. por Giorgio Agamben, Jacques Rancière, Alan Badiou, Errata Nature, Madrid, 2012.

LEFF, ENRIQUE, “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes”, en *Revista Polis*, Santiago, 2012.

LEMAITRE, JULIETA, *El Derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Uniandes y Siglo del Hombre, Bogotá, 2009.

—“¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el Derecho en las zonas “sin ley”, EN VV.AA, *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. por César Rodríguez Garavito, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

LIEBENBERG, SANDRA, “Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica”, en *Anuario de Derechos Humanos, Santiago, Universidad de Chile*, Centro de Derechos Humanos, 2006.

LINARES, SEBASTIÁN, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, en *Revista Mexicana de Sociología*, V. 70, N°3, 2008.

LINDERT, PETER, *El ascenso del sector público. Crecimiento económico y gasto social del siglo XVIII al presente*, traducción de Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

LISSIDINI ALICIA, *Democracia directa en Latinoamérica: entre la delegación y la participación*, Clacso, Buenos Aires, 2011.

LLANO, FERNANDO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LEMA, CARLOS, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Revista Derechos y Libertades*, N°22, 2010.

LENTOS, DIANA, “Apuntes en torno a la aplicabilidad del concepto de genocidio en la historia de las relaciones entre el estado argentino y los pueblos originarios”, en *Prácticas Genocidas y Violencia Estatal en Perspectiva Transdisciplinar*, compilado por Jo'se Luis Lanata, Conicet, Bariloche, 2014.

LLEWELLYN, KARL, “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”, en VV.AA., *El ámbito de lo jurídico*, traducción de Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994.

LLOREDO ALIX, LUIS, “Una propuesta de redefinición de la teoría jurídica a la luz del movimiento de los indignados”, en *Educación la mirada, documentales para una enseñanza crítica de los derechos humanos*, editado por José Antonio García Sáez y Raquel Vañó Vicedo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

—*Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012.

—“La socialización del Derecho: el antiformalismo y los Derechos económicos, sociales y culturales” en *Historia de los derechos fundamentales S. XX*, V.1, libro 2, Dykinson, Madrid, 2014.

LOIS, MARTA, “Ernesto Laclau y Chantal Mouffe: hacia una teoría radical de la democracia”, en *Teorías políticas contemporáneas*, citado.

LONDOÑO TORO, BEATRIZ, “Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación”, en *Revista de Estudios socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, V. 1, N°2, Bogotá, 1999.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, “El formalismo Jurídico de la teoría Jurídica estadounidense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2012.

LOSANO, MARIO, “La ley y la azada: orígenes y desarrollos del Derecho alternativo en Europa y en Sudamérica”, en *Derechos y libertades* N°19, 2000.

—*I grandi sistema giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

—*Función Social de la propiedad y latifundios ocupados. Los sin tierra de Brasil*, Madrid, Dykinson, 2006

LÖWY, MICHAEL, *El marxismo en América Latina. Antología, desde 1909 hasta nuestros días*, LOM Ediciones, Santiago, 2015.

LUBE, MENARA, “Conflicto, Equilibrio y cambio social en la obra de Max Gluckman”, en *Papeles del CEIC*, N° 88, Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva, Universidad del País Vasco, 2012.

MÁIZ, RAMÓN, “Teoría normativa e empírica de la democracia en Robert Dahl”, en *Teorías políticas contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MANIN, BERNARD, “On Legitimacy and Political Deliberation”, en *Political Theory*, V. 15, N°3, 1987.

MANSBRIDGE, JANE, “Deliberative Democracy or Democratic Deliberation?” en *Deliberation, Participation, and Democracy: Can the People Govern?* edit. por Rosenberg, Shawn, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2008.

MARIÁTEGUI, JOSÉ CARLOS, *Peruanicemos al Perú*, Amauta, Lima, 1970

MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa, una teoría de la democracia*, Marcials Pons, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ ALIER, JOAN, *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*, Icaria, Barcelona, 2005.

MARZIA, ROSTI, “Sobre la existencia de un sistema jurídico de un sistema jurídico iberoamericano. La reconstrucción de un debate y perspectivas de investigación”, en VV.AA. *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006.

MATTEI UGO, *Bienes comunes, Un manifiesto*, traducción de Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2013.

—Y NADER, LAURA, *Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal*, traducción de Álvaro Bonilla y Roger Merino, Palestra, Lima, 2013.

MATUS, ALEJANDRA, *El libro negro de la justicia chilena*, Planeta, Santiago, 1999.

MARX, KARL, *Escritos de juventud sobre el derecho. Textos 1837-1847*, edición y traducción de Rubén Jaramillo, Anthropos, 2008.

MAZARIEGOS, MÓNICA, *Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contrahegemónico del Derecho*, Tesis doctoral, Dirección de María José Fariñas, Universidad Carlos III de Madrid.

MCCANN, MICHAEL, “Law and Social Movements Contemporary Perspectives”, *Annua Review of Law and Social Science*, V. 2, 2006.

MCCANN, MICHAEL, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, Chicago University Press, Chicago, 1994.

MEDICI, ALEJANDRO, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico”, en *Debates constitucionales en nuestra América, Revista el Otro Derecho* N°48, ILSA, Bogotá.

MEDINA, JOSE, *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and the Social Imagination*, Oxford University Press, 2012.

MEJÍA QUINTANA, OSCAR, “A dos décadas de la Constitución Política de 1991”, en *Araucaria; Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N°29, 2013.

—“La Constitución de 1991 como proyecto inacabado”, en *Revista El Otro Derecho*, ILSA, Bogotá, 2002.

—“Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia”. en *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, compilado por Guillermo Hoyos Vásquez, Clacso, Buenos Aires. 2007.

MERCEDES, FRANCO DEL POZO, *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2000.

MERLINSKY, GABRIELA, *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.

— “Introducción. La cuestión ambiental en la agenda pública”, *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*, comp. por Gabriela Merlinsky, Clacso-CICCUS, Buenos Aires, 2013.

MIGNOLO, WALTER, *La idea de América latina. La herida colonial y la opción decolonial*, traducción de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba, Gedisa, Barcelona.

MIRAVET, PABLO, *Estado Social, empleo y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, *Del Espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blazquez y Pedro de Vega, Alianza, Madrid, 2003.

MOUFFE, CHANTAL Y ERREJON, IÑIGO, *Construir pueblo*, Icaria, Barcelona, 2015.

— *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, traducción de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Gedisa, Barcelona, 2012.

— *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, traducción de Soledad Laclau, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014,

MUGUERZA, JAVIER, “La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)” en *Ética, disenso y derechos humanos*, Arges, Madrid, 1997.

MUÑOZ, SERGIO, *El acceso a la Justicia Ambiental, Justicia Ambiental Revista de Derecho Ambiental*, N° 6, Santiago, 2014.

MURGUÍA, ADRIANA, “Epistemología social y democracia deliberativa”, en *Acta sociológica*, N° 63, 2014.

NEGRI, ANTONIO, HART, MICHAEL, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Debare, Madrid, 2004.

NIEMBRO, ROBERTO, “Las respuestas legislativas a las sentencias constitucionales como formas de diálogo constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 95, 2012.

- “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Revista Isonomía*, N°38, 2013.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, traducción de Pedro Saba, Gedisa, Barcelona, 2003.
- NISBET, ROBERT, *Historia de la idea de progreso*, Gedisa, Barcelona, 1981.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”, *Revista Ius et Praxis*. 2004, V.10, N°2.
- NOGUERA, ALBERT, “El neoconstitucionalismo andino: una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, N° 90, 2011.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, “Justicia de clases”, en *Revista Mensaje*, número 187, Santiago, marzo-abril de 1970.
- NOZIC, ROBERT, *Anarquía, Estado y utopía*, traducción de Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1991.
- O’ GORMAN, EDMUNDO, *La invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del nuevo mundo y del sentido de su devenir, universalismo de la cultura occidental*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- OSPINA, WILLIAM, *Pa que se acabe la vaina*, Planeta, 2013, Bogotá.
- PACARI, NINA, “Levantamiento indígena”, en *Sismo étnico en el Ecuador. Varias perspectivas*, CEDIME-Abya-Yala, Quito, 1993.
- PARRA, OSCAR, *La protección judicial de las dimensiones prestacionales del Derecho a la salud: tipos de norma y estándares y formas de activismo judicial*, tesis de maestría en Derecho aprobada por la Universidad Nacional de Colombia.
- PAŠUKANIS, EVGENY, *Teoría general del Derecho y marxismo* y traducción de Virgilio Zapatero, Labor, Barcelona, 1976.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO, “El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1991.

PÉREZ LLEDÓ, JUAN, *El movimiento Critical Legal studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

PETTIT, *Republicanism, una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción Domènech, Paidós, Barcelona, 1999.

PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, comp. por M. Abregú y C. Courtis, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

PISARELLO, GERARDO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, 2014.

— *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.

— *Vivienda para todos en (de) construcción. El derecho a la vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

— “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década”, *Revista Sin Permiso*, 2009.

— *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

PIKETTY, THOMAS, *El capital en el siglo XXI*, traducción de Eliane Cazenave- Tapie Isoard, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

POSNER, RICHARD, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

POZZOLO, SUZZANA, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, traducción de Pedro Grande Castro, Palestra, Lima, 2011.

PRADA, RAÚL, *Descolonización y transición*, Abya-Yala, Quito, 2014,
—*Miseria de la Geopolítica. Crítica a la geopolítica extractivista*, disponible en:
<http://www.rebelion.org/docs/157961.pdf>

PRIETO, LUÍS, *Ideología e interpretación Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

PUGA, MARIELA, *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia*, Clacso, Buenos Aires, 2012.

RETAMOZO, MARTIN, “Democracias y populismos en América del Sur: otra perspectiva. Un comentario a «La democracia en América Latina: la alternativa entre populismo y democracia deliberativa»” en *Revista Isegoría* , N°47, 2012.

RINCÓN, COVELLI; CONTRERAS, TATIANA; CANTÚ, JUAN & MARTÍNEZ, SILVIANO, *Modelo para armar, litigio estratégico en Derecho humanos*, coord. por Juan Carlos Gutiérrez, México, 2011.

RIVERA CUSICANQUI, SILVIA, *Sociología de la imagen. Miradas ch'ixi desde la historia andina*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2015, p.311.

— Y SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Conversa del mundo”, en VV.AA. *Revueltas de indignación y otras conversas*, editado por José Luis Exeni Rodríguez, Alice, Bolivia 2015, p. 92

ROA, JORGE, *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia*, Serie de documentos de trabajo N°40, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado, 2015.

ROBINSON, JAMES Y ACEMOGLU, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, traducción de Marta García Madera, Crítica, Bilbao, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, “¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento forzado o como superar el estado de cosas Inconstitucional”, en *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Uniandes, Bogotá, 2009

— *La globalización del estado de Derecho*, Uniandes, Bogotá, 2009.

— *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el Derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Dejusticia, Bogotá, 2012.

— “Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y el Derecho comparado*, compilado por Malcom Langford, traducción Carlos Morales Setién, Siglo del Hombre, Bogotá, 2013.

—Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.

—Y BAQUERO, CARLOS ANDRÉS, *Reconocimiento con redistribución. El Derecho y la justicia étnico racial en América Latina*, Dejusticia, Bogotá, 2015.

—Y RODRÍGUEZ, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, traducción de Carlos Morales de Setien, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ, *Formalismo ético y constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA, “El republicanismo débil: una condición de posibilidad para los nuevos derechos”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, 2004.

ROITMAN, MARCOS, *Tiempos de oscuridad. Historia de los golpes de Estado en América Latina*, Akal, Madrid, 2013.

ROSAS DE ANDRADE, LEDIO, *O Movimento de direito alternativo brasileiro*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996.

ROSAS, OLIVERIO, *Los ejércitos*, Tusquets, Barcelona, 2012.

ROSENBERG, GERALD. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* The University of Chicago Press, Chicago, 1991.

ROSENKRANTZ, CARLOS, “La democracia: una crítica a su justificación epistémica”, en *Revista Doxa*, N°10, 1991.

RUIZ, JUAN, *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas para activistas de derechos humanos*, Instituto de Defensa Legal, Perú, 2009.

RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, en *Dirrito & questioni pubbliche*, N°9, Palermo, 2009.

SAFFON, MARÍA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Socio Jurídica*, Bogotá, enero-junio 2011.

SALINAS, ADÁN, *La semántica biopolítica. Foucault y sus recepciones*, Cenaltes, Viña del Mar, 2014.

SALAZAR, GABRIEL, *Historia de los movimientos sociales en Chile. Trayectoria histórica y proyección política*, Uqbar, Santiago, 2013.

SALAZAR, HUASCAR, *La formación histórica del movimiento indígena campesino boliviano. Los vericuetos de una clase construida desde la etnicidad*, Clacso, Buenos Aires, 2013.

SALGADO, JOSÉ MARÍA, *Tutela Individual Homogénea*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

SÁNCHEZ, CRISTINA, *Hannah Arendt. El espacio de la política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ, LUZ MARÍA, *Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz*, Tesis de Magister en Derecho, por la Universidad Nacional de Colombia, 2011.

SÁNCHEZ MOJICA, BEATRIZ VERÓNICA, *El estatuto constitucional del desplazamiento interno en Colombia*. Tesis doctoral dirigida por Pablo Pérez Tremps y Luís Peral Fernández, Universidad Carlos III de Madrid, 2007.

SANÍN, RICARDO, “Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical”, en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, V.12, N°12, 2012.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009.

— “Os conflitos urbanos no Recife: O caso do Skylab”, *Revista Critica de Ciencias Sociais*, Coimbra, 1983.

—*Crítica de la razón indolente, contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée Brouwer, Bilbao, 2003.

—*De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, traducción de Mauricio García Villegas, Siglo del Hombre-Uniandes, Bogotá, 1998

—*Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*, Clacso, Buenos Aires, 2006.

—*Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad*, CIDES-UMSA, ASDI y Plural, La Paz, 2007.

—“Más allá del pensamiento abismal. De las líneas globales a una ecología de saberes” en *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Clacso, Buenos Aires, 2010.

—*Refundar el estado en américa latina*, Instituto de Derecho y Sociedad, Lima, 2010.

—*El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta/Ilsa, Madrid, 2011.

—*Derecho y emancipación*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2012.

—Y AVRITZER, LEONARDO, “Introducción: Para ampliar en canon democrático”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, coordinado por Boaventura de Sousa Santos, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

—Y MENESES, MARÍA PAULA, *Introducción a Epistemologías del Sur*, Akal, Madrid, 2014.

—Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio jurídico*, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

SARAT, AUSTIN Y SCHEINGOLD, STUART, *Cause lawyers and social movements*, Stanford University Press, California, 2006.

SCHAVELZON, SALVADOR, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*, Clacso, Plural, CEJIS, IWGIA, La Paz, 2012.

SCHMITT, CARL, *Sobre el parlamentarismo*, traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Tecnos, Madrid, 1990.

— “El giro hacia el Estado totalitario”, en *Carl Schmitt: Teólogo de la Política*, edit. por Orestes Aguilar, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

— *El concepto de lo político*, traducción de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 2009.

SCHUMPETER, JOSEPH, *Capitalismo, socialismo y democracia*, traducción de José Díaz, Aguilar, Madrid, 1968.

SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El movimiento del Derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, España, 1993.

SENESE, SALVATORE, “La institución Judicial en Italia de la segunda post guerra hasta hoy”, en *Política y justicia en el estado capitalista*. Editado por Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978.

SIEGEL, REVA, POST, ROBERT, *Constitucionalismo democrático. Por una reconstrucción entre constitución y pueblo*, traducción. y compilación por Leonardo García Jaramillo, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013

SHIVA, VANDANA, *Las guerras del agua. Contaminación, privatización y negocio*. Icaria, Barcelona, 2004.

—Y MIES, MARÍA, *Ecofeminismos. Teoría, crítica y perspectivas*, traducción de Mirela Bofill, Daniel Aguilar, Eduardo Iriarte y Marta Pérez y Joan Soler, Icaria, Barcelona, 2014.

SKILL, KARIN Y GRINBERG, EZEQUIEL, “Controversias sociotécnicas en torno a las fumigaciones con glifosato en Argentina. Una mirada desde la construcción social del riesgo” en *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*.

SOLAR CAYÓN, JOSÉ, “El concepto de Derecho en el americano”, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, VVAA, Santander, Universidad de Cantabria, 2003.

SOMIN, LLYA, “Cuando la ignorancia no es una bendición: sobre cómo la ignorancia política amenaza a la democracia”, traducción de Celia Lerman, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 8, 2007.

SOMMA, ALESSANDRO, *Introducción al Derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Instituto Figuerola de Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SORIANO, RAMÓN, *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.

SOUZA, MARÍA DE LOURDES “Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica”, *Anuario de filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998.

—*El uso alternativo del Derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

SOTELO, IGNACIO, *El Estado Social. Antecedente, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010.

SPIVAK, GAYATRI, “Can the Subaltern Speak?”, en *Marxism and the Interpretation of Culture*, edit. Cary Nelson and Lawrence Grossberg, Macmillan, Londres, 1988.

SQUELLA AGUSTÍN, “*Introducción al Derecho*”, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, 2000.

STAVENHAGEN, RODOLFO, *Los pueblos originarios: el debate necesario*, Clacso, Buenos Aires, 2010.

SVAMPA, MARISTELLA, “Consenso de los commodities giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina”, en VVAA, *Movimientos socioambientales en América Latina*, coord. por Lucio Fernando Oliver, Clacso, Buenos Aires, 2012.

—*Debates Latinoamericanos. Indianismo, Desarrollo, Dependencia, populismo*, Edhasa, Buenos Aires, 2016.

—Y VIALE, ENRIQUE, *Maldesarrollo, la argentina de extractivismo y el despojo*, Katz, Buenos Aires, 2015.

SWISTUM, DÉBORA Y AUYERO, JAVIER, *Inflamable, estudio del sufrimiento ambiental*, Paidós, Buenos Aires, 2008.

TAIBO, CARLOS, *El decrecimiento explicado con sencillez*, Catarata, Madrid, 2011.

TANZI, ARISTIDE, *L'Antiformalismo giuridico. Un percorso antológico*, Raffaello Cortina, Milano, 1999.

TAPIA, LUIS, *Política Salvaje*, Clacso, La Muela del Diablo, La Paz, 2008.

—“El estado en condiciones de abigarramiento” editado por EMIR SADER, en *El Estado. Campo de lucha*, Clacso, Buenos Aires, 2010

TORTOSA, JOSÉ MARÍA, *Maldesarrollo y mal vivir. Pobreza y violencia a escala mundial*, Abya-Yala, Quito, 2011.

TREVES, RENATO, *Introducción a la sociología del derecho*, traducción por Manuel Atienza, Taurus, Madrid, 1978.

—*La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, traducción de María José Añon Roig, Manuel Atienza y J.A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998.

TUSHNET, MARK, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.

UNCETA, KOLDO, *Desarrollo, postrecimiento y buen vivir. Debates e interrogantes*, compilado porpor Martínez, Esperanza y Acosta, Alberto, Abya Yala, Quito, 2014.

UPRIMNY, RODRIGO “Legitimidad, conveniencia del control constitucional a la economía”, en VV.AA, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma/Vitral, Bogotá, 2006.

—“La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°6, año 4, 2007.

— “Las Transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. por César Rodríguez Garavito, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

— Y SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARÍA, “Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después” *Cahiers des Amériques latines*, 2014.

—Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004.

VALLESPÍN, FERNANDO, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en *Teorías políticas contemporáneas*, Comp. Ramón Máiz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VANHALA, LISA, *Making Rights a Reality? Disability Rights Activist and Legal Mobilization*, Cambridge University Press, 2014.

VARGAS, FERNANDO, “Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas”, en *Minería en Colombia. Fundamentos para*

superar el modelo extractivista, coordinado por Luis Jorge Garay, Contraloría General de la República, Bogotá 2013.

VARGAS REINA, J. “Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012” *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, N°6, 2014.

VÁSQUEZ, PAULA, “El caracazo (1989) y la tragedia (1999): Economía moral e instrumentalización política del saqueo en Venezuela”, *Reveu Internationale de Politique Comparée*, V. 17, N°2, 2010.

VELASCO, JUAN CARLOS, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

— “Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas”, en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N° 9, 2003.

— “Democracia y deliberación pública”, en *Revista Confluencia XXI*, N°6, 2009

— *Habermas*, Alianza, Madrid, 2013.

VELOTTI, FRANCESCA, “Entre el bien común y el buen vivir. Afinidades y distancia, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador, N°48, 2014.

VERBIC, FRANCISCO, “El remedio estructural en la causa “Mendoza” antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los tres años de su implementación” en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N°43, 2013.

VERBITSKY, HORACIO, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto, sin justicia no control*, Planeta, 1993.

VERGÉS, JACQUES, *Estrategias judiciales en los procesos políticos*, Traducción de María Teresa López Pardina, Anagrama, Barcelona, 1970.

VICIANO ROBERTO, MARTÍNEZ RUBÉN, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010.

VILE, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

VILLACAÑAS, JOSÉ LUIS, *Populismos*, La Huerta Grande, Madrid, 2015.

VV.AA, *Los límites del crecimiento. Informe al Club de Roma sobre el Predicamento de la Humanidad*, 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

VV.AA, *L' uso alternativo del diritto, Vol. 1: Scienzagiuridica e análisis marxista*, coordinado por Pietro Barcellona, Laterza, Bari 1973; Vol. 2: *Ortodossia Giuridica e pratica política*, Coordinado por Pietro Barcellona, Laterza, Bari, 1973.

VV.AA. *Política y justicia en el estado capitalista*, Editado por Perfecto Andrés Ibañez, Fontanella, Barcelona, 1978.

VV.AA. *Transition to democracy in Latin America: the role of the judiciary*, editado por Irwin Stotzky, Boulder, Westview Press, 1993.

VV.AA. *Constitucionalismo y democracia*, edit. por Jon Elster y Rune Slagstad, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

VV.AA, *Defensa del interés público. Enseñanza estrategias, experiencias*, editado por Felipe González y Felipe Viveros, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999.

VV.AA. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, edit. por E. Lander, Clacso, Buenos Aires 2000.

- VV.AA., *La democracia deliberativa*, coomp. por Jon Elster, Gedisa, Barcelona, 2001.
- VV.AA., *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de 2001*, coord. por German Pérez y Sebastián Pereyra, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2002.
- VV.AA., *El fracaso del consenso de Washington. La caída de su mejor alumno: Argentina*, editado por Laura Ramos, Icaria, Barcelona, 2003.
- VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, coord. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.
- VV.AA., *Democracia deliberativa y derechos humanos*, coomp. por Dworkin, Koh Style, traducción de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004.
- VV.AA., *Democracia y representación, un debate contemporáneo*, comp. Por Miguel Carbonell, Tribunal Electoral del Poder Judicial, México, 2004.
- VV.AA., *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, editado por José Aylwin, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La frontera, Temuco, 2004.
- VV. AA., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, coord. por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, Unidades, Bogotá, 2004.
- VV.AA., *El Foro Social Mundial: desafiando imperios*, traducción de Gemma Galdón, edit. por Arturo Escobar, Peter Waterman, y otros, Viejo Topo, 2004.
- VV.AA., *Democracia y virtudes cívicas*, edit. por Pedro Cerezo, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- VVAA. *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Courtis, y Ramiro Ávila Santamaría, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2006.

VV.AA., *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*, Norma-Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Bogotá, 2006.

VV.AA. *Derecho y globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, editado por Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito, Anthropos, España, 2007.

VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogido*, editado por Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2007.

VV.AA., *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*, editado por Liliana Suárez y Rosalva Aída Hernández, Cátedra, Madrid, 2008.

VV.AA., *AIDA Guía de Defensa Ambiental. Construyendo la Estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, 2008.

VV.AA., *La estratagema terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto armado interno en Colombia*, Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia y Fundación Konrad, Bogotá, 2008.

VV.AA., *Teoría y crítica del Derecho constitucional*, Tomo I y II, coord. ROBERTO GARGARELLA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

VVAA., *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

VV.AA., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, coord. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.

VV. AA., *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2010.

VV.AA, *Y refundaron la patria... De mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, editado por Claudia López Hernández, Random House, Bogotá, 2010.

VV.AA, *Democracia deliberativa a debate*, coord. por Leonardo García Jaramillo, EAFIT, Medellín, 2011.

VV.AA, *El Estado ante la sociedad Multiétnica y Pluricultural, Políticas Públicas y Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela (1999-2010)*, editado por Luis Jesús Bello, IWGIA, Caracas, 2011.

VV.AA., *Luchas “muy otras”. Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, Universidad Autónoma Metropolitana, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2011.

VV.AA., *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, coordinado por Mauricio Albarracín y César Rodríguez, Uniandes, 2011 Bogotá.

VV.AA., *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. por César Rodríguez Garavito, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

VV.AA, *El eterno retorno del populismo en América Latina y el Caribe*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.

VVAA. *Por una asamblea constituyente*, Sequitur, Madrid, 2012

VV.AA, “Agonismo y deliberación: diferencias conceptuales entre dos perspectivas sobre política y conflicto”, en *Revista Andamios*, V. 11, N°24, 2014.

VV.AA. *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

VV.AA. *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales*, compilado por Jorge Guevara y Aníbal Gálvez Rivas, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, Dirección Académica de Responsabilidad Social, Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima, 2014.

VV.AA., *¿qué es un pueblo?*, traducción de Cecilia González y Fermín Rodríguez, de LOM, Santiago, 2014

VV.AA., *Tejiendo de Otro Modo. Feminismo, epistemología y apuestas decoloniales en Abya Yala*, edit. por Yuderkys Espinosa, Diana Gómez y Karina Ochoa, Universidad del Cauca, 2014.

VV.AA., *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, coord. por Carlos Wolkmer, Ivone Fernández, CENEJUS, Florianopolis, 2015.

VV.AA., *Senderos de justicia: instrumentos de litigio y defensa de comunidades afectadas por la minería*, edit. por Guilherme Zagallo, traducción de Mariana Marcoantonio y Pablo Moronta, Sao Paulo, Rosa de Luxemburgo-Justicia Global, 2015.

VV.AA., *Diálogos constitucionales con el mundo*, editado por Juan Carlos Henao Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013,

VV.AA., *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, coordinado por Mauricio Albarracín y César Rodríguez, Uniandes, 2011 Bogotá.

WALDRON JEREMY, *Derechos y Desacuerdos*, traducción de José Luis Martí, Marcial Pons, Madrid, 2005.

WALLERSTEIN, IMMANUEL, “El eurocentrismo y sus avatares: los dilemas de las ciencias sociales” *Revista de sociología Universidad Chile*, V. 15, 2001.

WOLKMER, ANTONIO, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, Porrúa, México, 2002.

—*Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Facultad de Derecho de la universidad autónoma de San Luis de potosí, San Luís de Potosí, 2006.

YRIGOYEN, RAQUEL, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El Derecho en América Latina, mapa para el pensamiento jurídico en el S. XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

—*Litigio estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la comunidad nativa islas tres*, Instituto de Derecho y Sociedad, Lima, 2013.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

ZARKA, YVES, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos, Barcelona, 2007.

ZIZEK, SLAVOJ, BUTLER, JUDITH, LACLAU, ERNESTO, *Contingencia, hegemonía y universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*, traducción de Cristina Sardoy y Graciela Homs, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003.

ZOVATTO, DANIEL, “Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina. Balance comparado: 1978-2010”, en *Revista de Sociología*, N°24, 2010, pp.87-124.

INFORMES

ACNUR, *Tendencias Globales, Desplazamiento Forzado en el mundo año 1014*, http://acnur.es/portada/slider_destacados/img/PDF_180615093507.pdf (último acceso julio 2015)

ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA Y JUNTA DE VECINOS DE LA VILLA INFLAMABLE, *Villa Inflamable. Donde comenzó el caso “Mendoza” los derechos siguen esperando*. Disponible en: <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2012/12/Villa-Inflamable-Informe-Final-optimizado.pdf> (visitado noviembre 2015)

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR (Cinep), “¿Y si la tierra hablara? Los ecos de la restitución”, *Boletín N°2*, septiembre 2014.

CODHES, *La Corte ordena. Autos de seguimiento de la sentencia T-025-2004*, Ántropos, Bogotá, 2011.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ), CENTER ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS (COHRE), *El acceso a agua segura en el Área Metropolitana de Buenos Aires. Una obligación impostergable*, 2009.

http://www.cels.org.ar/common/documentos/agua_INFORME_COMPLETO.pdf
(visitado octubre 2015)

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Derechos Humanos en Argentina: informe 2011*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

COMISIÓN COLOMBIANA DE DERECHOS HUMANOS, 18 febrero 2008, *Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humano NU.E/CN.4/1998/53/Add.2*.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *IX Informe sobre desplazamiento forzado en Colombia periodo 2013-2014*.

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/ix_informe_sobre_el_desplazamiento_forzado_en_colombia_2015.pdf (último julio 2015)

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Primer Informe de Verificación presentado a la Corte Constitucional. Verificando el cumplimiento de los derechos*, Antrophos, Bogotá, 2008.

— *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual Sexto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 y Primer Informe de Seguimiento al Auto 009 de 2015, Anexos Reservados*, Antropos, Bogotá, 2016.

— *Estado de avance de la realización del derecho a la participación efectiva de la población desplazada*, Bogotá, Junio 2010.

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y MONITOREO AL CUMPLIMIENTO DE LA LEY 1448 DE 2011 -CMSL-, *Informe al Congreso de la República 2013 –2014*, Bogotá, agosto de 2014, pág. 573-575.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Conclusiones y recomendaciones. Argentina*, 10 diciembre 2004, CAT/C/CR/33/1

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, CCPR/CO/70/ARG,

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante del Secretario General Sr. Francis M. Deng*, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humano, 18 febrero 2008, NU.E/CN.4/1998/53/Add.2.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2002, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, número 3.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/VII Doc.49/13,

<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIÓN ARBITRARIA, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*, visita a Argentina, E/CN.4/2004/3/Add.3

INDEPAZ, *VIII Informe sobre Grupos Narcoparamilitares*, agosto de 2013. <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/08/Informe-VIII-Indepaz-final.pdf>.

CUERPO COLEGIADO, *Informe Especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo*. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/rio546101.pdf> (Visitado noviembre 2015)

INFORME ESPECIAL SOBRE LA CUENCA MATANZA-RIACHUELO, 2003. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/riachuelo.pdf> (visitado octubre 2015)

KNOX, JOHN, *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, UN Doc. A/HRC/22/43

PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS, *Vulnerabilidad a la inseguridad alimentaria de la población desplazada por violencia en Colombia*, Naciones Unidas, Bogotá, 2003.

