



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

TESINA DE MASTER

**ACTIVISMO JUDICIAL PROGRESISTA, DOS PROPUESTAS
CONTEMPORÁNEAS: EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO Y EL
ACTIVISMO DIALÓGICO.**

Autora:

Ana Karina Timm Hidalgo

Director:

Profesor Dr. D. Mario G. Losano

Tutor:

Profesor Dr. D. Carlos Lema Añón

Getafe, septiembre 2011.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
-------------------	---

CAPÍTULO I: MARCO TEORICO CLÁSICO: *USO ALTERNATIVO DEL DERECHO.*

1. PREÁMBULO.....	9
2. PRECISIONES CONCEPTUALES.....	9
2.1 Prácticas alternativas.....	9
2.2 Pluralismo jurídico.....	11
2.3 Uso alternativo del Derecho.....	12
2.4 Derecho alternativo.....	14
3. CARACTERÍSTICAS.....	15
3.1 En cuanto a su origen.....	15
A Contexto de surgimiento: Italia.....	15
B España.....	20
C Brasil.....	21
3.2 Presupuesto filosófico.....	24
3.3 Presupuesto teórico jurídico.....	35
A. Formalismo jurídico francés.....	36
A.1 Antiformalismo francés.....	37
A.2 Algunas reflexiones críticas.....	40
B Formalismo alemán.....	41
B.1 Antiformalismo alemán.....	42
B.2 Algunas reflexiones críticas.....	48
C Formalismo estadounidense.....	50
C.1 Antiformalismo estadounidense.....	52
C.2 Algunas reflexiones críticas.....	57
3.4 Una teoría crítica.....	59
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	65

CAPITULO II: APROXIMACIÓN SOCIO-JURÍDICA, LOS CASOS VERBITSKY Y T-025.

1. PREÁMBULO.....	62
2. CASO VERBITSKY.....	62
2.1 Análisis del caso.....	64
A. Hechos del caso.....	64
B. Historia procesal.....	65
C. Argumentos de las partes.....	67
C.1 Recurrente.....	67
C.2 Recurrido.....	68
D. Cuestión jurídica.....	71
E. Razonamiento del Tribunal.....	71
F. Decisión.....	74
G. Doctrina.....	75
H. Proceso de seguimiento.....	75
3. CASO T-025-2004.....	77
3.1 Análisis del caso.....	82
A. Hechos del caso.....	82
B. Historia procesal.....	82
C. Argumentos de las partes.....	83
C.1 Recurrente.....	83
C.2 Recurrido.....	84
D. Cuestión jurídica.....	85
E. Razonamiento del Tribunal.....	86
F. Decisión.....	88
G. Doctrina.....	90
G.1 Estado de Cosas Inconstitucional.....	90
G.2 Estado Social de Derecho.....	91
E. Proceso de seguimiento.....	93
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	98

CAPITULO III: ACTIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÁNEO, ACTIVISMO DIALÓGICO.

1. PREÁMBULO.....	102
2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA Y DISTINCIÓN PRELIMINAR.....	102
3. LOS CASOS DE COLOMBIA Y ARGENTINA.....	106
3.1 Colombia.....	106
3.2. Argentina.....	112
4. ACTIVISMO DIALÓGICO.....	118
5. CONSIDERACIONES FINALES.....	124
CAPÍTULO IV: Conclusiones: Uso alternativo del Derecho y Activismo Dialógico: encuentros y desencuentros.....	134
Bibliografía.....	137

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por objeto el fenómeno que suele denominarse activismo judicial progresista y se focaliza en dos manifestaciones contemporáneas de él: uso alternativo del Derecho y activismo dialógico.

El uso alternativo del Derecho es un movimiento de rasgos teóricos y prácticos que surge en Italia durante los años 70. Con cimientos integrados por diversos presupuestos teóricos y filosóficos, realiza una propuesta para los jueces que, en el ejercicio de las funciones, buscan demostrar su compromiso político con el nuevo modelo de Estado que nacía con rasgos sociales y democráticos, orientando su labor judicial hacia la preferente protección de las pretensiones de los grupos más desfavorecidos de la sociedad, a través de la reivindicación de un rol protagónico para la judicatura en la protección de los derechos fundamentales que el proceso de transición democrática italiana comenzaba a reconocer.

Lo cierto es que partiendo del uso alternativo del Derecho y específicamente indagando sobre la existencia de alguna repercusión actual de su propuesta, encontramos ciertas sentencias que nos parecieron especialmente ilustrativas de él, a su vez, descubrimos que la discusión sobre éstas había asumido nuevos y sugerentes ribetes que tienen como uno de sus más sofisticados catalizadores al activismo dialógico, cuestión que iremos desarrollando a lo largo del trabajo.

La investigación que se expondrá es principalmente de rasgos descriptivos, pues nos avocamos a conocer los presupuestos teóricos jurídicos y filosóficos que nos parecen necesarios para comprender adecuadamente el objeto de estudio. Junto a ello, nos ha interesado conocer los múltiples factores sociales que se esgrimen para explicar el activismo contemporáneo, sin que haya sido posible en esta etapa de la investigación desarrollar un diálogo fecundo con las críticas que desde diversas perspectivas se pueden formular a las propuestas. Es importante destacar que ello es una consecuencia querida y coherente con los parámetros metodológicos que decidimos guiar en esta investigación.

En este sentido, la metodología que hemos elegido para abordar el objeto es de carácter interdisciplinar, pues se buscará alcanzar los objetivos trazados recurriendo a diversas fuentes de información producto de diversos saberes jurídicos y no jurídicos. La justificación de esta metodología viene dada porque creemos que el estudio del activismo judicial precisa una apertura epistemológica que nos provea de una comprensión

enriquecida de éste. Por ello la indagación sobre las manifestaciones contemporáneas, se centra en lo que consideramos las fuentes directas del activismo judicial, es decir, sentencias representativas de él y para comprender los casos intentamos una aproximación exploratoria de los rasgos de los conflictos sociales que las han originado, a su vez nos interesó conocer las dinámicas sociales que se articularon para que éstas tuviesen gestación.

La estructura de la investigación cuenta con cuatro capítulos. El primero expone el marco teórico del uso alternativo del Derecho, en éste nos centraremos en el contexto de surgimiento del fenómeno y en sus presupuestos filosófico político y teórico jurídico. El segundo capítulo está constituido por una aproximación socio-jurídica al activismo dialógico, en tanto manifestación más reciente del fenómeno, es en éste capítulo que expondremos el análisis de dos casos que, como indicamos, es el resultado de nuestra investigación sobre manifestaciones recientes de judicatura progresista; los hemos elegido por considerar que son muy buenos representantes de los presupuestos que subyacen al discurso alternativo. El tercer capítulo está destinado a una aproximación teórica de los casos que hemos analizado en el capítulo anterior. Finalizamos con un capítulo de conclusiones en el que nos centramos en exponer los encuentros y desencuentros más relevantes de cada manifestación de activismo progresista y en dar respuesta a nuestra hipótesis de partida.

Una última referencia sobre la estructura: el trabajo se encuentra plagado de comentarios y consideraciones críticas que manifiestan un ejercicio permanente de reflexión sobre cada uno de los temas que se exponen, de modo que las conclusiones finales se refieren sólo a la comparación entre los dos modelos de activismo. Por otra parte, la investigación se expone en el mismo orden en el que fue realizada, con el interés de exponer su resultado de forma transparente respecto de su desarrollo y de invitar al lector a concatenar las reflexiones del mismo modo que lo hemos hecho nosotros.

La tesis inicial de la investigación ha sido que la propuesta del uso alternativo del Derecho y sus manifestaciones fácticas y teóricas más recientes se constituyen como vías de acción y reflexión que pueden contribuir a que los jueces asuman un rol activo en la satisfacción de las demandas de justicia social esgrimidas por las víctimas de los conflictos sociales que nuestras sociedades atraviesan.

La relevancia del trabajo puede ser comprendida desde dos perspectivas, la primera indica que este tipo de trabajos son especialmente necesarios en nuestras sociedades que exigen del Derecho un rol activo en la búsqueda de la superación de las injusticias y en la defensa de la paz social. La segunda viene dada por la necesidad de participar de un debate, que aunque antiguo, se regenera con nuevos matices inquiriéndonos sobre el papel que debe desempeñar el poder judicial en los problemas estructurales que nos aquejan y que, creemos, no ha sido suficientemente desarrollado.

Por ello se erige como voluntad de contribuir al diálogo académico y social sobre el papel que el Derecho y específicamente la función judicial, pueden o no tener en el cambio social. Una consideración axiológica inicial resulta del todo pertinente de explicitar: creemos que nuestras sociedades aumentan día a día sus cuotas de exclusión social, esta realidad se manifiesta ante nosotros con miles de víctimas, testigos inermes que intentan a través del ejercicio de acciones judiciales obtener justicia y satisfacer necesidades básicas para el respeto de su dignidad humana. Las respuestas que podamos dar desde la academia a la pertinencia o no de sus esfuerzos son del todo necesarias y nos invitan a hacer el máximo esfuerzo por poner en tensión nuestra inteligencia. Esta es nuestra motivación inicial.

CAPÍTULO I: MARCO TEORICO CLÁSICO:

USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

1. PREÁMBULO.

En este capítulo expondremos una imagen del movimiento uso alternativo del Derecho. Se inicia con una delimitación conceptual que busca una comprensión seminal del movimiento. Para una aproximación más profunda, se continúa con la exposición de sus presupuestos o bien de los diversos factores que se reúnen en él: una aproximación histórica a su contexto de surgimiento, una descripción de su fundamento filosófico y de su presupuesto teórico jurídico, para, finalmente encuadrarlo como una teoría crítica del Derecho.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES.

Es necesario distinguir entre las expresiones: prácticas alternativas, pluralismo jurídico, derecho alternativo y uso alternativo del derecho. Porque comparten un aire de familia y en ocasiones se utilizan como sinónimos, pero se refieren a fenómenos diversos, por lo que un acuerdo inicial sobre el sentido que daremos a estas palabras resulta indispensable.

2.1 Prácticas alternativas.

Comenzando por lo más amplio, la expresión *Prácticas Alternativas* alude a una serie de prácticas por las cuales distintos integrantes de la cultura jurídica intentan vincularse con el derecho estatal de una manera diversa a la tradicional, procurando a través de ellas un objetivo emancipador, es decir, “intentando hacerlo (al derecho estatal) receptivo a las expectativas de quienes tiende a menudo a ignorar¹”.

Estas prácticas se plantean como *alternativas*, en la medida que buscan diferenciarse de las prácticas que tradicionalmente se realizan con el derecho, caracterizadas por una actitud dogmática frente al contenido de las normas. En cambio, proponen transformar dicha recurrente actitud de distanciamiento y de pasividad ante la normativa estatal, en una

¹ Eberhard, Christoph, “Alguna implicaciones de los enfoques alternativos”, en *El Otro Derecho*, N°30, 2004, p. 16.

actitud activa de empoderamiento cívico y de activismo destinado a obtener mayores cuotas de justicia social

El contenido de una práctica alternativa puede ser muy variado. En Latinoamérica su impulso se encuentra del lado de los servicios legales alternativos², integrados por abogados comprometidos con las propuestas alternativas. Como se puede advertir, las prácticas alternativas tienen una clara impronta política, en la medida que las nutre un razonamiento crítico sobre el contenido de las normas. Sin perjuicio de ello se suele esgrimir que su sustento es democrático; es más, que buscan generar más democracia³.

Muchas veces se encontrará que la doctrina alude a ellas con la expresión uso alternativo del derecho. Sin embargo, éste comprende un fenómeno que participando de un espíritu similar, se diferencia de manera importante; pues a quien se propone el uso alternativo del derecho es específicamente a los jueces y a los operarios jurídicos vinculados directamente con el ejercicio de la función jurisdiccional. Por tanto, las prácticas alternativas podrían ilustrarse como un género y el uso alternativo del derecho, así como las otras expresiones que se expondrán, una especie de ellas. Por último, cabe destacar que

² Algunos ejemplos de ellos son: El instituto de apoyo jurídico popular (APUJ-Rio de Janeiro) dirigido por Miguel Pressburger, uno de los abogados más connotados de Brasil por estar vinculado al movimiento del uso alternativo del derecho; Vid. Wolkmer, Antonio, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Universidad Autónoma San Luis de Potosí, México, 2006, p.136. Cfr. Pressburger, T. Miguel, "El derecho a favor de los pobres", en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, op. cit., p. 213 y ss. En Colombia la presencia de servicios legales alternativos tiene como uno de sus representantes al Servicio Latinoamericano de Servicios legales alternativos. En Chile, el abogado Manuel Jacques, director del centro de reflexión y acción para el cambio: Querqum, nos ha ilustrado sobre este tipo de prácticas; Vid. "Legalismos y derechos humanos, un desafío para el uso alternativo del derecho", en *Oñati Proceedings*, Oñati, 1991, p. 213 y ss.

³ Un ejemplo frágil, pero, bastante ilustrativo de práctica alternativa es el trabajo realizado con la asociación de agricultores de Drôme, una localidad francesa. Lograron que una ley de arrendamiento tradicionalmente más favorable a los intereses de los propietarios, que a los agricultores, comenzara a ser aplicada sin necesidad de cambiar su contenido, ni la naturaleza del aparato judicial, generando un mayor triunfo para los agricultores en los procesos judiciales (de un 70 a 90%). El proceso comprendió actividades de información masiva (sobre la justicia, sus mecanismos, la ley y su elaboración, el estatuto jurídico de los arrendatarios de granjas y aparcerías) en el transcurso de reuniones locales para los agricultores y los aparceros. En una etapa posterior, se desarrolló una acción de formación, para un cierto número de ellos -los más motivados- con el fin de capacitarlos para que pudieran responder a las cuestiones jurídicas planteadas por sus colegas, y así estuvieran preparados para atender y participar, unos en las estructuras reglamentarias (comisiones consultativas de arrendamientos locales) y otros en las instancias judiciales (tribunales paritarios como los tribunales de arrendamientos locales). Al mismo tiempo, se realizó un trabajo de autoformación recíproca, entre magistrados profesionales y delegados agricultores y aparceros, permitiendo a unos (los campesinos) desmitificar la figura del juez, y a los otros (los jueces) conocer la realidad de quienes tienen que juzgar. Esta evolución en las decisiones judiciales es el resultado de la reapropiación por los campesinos, concernidos de sus problemas y de su capacidad para hacer irrupción en los tribunales de justicia con su realidad, creando una dinámica denominada por algunos como una relación de fuerza favorable. Cfr. Huyghebaert, Patricia, *1989-1999: Capitalisation de 10 années d' expériences. Un état des lieux des pratiques alternatives de droit*, Juristes-Solidarités, París, 2000, p. 90 y ss.

se ha prestado especial interés a estudiar las prácticas alternativas desde la antropología y la sociología jurídica.

2.2 Pluralismo Jurídico.

Este se constituye en uno de los centros de las reflexiones sociológica, antropológica y filosófica jurídica de corte antiformalista de fines del siglo XIX. Como tal no es precisamente un fenómeno contemporáneo⁴, pero es en el contexto de la sociedad contemporánea y sus complejidades que se ha hecho más patente y estudiado.

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 conflicto⁵”.

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?⁶.

Los ejemplos más recurrentes de pluralismo jurídico son: el derecho indígena, el derecho de las guerrillas, de grupos paramilitares, el derecho doméstico, el de los narcotraficantes, etc. Es decir, distintos grupos que dentro de un país determinado dictan su propia normativa que realmente regula sus actividades.

Como se puede ver, de los ejemplos anteriormente dados, es un tema complejo. Con razón se ha destacado que no existe nada inherentemente bueno al fenómeno del pluralismo jurídico, buscando criticar una *a priori* evaluación positiva de la propuesta de reconocer

⁴ En este sentido se distingue el pluralismo jurídico clásico, que comprende la etapa colonial y busca indagar las formas de confluencia entre derecho indígena y derecho europeo. Del pluralismo jurídico postcolonial o el nuevo pluralismo jurídico referido a países industrializados, éste se orienta a indagar las relaciones entre órdenes jurídicos oficiales y órdenes jurídicos que se articulan junto a él. Vid. Santos, Boaventura De Sousa., *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de Carlos Ramírez, Mauricio García, Elvira del Pozo, y Carlos Morales, revisión de la traducción por Carlos Lema Añón, Trotta, Madrid, 2009, p. 50 y ss.

⁵ 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.

⁶ Santos, Boaventura De Sousa, *Sociología jurídica Crítica...*, op. cit., p. 57.

validez jurídica a normativa de origen no estatal –pensemos en minorías étnicas y los desarrollos de los comunitarias-, ya que no es un razonamiento extensible a toda manifestación de pluralismo jurídico, pensemos en la normas que se emiten los grupos narcotraficantes o de la mafia.

Por estos aspectos y muchos otros que irían surgiendo de un análisis más pormenorizado de su propuesta, resulta que el pluralismo jurídico es complejo en sí mismo y más aún cuando se analiza desde el prisma de la teoría jurídica de corte formalista, que en muchos de nuestros países es la dominante.

El pluralismo jurídico suele ser vinculado al uso alternativo del derecho ya que las consecuencias del pluralismo pueden conllevar un ejercicio de él, en la medida en que los jueces asuman en un litigio determinado dar efecto a las normas de raíz no estatal para resolver la contienda sometida a su decisión. Piénsese, por ejemplo, en una conducta que, de acuerdo al ordenamiento estatal se encuentra tipificada como delito. Mientras que, de acuerdo a la normativa de una determinada comunidad indígena, es cumplimiento de las normas ancestrales que la identifica⁷.

2.3 Uso alternativo del derecho.

Y llegando a nuestro objeto de estudio, caracterizaremos preliminarmente al uso alternativo del derecho como una propuesta teórica y práctica, cuya especificidad viene dada por ser la autoridad judicial la que se propone utilizar los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; es decir, privilegiando en las actividades de interpretación y aplicación de la ley los intereses de personas que se encuentran en una situación socialmente desventajosa⁸.

El *uso* que se propone es *alternativo* en la medida en que busca diferenciarse de los precedentes judiciales tradicionales emitidos por jueces que forman parte de una cultura

⁷ Un ilustrativo ejemplo es el movimiento de jueces brasileños “La ética del otro”; Vid. Cesar De Souza, Artur, “Interculturalidade e fontes do direito a ética da racionalidade do outro como princípio e critério objetivo na análise da interculturalidade e sua relação quanto à legitimidade das fontes do direito”, en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, coord. María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón, Félix Vacas Fernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 253 y ss.

⁸ Cabe destacar que para Antonio Carlos Wolkmer, el derecho alternativo está inserto en el ámbito del pluralismo jurídico, en tanto fenómeno sociológico mayor que, comprende una: “multitud de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio socio político, interconectadas por conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficiales u teniendo razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales” Vid. Wolkmer, Antonio, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, op. cit., p.165.

formalista y conservadora; imbuida en la aplicación acrítica del decimonónico silogismo judicial y a-valorativa respecto de las condiciones sociales en las que se encuentran las personas involucradas en la contienda sometida a su decisión, así como desvinculada de la significación política de la norma a aplicar.

La propuesta alternativa se manifiesta crítica ante la forma de entender la labor judicial por la ciencia jurídica. En esto, nos detendremos al hablar del presupuesto teórico jurídico del movimiento. Junto a ello, se manifiesta crítica ante concepciones liberales insuficientemente comprometidas con la superación de las desigualdades sociales y la miseria. Por ello, el uso alternativo del derecho es una propuesta militante con una determinada concepción de la justicia que se identifica con los intereses de las personas más desventajadas de la sociedad. Es más, tiene una sensibilidad política de izquierdas, cuestión en la que más adelante profundizaremos al hablar de su presupuesto filosófico político.

Como vemos, participa de un aire de familia importante respecto de las prácticas alternativas, ya que vendría a ser una especificación de sus propuestas donde el protagonista es el juez. Es evidente que constituye una postura a favor de una función política del derecho, y de la a-neutralidad valorativa del juez.

Por generoso que parezca, es una propuesta cargada de tensiones y se encuentra destinado a confrontarse con poderosos argumentos críticos que forman parte de una larga tradición en la historia del pensamiento jurídico. Las principales críticas vendrán de la mano de los riesgos que conlleva para la seguridad jurídica, el riesgo de parcialidad y arbitrariedad de los jueces y una doble moralidad del movimiento: por una parte defienden el Estado de Derecho y por otra están en contra de sus principios más elementales⁹. Por ello, el análisis de estas tensiones será un aspecto importante de esta investigación.

Es importante destacar que el uso alternativo del derecho -por lo menos en su origen europeo- no se planteó como un punto de inflexión absoluto entre la dialéctica principio de legalidad-justicia, pues la vía para arribar a sentencias alternativas es la hermenéutica jurídica. Es decir, no es uso alternativo de Derecho la ‘libre creación del Derecho’ al margen de las fuentes previstas por el ordenamiento jurídico. “Algunos dicen que el

⁹ Sánchez Rubio, David, “Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad”, en *Derecho alternativo y crítica jurídica*, op. cit. p. 22.

derecho alternativo se caracteriza por negar la ley. Y esto no corresponde a la realidad. La ley escrita es conquista de la humanidad y no se ve posibilidad de vida en las sociedades sin normas (sean escritas o no). La alternatividad lucha para que surjan leyes efectivamente justas comprometidas con los intereses de la mayoría de la población, o sea, realmente democráticas. Y busca instrumental interpretativo que siga la misma dirección. Lo que la alternatividad no reconoce es la identificación del derecho tan sólo con la ley, ni que sólo el Estado produzca Derecho, lo que es diverso a negar la ley¹⁰.

2.4 Derecho alternativo:

Defendido por algunos autores y jueces en Brasil, plantea la posibilidad de que los jueces emitan decisiones que no encuentran una coherencia con la regulación legal destinada a resolver el litigio. Sus presupuestos y objetivos no son muy distintos a los del uso alternativo del derecho, la diferencia es más bien métrica, "en ellos –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. En efecto, muchos derechos sociales reconocidos en las sociedades europeas no lo están todavía (o lo están, pero no son aplicados) en Brasil: de aquí la exigencia de una lucha más radical¹¹".

La tipología que se difunde en Brasil plantea que el derecho alternativo, comprende: a) el positivismo de combate o militante: cuando se puede aplicar el derecho vigente; b) 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 excepcional.¹²

La tensión entre el derecho alternativo y las teorías jurídicas más tradicionales serán radicalmente mayor, pero, de todas formas nada nuevo en la historia del pensamiento jurídico. Como veremos al hablar de los presupuestos teórico jurídicos, la defensa de decisiones *contra legem* había surgido en Alemania con el movimiento del derecho libre, al que nos referiremos más adelante.

¹⁰ Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo na jurisprudência*, Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 10.

¹¹ 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. 309. Cfr. Correa, Oscar "Alternatividad y derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho", en *Crítica Jurídica*, Instituto de investigaciones jurídicas N° 13, México, 1994, p. 56.

¹² Losano, Mario, "La ley y la azada: orígenes y desarrollos del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", op. cit., p. 315. Cfr. Wolkmer, Antonio, "Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana", en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, op. cit., p.166.

3. Características.

Para continuar, expondremos las características que identificamos como esenciales del Uso Alternativo del Derecho. Detenernos en ello es básico para comprender con mayor detenimiento nuestro objeto de estudio. Como se verá, éste no constituye una *teoría nueva* en la historia del pensamiento jurídico, puesto que es el fruto de una serie de influencias que, convergiendo en él, le dan sustento; si se prefiere, un cuestionable sustento.

3.1 En cuanto a su origen:

A. Contexto de surgimiento: Italia.

Si las explicaciones mono-causales en general no satisfacen la descripción de los fenómenos sociales, ésta no es la excepción. Intentar recabar los aspectos sustanciales del origen histórico del uso alternativo del derecho es una tarea compleja, en gran medida porque se remonta a etapas profundamente enrevesadas de la historia de un país. Pese a ello, a continuación se expondrá un panorama en esta línea¹³.

Suele señalarse que el uso alternativo del derecho surgió del emblemático congreso en Catania, del año 1972. Sin restar importancia a dicha ocasión, de la que más adelante hablaremos, lo cierto es que su relevancia es más bien terminológica, pues en Italia el movimiento había comenzado mucho antes.

En este sentido, su contextualización se circunscribe a un momento histórico mayor: el *Movimiento del 68*¹⁴, caracterizado por el despertar de grupos sociales que, en distintos países, tras los vejámenes de la segunda guerra mundial y frente a los nuevos grandes problemas que asolaban al mundo, comienzan a alzar su voz, asumiendo un rol protagónico en una serie de reivindicaciones sociales.

El movimiento del 68 en Italia, se encuentra vinculado a las consecuencias de la post-guerra y al proceso de reconstrucción democrática de una Italia devastada a consecuencia

¹³ Algunos trabajos con preferente perspectiva histórica, son: Rosas De Andrade, Ledio, *O Movimento de direito alternativo brasileiro*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996. Para Italia: Barcellona, Pietro, edit. *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. Y para España: Souza, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

¹⁴ Losano, Mario, "La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", *Derechos y Libertades*, Madrid, 2000, p. 279 y ss.

de las guerras mundiales y la dictadura del fascismo. Los problemas económicos, con la expansión del capitalismo, y los políticos, surgidos por las promesas incumplidas del estado de bienestar que se forjaba como opción tras la guerra, generaron una época marcada por grandes tensiones.

Un aspecto protagónico del impulso de nuestro objeto de estudio es entender, aun básicamente, el proceso de creación de la constitución italiana promulgada el 27 de enero del año 1947 y en vigencia desde el 1 de enero del año 1948, de corte republicana, democrática y antifascista. Ella fue el resultado de un proceso constitucional plural, con una relevante participación de sectores de izquierda, es más: “gracias a las aportaciones de estas fuerzas populares la constitución italiana es una de las más progresistas de entre las de los países occidentales y constituye sin duda la norma más avanzada de nuestro ordenamiento¹⁵”. No sólo consagra las garantías liberales propias del sistema burgués, sino que incorpora disposiciones de inspiración marxista¹⁶.

La nueva constitución llegaba con aires de libertad y renovación democrática. Sin embargo, el camino para que ella llegase a ser eficaz, como suele suceder en estos casos, fue bastante más largo. Uno de sus obstáculos fue la pervivencia de muchas leyes de claro talante fascista que habían sido creadas durante los años de Mussolini que, como es lógico, entraban en evidente contradicción con sus postulados. Junto a ello, estas leyes seguían siendo aplicadas por los mismos jueces que durante el fascismo habían ejercido sus labores, en coherencia con intereses del régimen y que no habían sido removidos de sus funciones con el inicio de la república¹⁷. Obviamente en temas tan delicados como los que se exponen no podemos generalizar. Sin embargo, la doctrina es coincidente en torno a que, también, en el caso de Italia los jueces fueron “un dócil instrumento de la organización del estado totalitario¹⁸”.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, “Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, Ibáñez Andrés, P [edit.], Fontanella, Barcelona, 1978, p. 108.

¹⁶ 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.*

¹⁷ Souza, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia*, op. cit., p.62.

¹⁸ Senese, Salvatore, “La institución Judicial en Italia de la segunda post guerra hasta hoy”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, op. cit., p. 36 y ss.

Algunos episodios de la historia que estamos intentando exponer, en sus aspectos substanciales, son muy ilustrativos de las complejidades que señalamos. Son episodios de represión política antidemocrática, que encontraban en la ley un importante asidero institucional; en plena democracia y a ¡más de veinte años! de la promulgación de la constitución. Nos referimos al “*caso Tolín*¹⁹” y el “*caso Valpreda*²⁰”. Ambos resultan un buen barómetro de la tenacidad de lo que intentamos ilustrar; el primero versa sobre aplicación de la ley de delito de opinión, el segundo es un montaje que grupos neofascistas intentaron realizar con el objeto de justificar una mayor represión policial y el estancamiento democrático.

Frente a este panorama un grupo de jueces comprometidos con los valores democráticos y específicamente con las lecturas que desde la izquierda política se realizan de ellos, se comenzaron a organizar para participar con una actitud crítica y propositiva. El centro de las reflexiones giró alrededor del rol que los jueces podían ejercer para una mejora tanto de la realidad institucional en la que se encontraban inmersos -el poder judicial-, como de la democracia.

En esta línea es fundamental exponer el surgimiento de *Magistratura Democratica*, una organización de jueces que se separa de la más antigua *Associazione Nazionale dei Magistrati Italiani*, pues esta última se definía como apolítica y a-sindical, abocada fundamentalmente a la defensa de intereses gremiales²¹. En fuerte contraste con ella, *Magistratura Democrática* aspiraba a ser un movimiento de jueces que se involucrara con los problemas del país más allá de la simple aplicación de la ley, emitiendo opiniones públicas (políticas de contra información)²² y articulando mecanismos de colaboración con los movimientos sociales.

¹⁹ El caso Tolín versa sobre la detención del director de un diario de izquierda y algunos tipógrafos, por haber publicado unos textos sin haber cumplido las normas de censura previa. Es un clásico caso de delito de opinión basado en leyes antidemocráticas. Se puede acceder a los hechos y derecho del caso, incluso la sentencia condenatoria en: *QualeGiustizia*, N°1, 1970, pp.35 a 32.

²⁰ Este caso versa sobre un atentado en Milán que primeramente se atribuyó a Pietro Valpreda y sus compañeros anarquistas, luego se demostró que todo era un montaje, para poder justificar una mayor represión policial y judicial de la protesta social y que realmente había sido perpetrado por sectores de extrema derecha. Este caso también se encuentra documentado en *QualeGiustizia*, especialmente, en N°31-32, 1975, p. 73 y ss.

²¹ El programa constitutivo de Magistratura Democrática data del año 1964, en Bolonia, fue suscrito por 27 jueces y se encuentra registrado en la revista *Qualegiustizia*, N°30, 1974, p. 777 y ss.

²² La revista *Qualegiustizia* fue fundada por un grupo de integrantes de magistratura democrática el año 1970. Era de publicación bimestral y editada en Florencia, por Nuova Italia

Otro factor importante se encuentra dado por los cuestionamientos a la fuerte jerarquización del poder judicial y a la forma de comprender la independencia judicial por los sectores más conservadores, independencia que, por primera vez en la historia se consagraba constitucionalmente, este énfasis es fundamental ya que no suele ser suficientemente destacado por los críticos del movimiento²³.

El acercamiento que se comienza a producir cada vez con más intensidad entre *Magistratura Democrática* y los pensadores de izquierda es absolutamente claro en la historia del movimiento. El recrudecimiento de los problemas sociales será el leitmotiv de que *Magistratura Democrática* asuma un perfil cada vez más radical. En definitiva, toda esta amalgama de factores ya nos sitúa frente a frente con los inicios del uso alternativo del Derecho.

Desde el año 1971 en adelante, *Magistratura Democrática* comenzó a generar distintas publicaciones en las que se demuestra el esfuerzo teórico que, algunos de sus connotados integrantes, realizaban por fundamentar el uso alternativo del derecho²⁴. Plantearon la necesidad de interpretar la ley en coherencia con el texto constitucional. Así, los jueces comprometidos socialmente, encontraría argumentos para adoptar decisiones coherentes con los ideales que inspiraban a los integrantes de dicha organización.

Con un carácter profundamente crítico hacia el formalismo positivista, adoptarán como gran bastión a la constitución y especialmente a su artículo 3: “es, pues, a partir de la radical preeminencia del artículo 3 de la constitución, y de los valores intrínsecos que este implica, cuando la locución «alternativa» resulta doblemente cargada de sentido: como alternativa a la jurisprudencia y los métodos teóricos tradicionales, y como alternativa político cultural al sistema capitalista²⁵”.

²³ Souza, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia*, op. cit., p.65 y ss.

²⁴ El primer gran esfuerzo teórico por exponer el sentido del uso alternativo del derecho viene dado por la ponencia que dieron en Roma el año 1971 Ferrajoli, Senesse y Accattatis, “Por una Magistratura Democrática”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, edit. por Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, p.116 y ss.

²⁵ Souza, María de Lourdes, op. cit., p. 73.

Ahora sí, el momento más relevante de las discusiones teóricas sobre las posibilidades y limitaciones del uso alternativo del Derecho se produjo en un histórico congreso celebrado entre el 15 y el 17 de mayo del año 1972, convocado por Pietro Barcellona -figura central del uso alternativo del derecho italiano-, a iniciativa del Departamento Jurídico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Catania. La modalidad del encuentro fue relación- intervención²⁶.

En dicha ocasión se pusieron de relieve las diferentes posturas sobre las posibilidades del uso alternativo. Hubo autores radicalmente optimistas, como Guastini, que llegaron a plantear derechamente que: la lucha de clases tiene, a través de las propuestas alternativistas, una proyección en el Derecho, “más ello no puede nunca sustituir la lucha de clases; esta se debe dar en el seno de la sociedad”. Otros, más escépticos negaban sus posibilidades en el seno del derecho burgués. Y otros, preocupados de las limitaciones que generaban conceptos como, seguridad jurídica y el principio de legalidad, optaban por centrar los esfuerzos en desvelar las posibilidades de la interpretación aprovechando lagunas y antinomias.

Sin embargo, pese a que se estaba en el momento más álgido de la reflexión la decadencia del movimiento ya estaba cerca. En el tercer congreso de *Magistratura Democrática*, celebrado en Rimini en 1977, comienzan a engendrarse, en el propio grupo que había promovido las estrategias más radicales de uso alternativo del Derecho y de activismo político, críticas a dichas acciones a partir de la revalorización de los principios de seguridad jurídica y legalidad. El principal argumento ha sido que el contexto social que fundamentaba el Uso Alternativo del Derecho con el tiempo comenzaba a desaparecer, pues la democracia evolucionaba dando señales, cada vez más reales, de vida 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 ha cambiado de estrategia, hoy tendría un nuevo y mejor ropaje

²⁶ La ponencias presentadas en dicha ocasión se encuentran recopiladas por Pietro Barcellona en los dos volúmenes de: *L'uso alternativo del diritto*, Vol. 1:y 2, op. cit. Junto a ello, una obra central en el pensamiento de Barcellona, en cuanto a uso alternativo del derecho es: *Stato e magistratura nella crisi*, Marsilio, Bolonia, 1979.

constituido por la teoría garantista del derecho que Luigi Ferrajoli expone en su imponente *Derecho y Razón*²⁷.

B. España.

El uso alternativo del Derecho encuentra una discreta manifestación histórica en España. El contexto socio político de su surgimiento se encuentra, también, vinculado con la dictadura que durante 40 años cercenó toda aspiración democrática en el país y que también se proyectó en el poder judicial. Así, el poder judicial español fue un bastión del proyecto del dictador, actuando en muchos casos como “unidad espiritual con el régimen”²⁸.

Pero, como decíamos hacer generalización en estos temas puede ser profundamente injusto para quienes no forman parte de esa generalidad; a buena hora no precisamos realizarlas, pues una serie de jueces, durante los años 70, comenzaron a comprometerse con el ascenso de su rol político en defensa de la democracia.

La organización *Justicia Democrática*, en principio clandestina y con núcleo originario en Barcelona, es la protagonista en España de las reflexiones respecto del Uso Alternativo del Derecho. La historia también la rememora por sus gestiones de investigación, recopilación de información sobre los vejámenes de la dictadura y corrupción en el poder judicial que publicaban de forma clandestina²⁹, buscando con ello influir en la situación política del país, más allá de intentar hacer un uso del derecho en sentido democrático.

El año 1977 se organiza el primer congreso de *Justicia Democrática*, en el que se decide poner fin a la organización, pues su razón se perdía con la llegada de una incipiente democracia. No obstante dejaron heredero: la conocida organización *Jueces Para La Democracia*, de actual vigencia. Esta, ya bajo el alero de la constitución, identificó como principal objetivo abrir el Derecho legal a los nuevos contenidos constitucionales, y en sus

²⁷ Vid. 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, pp. 233-256. Cfr. Souza, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, op. cit., 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..

²⁸ Souza, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, op. cit., p. 111 y ss.

²⁹ Vid VV.AA, *Los jueces contra la dictadura: Justicia y política en el franquismo*, Tucar, Madrid, 1978. Contiene una selección de textos políticos emitidos desde Justicia democrática.

objetivos se asimilaría de manera bastante más clara al movimiento que trabajó por el uso alternativo del Derecho en Italia.

Sin embargo, la experiencia española de uso alternativo del derecho es bastante menos intensa que la italiana, y principalmente desarrollada en círculos académicos. Sus autores más renombrados son: Nicolás López Calera, Modesto Saavedra, Perfecto Andrés Ibáñez y más recientemente el profesor David Sánchez Rubio.

Se han esgrimido como razones para ello el mayor éxito del proceso de transición a la democracia española y además que cuando ya estaban las condiciones políticas para comenzar a realizar y difundir con mayor tranquilidad el uso alternativo del derecho, el movimiento italiano ya estaba en franca decadencia y con muchas críticas contundentes a su haber³⁰.

Por ello, estudiar el Uso Alternativo del Derecho en Italia o en España actualmente sería una labor principalmente histórica. No obstante, hoy también encontramos autores que proponen un *uso alternativo del derecho razonable*: “un uso alternativo que no se enfrenta a un sistema capitalista opresor de las clases trabajadoras, sino que se centra en ampliar espacios de libertad e igualdad frente a los grandes poderes³¹”.

C Brasil: Uso alternativo del derecho y Derecho Alternativo.

El uso alternativo del Derecho encuentra, actualmente, en Brasil su manifestación más documentada y vehemente. Los primeros signos del movimiento también los encontramos en el proceso de transición democrática que se inicia a finales de los años setenta. Precisan de especial connotación -además de las complejidades propias de un proceso transicional- los problemas socio económicos, pues pese a tener una constitución con un robusto catálogo de derechos sociales Brasil es un país que tiene la cara más cruel de su falta de desarrollo en la extrema pobreza. “Brasil es una potencia económica a escala mundial, pero también se encuentra en los lugares más altos en la lista de países con peor distribución de la renta entre los ciudadanos: es un país rico y lleno de pobres. Por tanto, los problemas tienen la misma naturaleza que en Europa, pero se presentan con un dramatismo

³⁰ Souza, María de Lourdes, *Uso alternativo del derecho*, op. cit., p. 125.

³¹ López Calera, Nicolás, “¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?” En *Claves de Razón Práctica* N°72, Madrid, 1997, p. 33. Cfr. Perfecto Andrés Ibáñez “¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del «uso alternativo del derecho»”, en *Jueces para la democracia*, 2006. p. 9.

desconocido en Europa. Este parecido y esta diferencia están en el origen de muchos malentendidos³²”.

Junto a ello, otro factor que dotará de especificidad al movimiento brasileño vendrá dado por el sostén teórico y político de la teología de la liberación, que surge en los sectores más progresistas de la iglesia católica Latinoamericana, durante los años 60, con un importante centro de gravitación en Brasil y expresando una dura crítica al autoritarismo y a la pobreza. Se trata de un movimiento que en lo substancial, plantea que la liberación espiritual de la persona debe alcanzar la estructura social y el sistema opresor: "la teología de la liberación tuvo una gran penetración en la sociedad brasileña: no sólo movilizó un contingente social, sino que también terminó por influenciar, generar e inspirar la casi totalidad de los llamados nuevos movimientos sociales, así como su forma de ser y actuar³³".

Otro aspecto que marca una diferencia radical de partida, y que también influye en la actual vigencia de las tesis alternativistas, viene dada por el rol protagónico de los Servicios Legales Alternativos, una determinada abogacía que se proyecta al desarrollo de una visión alternativa caracterizada, en el caso de estos operarios jurídicos, por extender el ejercicio de su función a una asistencia jurídica más integral y social que la tradicional. El abogado ya no sólo se ocupa de la proyección judicial de la defensa, sino que además la extiende a la enseñanza, la colaboración en el desarrollo comunitario, con una vocación por los pobres y por una mejora en sus condiciones de vida, utilizando las herramientas del sistema jurídico. Las modalidades de trabajo de estos servicios entonces pueden ser resumidas en tres: pedagógica formativa, legal forense -esforzándose por innovar en las argumentaciones jurídicas, y mecanismos alternativos de resolución de controversias como las modalidades arbitrales, mediadoras y conciliadoras³⁴.

No obstante, el verdadero "eje dinamizador del proyecto alternativo fue la propia comunidad y no el abogado³⁵". El rol que los movimientos sociales han tenido en la articulación de dinámicas reivindicadoras de los intereses de los grupos sociales más desventajados en Brasil es un dato del todo relevante. Incluso se señala que el uso

³² Losano, Mario, "La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", op. cit., p. 300.

³³ Sousa, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, op. cit., p. 211.

³⁴ *Ibidem*, p. 251.

³⁵ *Ibidem*, p. 252.

alternativo del Derecho llega a ser una práctica que los jueces comienzan a desarrollar, en armonía con una movilización social; el real protagonista de su impulso y sostén. Para ilustrar esto, el mejor ejemplo es el movimiento de *Los Sin Tierra* de Brasil. El profesor Mario Losano, en su relevante aporte para el conocimiento de este connotado movimiento social Latinoamericano y explica la proyección que sus demandas de justicia social han tenido sobre distintos jueces que, sensibles ante las graves vulneraciones de derechos que han sufrido los excluidos de la tierra, intentan contribuir al logro de algunas reivindicaciones, en la medida de sus posibilidades. Este, insistimos, creemos es un punto relevante³⁶.

Esta amalgama de factores comienza a generar un fenómeno que será analizado con posterioridad. Tal es la creencia de que ciertos logros a nivel judicial pueden contribuir a generar una interacción con los otros poderes públicos, de cara a generar vías de reivindicación de derechos de carácter más general, como leyes o políticas públicas: “Los movimientos comunitarios y religiosos que se habían convertido en portavoces de exigencias sociales incumplidas orientaron su atención hacia el poder judicial, utilizándolo como instrumento para generar situaciones de ruptura que plantearan la negociación, incluso política, de determinadas situaciones. Por esta vía llegaron no sólo a la solución judicial de problemas específicos, sino que obligaron al poder legislativo a dictar normas que regularan, con carácter general, por ejemplo, la acción colectiva³⁷”

No podemos terminar esta breve caracterización del surgimiento del Derecho alternativo en Brasil sin mencionar a su manifestación más relevante a nivel judicial. Me refiero al *Grupo de Magistrados Gauchos*, ligados a la *Asociación de Jueces de Rio Grande del Sur*, que con presencia de magistrados críticos que trabajan activamente en desarrollar Derecho alternativo e incluso llegan a participar en los 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*³⁸.

³⁶ Vid. Losano, Mario, *Función Social de la propiedad y latifundios ocupados. Los sin tierra de Brasil*, Madrid, Dykinson, 2006.

³⁷ *Ibidem*, p. 302.

³⁸ Wolkmer, Carlos 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.

3.2 Presupuesto filosófico.

El presupuesto filosófico jurídico del uso alternativo del Derecho, se encuentra en la tradición filosófica marxista. Cuestión que ha sido desarrollada por autores conocidos como marxistas revisionistas o neomarxistas, es decir, aquellos que con posterioridad a Marx se han dedicado a comprender su obra, de manera no dogmática, muchas veces criticándola y enriqueciéndola en lo que no ha perdido valor con el devenir de la historia o con el avance de los análisis.

La obra de Marx³⁹ –de por sí copiosa y compleja– como su tradición filosófica marcadamente hegeliana⁴⁰ y su vasta herencia intelectual⁴¹ invita a realizar un esfuerzo importante de comprensión. Más aún si buscamos entender sus aspectos vinculados al Derecho, cuestión que ha sido bastante controvertida e impregnada con una carga emotiva negativa generada, en gran parte, por la identificación del pensamiento de Marx con las tragedias generadas por el comunismo del siglo XIX y XX, que, por ignorancia, pereza intelectual, legítima falta de interés o por razones ideológicas, es bastante común⁴².

Para partir ilustrando la presencia de este presupuesto, lo primero es señalar que la obra de Marx no se caracterizó por plantear, de manera contundente, una posibilidad de reivindicación social desde el Derecho en beneficio de la clase social más desventajada. Es más, el énfasis principal en este ámbito estuvo dado por denunciar el carácter ideológicamente burgués del Derecho y su utilidad como instrumento de dominación.

³⁹ Karl Marx es un autor prolífico en cuanto su obra atraviesa por una serie de temas diversos, sin duda los que más legado intelectual han dejado son los aspectos de su obra vinculados con filosofía de la historia, sociología y economía.

⁴⁰ Marx en tanto discípulo de Hegel va elaborando “un pensamiento que es hegeliano en el sentido más profundo de la palabra, porque es un pensamiento que va forjándose en una polémica constante con la filosofía de Hegel y una polémica constante también con las interpretaciones y refutaciones de esta filosofía por parte de los jóvenes hegelianos” González Vicén, Felipe, “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.

⁴¹ Una herencia intelectual heterogénea que va desde Plejánov, Lenin, Luxemburgo, Hilferding, Trotsky. Pasando por Lukács, Korsch, Gramsci, Benjamin, Marcuse, Horkheimer, Adorno, Athusser, la tradición existencialista francesa, Agnes Heller y sus compañeros de la escuela de Budapest, Hobsbawm y un largo etc. Vid. Kolakowski, Leszek, *Las principales corrientes del marxismo: su nacimiento, desarrollo y evolución*, trad. Jorge Vigil, Alianza, Madrid, 1983.

⁴² “la gente se quedan sólo con el apellido de la familia, que es lo que se transmite, y pierden el nombre propio. Esto ha ocurrido también en la historia del comunismo. Pero así como es injusto culpabilizar a los hijos que llevan un mismo apellido de delitos cometidos por sus padres, o viceversa, así también sería una injusticia histórica cargar al autor del *Manifiesto Comunista* con los errores y delitos de los que siguieron utilizando, con buena o mala voluntad, su apellido”. Fernández Buey, Francisco., “Marx y los marxismos Una reflexión para el siglo XXI” en *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*, Comp. Atilio A. Boron, Javier Amadeo y Sabrina González, CLACSO, Buenos Aires, 2006, p.197.

No obstante, hay algunas claves de su pensamiento que nos permiten comprender por qué ello es así, sólo en una primera etapa de su labor intelectual. Para ir profundizando en por qué el uso alternativo del Derecho tiene como presupuesto filosófico el pensamiento marxista es necesario remontarnos a la ubicación del derecho en el marco del pensamiento de Marx, lo que nos lleva a comprender -aun someramente- la tesis del materialismo histórico, que identifica de manera significativa su filosofía.

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 sociedades⁴³”. Como tal tiene dos facetas: una teoría general de la estructura y dinámica de los modos de producción (qué es lo que tienen en común los distintos modos de producción) y una teoría sobre la secuencia histórica de los modos de producción (qué diferencia a los diversos modos de producción)⁴⁴. 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, a otras que, siempre manteniendo esta centralidad, se dedicaron a entenderla y buscar su coherencia con otros aspectos del pensamiento de Marx y que la atemperan.

Marx analiza la historia en atención a los distintos modos de producción que han surgido, distinguiendo los siguientes modos de producción: asiático, esclavitud, servidumbre y el capitalismo, centrandó la mayor parte de su labor intelectual en éste último. Cada modo de producción está conformado por una determinada base económica y una superestructura. La base está conformada por las relaciones de producción (formas de propiedad) y las fuerzas productivas (principalmente la tecnología). Las características de cada uno de estos componentes de la base y la forma en que se relacionan dotan de especificidad al modo de producción de que se trate⁴⁵. La superestructura está integrada por la política, el derecho, las manifestaciones culturales e ideológicas.

⁴³ Elster, Jon, *Una introducción a Karl Marx*, trad. por Mario García Aldonate, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1991, p.108.

⁴⁴El desarrollo de las fuerzas productivas y su vinculación con las relaciones de producción que caracterizan a cada periodo, junto a la relación entre *base* y superestructura, son las relaciones fundamentales del materialismo histórico.

⁴⁵ Elster, Jon, op. cit., p. 111.

La tesis de Marx plantea que, “Los tipos específicos de actividades políticas e intelectuales observados en las sociedades de clase, pueden explicarse haciendo referencia a las formas igualmente específicas de la organización económica⁴⁶”.

Aplicados estos razonamientos al Derecho, Poulantzas distingue dos interpretaciones de la propuesta marxista. Primero la economicista, con representantes como Stučka y Pashukanis, que plantea una “reducción del nivel jurídico a la instancia económica...el Derecho como reflejo inmediato de la base económica”, es una concepción puramente instrumentalista de las superestructuras, que ve en ellas un elemento de la estructura social directamente determinado por la base económica, de la que se limita a seguir sus meandros y caminos, más o menos fielmente, siempre como apéndice⁴⁷”.

La segunda versión, de talante idealista, es denominada voluntarista y tiene como exponentes a Reisner y Vyschinski. En esta “el derecho es considerado como un conjunto de normas emitidas por el Estado, que encarna la voluntad de la clase dominante⁴⁸”.

Ambas versiones son criticadas por Poulantzas en la medida que están imbuidas por una versión idealista de un Marx joven de gran cariz hegeliano. Cuestión, que como habíamos advertido dota de gran complejidad la comprensión de la obra marxista. Una breve referencia a ello resulta necesaria.

El talón crítico de Marx se va forjando en gran medida a partir de las discusiones con su maestro. Así, la monstruosa construcción filosófica de Hegel, marcada por un fuerte talante idealista, fue el núcleo de la lucha de gigantes que entre ambos se generó.

Más precisamente y con la obvia advertencia de que estamos en un tema absolutamente enrevesado, la filosofía que va forjándose a partir de la obra de Hegel con su impulso totalizante, de comprensión del universo entero de forma racional, va generando una reflexión en la que, “el mundo entero de los hechos queda así reducido a su proyección abstracta en el pensamiento y sólo desde esta proyección es comprensible la realidad histórica”⁴⁹. En la obra de Hegel la filosofía es reflexión sobre lo real, lo presente, lo inmanente, lo racional; lo que debe ser, sin serlo, no existe, y como tal no es razonable, por tanto la filosofía no precisa razonar sobre ello.⁵⁰

⁴⁶ Elster, Jon, op. cit., p. 118.

⁴⁷ Poulantzas, Nicos, *Hegemonía y dominación en el estado moderno*, trad. de María Poyrazian, Siglo XXI, Buenos Aires, 1973, p. 136.

⁴⁸ Elster, Jon, op. cit., p. 137.

⁴⁹ González Vicén, Felipe op. cit., p.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 152

Los jóvenes hegelianos de izquierda iniciaron el proceso de cuestionamiento de la filosofía especulativa hegeliana, pero la crítica seguía planteándose en términos teóricos, hasta que Marx esgrime la más radical de todas y sobre la base de ella comenzará a forjar varios de los conceptos transversales de su obra⁵¹.

El caso de *los libres*, un grupo de jóvenes hegelianos de izquierda, es bastante ilustrativo, pues por plantear una crítica tan radical a las instituciones del capitalismo, terminan planteando una reflexión rupturista que, finalmente, incurren en el mismo idealismo y metodología de trabajo que Marx criticó. Un ejemplo: “todo contacto con la práctica es una contaminación, y si así lo hace, la filosofía “se viste con el sayal de la servidumbre”. La teoría tiene un fin supremo..., y sólo puede satisfacer y sólo puede sentirse satisfecha en su pureza más extrema. ¿Y qué lo que ha hecho? Se ha rebajado, y para salvar a los condenados se ha dejado ella misma encerrar en el infierno, y para liberar a los presos se ha dejado cargar cadenas⁵²”.

La fuerza intelectual de Marx le permitió erigir su edificio filosófico a partir de un nuevo elemento: “el nuevo elemento sobre el que ha de alzarse la filosofía es la praxis, la idea mantenida inquebrantablemente por Marx a lo largo de toda su obra, de que la filosofía no es mera especulación que no sale de los límites del pensamiento abstracto sino parte de realidad y acción sobre ella⁵³”.

Es en este contexto que debemos entender la crítica que Marx formuló a las ideologías, en tanto representaciones falseadas de la realidad, como la religión, los procesos naturales y orgánicos de las cosas que, las lleva a ser lo que son y les presta con ella una justificación inmanente. En esta misma línea de análisis, encontraremos sus trabajos relacionados con la religión y las críticas a su maestro, en el ámbito del Derecho su crítica a

⁵¹ “la crítica de los jóvenes hegelianos había sido una crítica «teórica», una confrontación desde esquemas racionales con una situación dada, la negación por irracional de una realidad histórica y el proyecto de otra según criterios abstractos. A esta crítica Marx opone una crítica que no es ejercida «desde fuera», sino que es parte de la realidad, como parte de la realidad es la filosofía misma; una crítica que es transformación radical de la realidad por esa superación de la filosofía que es su realización” Cometido de la filosofía ahora – con Marx- no será la sólo crítica a la proyección formal de la realidad histórica. Lo que ahora se plantea es la transformación radical de la realidad histórica, es decir, la realización de la filosofía” González Vicén, Felipe, op.cit, p.170.

⁵²Bauer, E. *Das juste Milieu, Rh. Ztg. núm. 228,16 VIII-1842 (Beiblatt)*. Citado por, González Vicén, Felipe, op. cit. p. 194

⁵³ Ibídem p.162

la escuela histórica liderada, entre otros, por Savigny -quien fuera su maestro de Derecho en Berlín-⁵⁴.

En definitiva, el concepto de filosofía imbricado con la realidad y formando parte de ella misma es un rasgo central de la obra de Marx: “es la aporía de la filosofía como praxis: ser crítica de sí misma en tanto crítica del mundo real”⁵⁵; “el error de Hegel, como el de toda filosofía especulativa es para Marx que, en lugar de ascender desde la realidad concreta a sus determinaciones abstractas, lo que hace es independizar éstas convirtiéndolas como «idea» en la única realidad verdadera, y procediendo en seguida a deducir de ésta como movimiento dialéctico los distintos momentos de aquella realidad concreta, los cuales quedan así revestidos de una necesidad lógica que en sí no poseen”⁵⁶».

Saliendo de este pequeño paréntesis, quedamos en la necesidad de analizar en qué medida el pensamiento de Marx planteó o no este fuerte determinismo, que suele identificarse como la interpretación más canónica del materialismo histórico.

Elster señala la importancia de analizar a este efecto cuáles son los componentes de la superestructura. Siguiendo con gran respeto a Cohen⁵⁷, sostiene tres posibilidades de contenido.

El primero es que la superestructura está integrada por todos los fenómenos explicables funcionalmente por su impacto estabilizador sobre las relaciones de producción, está es la postura que sostiene Cohen, y expresa que para él, la explicación funcional es una clave del pensamiento marxista. Una segunda opción, es que la superestructura está integrada por todos los fenómenos que pueden explicarse funcionalmente o no, en términos de la estructura económica de la sociedad. Por lo que podemos incluir fenómenos que, no siendo óptimos para las relaciones de producción se explican a partir de éstas. Como tal permite afirmar una relativa independencia de la superestructura sobre la base económica.

⁵⁴ Vid. González Vicén, Felipe, op. cit. p. 177 y ss

⁵⁵ *Ibid.*, p. 195.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 198.

⁵⁷ El texto de Cohen que Elster toma como referencia es *Teoría marxista de la historia* del año 1978. Ambos autores son exponentes de la tendencia marxista analítica, que comprende además a autores como Adam Przewooski, John Roemer, Robert Brenner, Philippe Van Parijs, Robert Van der Venn, Pranab Bardham, Hiller Steiner, Sam Bowles y Erik Wrigth. El marxismo analítico se caracteriza por exponer explicaciones claras del pensamiento marxista, enfrentándose a él de manera no dogmática, con un profundo rigor conceptual y con la pretensión de dar orden al pensamiento marxista utilizando para ello claves de filosofía analítica. En este sentido la lectura de un marxista analítico está caracterizada por el análisis crítico de los escritos de Marx, salvando lo que permite la experiencia transcurrida y la lógica. Vid. Gargarella, Roberto, *Teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 99-122.

La tercera posibilidad viene dada porque la superestructura se encuentra integrada por todos los fenómenos no económicos⁵⁸.

Algunos argumentos parecen apoyar que la posición de Marx se encuentra más vinculada a la segunda opción; más aún cuando visualizamos que el pensamiento de Marx es variado y que, junto a su teoría del materialismo histórico, encontramos otras teorías que no tendrían razón de ser si sólo vemos ese determinismo dogmático, nos referimos principalmente a su teoría de la lucha de clases⁵⁹.

La teoría del Estado de Marx, también puede ser un indicador relevante. Según su interpretación más generalizada, Marx sostuvo una teoría instrumental del Estado, en virtud de la cual el Estado se opone al cambio social estabilizando las pretensiones económicas y constituyéndose como un ente funcional a los intereses de la burguesía. Sin embargo, hay otra teoría del Estado que desarrolla con posterioridad, la *tesis de la abstención*: el “Estado es un actor independiente en la arena social, mientras que los intereses de la clase capitalista sirven como constricciones más que como objetivo de su acción⁶⁰”.

Es más, en un espectro de referencia más amplio; “existen dos perspectivas en torno a la política en los escritos de Marx. Por un lado, la política es parte de la superestructura y, por tanto, de las fuerzas que se oponen al cambio social. Los sistemas políticos estabilizan las relaciones económicas dominantes. Por otro lado, la política es un medio para la revolución y, por tanto, para el cambio social. Las nuevas relaciones de producción son introducidas por las luchas políticas⁶¹” Si sabemos que la política y el Estado son elementos de la superestructura, acá tenemos más argumentos en contra de la interpretación determinista que suele atribuirse a la concepción marxista.

Para Elster los fenómenos que integran la superestructura tienen un considerable grado de autonomía. Es más, siguiendo a Max Weber y su teoría sobre la vinculación causal del protestantismo al capitalismo, se puede plantear la afirmación inversa, es decir, que un elemento de la superestructura determina la estructura, pero esto ya nos aleja demasiado de nuestro tema.

En definitiva, la relativa autonomía entre la base económica y la superestructura, es más, una eventual mutua influencia, es la concepción más generalizada que se comenzó a

⁵⁸ Elster, op. cit., p. 119.

⁵⁹ Un ejemplo de esta interpretación determinista, según Ruiz Manero es Hans Kelsen, en “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”, en *DOXA*, 1986, p. 229.

⁶⁰ Elster, op. cit., p. 150

⁶¹ *Ibidem*, p. 148.

dejar entrever desde Marx y que sus continuadores intelectuales desarrollaran con mayor dedicación.

Ya centrados en esta parte de la argumentación, nos dedicaremos a relacionar al Derecho, en tanto elemento de la superestructura y con nuestro objeto de estudio, pues la vinculación del marxismo con el Uso Alternativo del Derecho se encuentra en gran parte en este aspecto.

Con este objeto retomaremos la propuesta de Poulantza que, diferencia de las más deterministas o dogmáticas, vendrá dada por destacar la relevancia de la especificidad y eficacia de los distintos componentes de la superestructura, que tienen en lo económico un elemento dominante. En su opinión es la interpretación más acorde con un Marx más maduro⁶².

Más precisamente señala: “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 sólo está ordenada por el reflejo concreto en su esqueleto del predominio en última instancia de lo económico⁶³”

En este sentido véase el examen marxista del Derecho en el modo de producción capitalista: “este tipo particular de producción reside en la autonomización específica que allí revisten sus diversas instancias. En efecto, si sólo se consideran los tres niveles que nos interesan particularmente, el económico, político y jurídico se comprueba que en las formaciones pre capitalistas se presentan como estrechamente imbricados. Imbricación de lo económico y de lo político, de lo económico con lo jurídico, de lo político y lo jurídico, caracterizan el ethos antiguo o de los privilegios feudales. El modo de producción capitalista está especificado, por el contrario, por una automatización característica, o sea,

⁶² Poulantzas señala que esta ruptura teórica se deja ver principalmente en dos trabajos de Marx: *Ideología alemana* y se consolida con el prólogo a la *Contribución a la crítica de la economía política*.

⁶³ *Ibidem*, p. 144.

una especificidad estructural propia, de lo económico (separación de lo económico con las estructuras del estado), de lo económico y lo jurídico (derecho moderno)⁶⁴”.

Pero, sin duda, quien más influencia ha ejercido en este ámbito es Antonio Gramsci, también conocido como *el teórico de las superestructuras*, pues dedicó gran parte de su obra al análisis de las superestructuras del capitalismo. Algunos aspectos más generales de su obra pueden servirnos para luego comprender, en dicho contexto, su pensamiento respecto el Derecho.

Gramsci es de esos autores a quienes se suele recurrir cuando se busca el aliento de un pensamiento que busque compatibilizar una visión más democrática o suave del comunismo. Pues él -al igual que los autores que nos vienen acompañando- se aparta de algunos de los postulados más relevantes del pensamiento del marxismo tradicional, principalmente en lo que tiene relación con el materialismo histórico y los postulados de corte economicista: “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 época⁶⁵”.

Así, en gran parte marcó con evidencia la diferencia, con su apoyo y desarrollo intelectual de la propuesta de los consejos obreros⁶⁶, frente a otras propuestas de alas de extrema izquierda, que se oponían a la participación en el poder parlamentario -y en general a la participación en toda institucionalidad burguesa-, en lugar de ello adherían a la toma de poder inmediata, por lucha con empleo de fuerza. Su preocupación era una transferencia

⁶⁴ Poulantzas, op cit, p.144.

⁶⁵ Kolakowski, Leszek, *Las principales corrientes del marxismo: III la crisis*, [Trad.] Jorge Vigil Rubio, Alianza, Madrid, 1985, 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 el 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.

⁶⁶ Los consejos obreros nacieron durante las grandes huelgas de Turín de los años 1919 y 1920... Gramsci afirmaba que eran una forma completamente nueva de organización social y que sus funciones no debían confundirse con las de los sindicatos, que tenían como misión mejorar las condiciones de las clases trabajadoras bajo el capitalismo, ni con la del partido socialista, que eran de orden parlamentario e ideológico. Los consejos eran el medio idóneo que permitía a todos los trabajadores de una factoría, independientemente de su militancia en un partido, de su religión, etc., participar en la organización de la producción; eran el germen del futuro Estado de los trabajadores, el órgano principal de la dictadura del proletariado. Debían ser elegidos por todos los asalariados de una determinada planta sin excepción, para asumir las funciones de los capitalistas en las fábricas y, en su momento, la organización del Estado” Kolakowski, op. cit., p. 222.

real del poder a los trabajadores y ahí se encuentra el principio de su propuesta más democrática.

En este mismo sentido, Gramsci se alejó de la propuesta del socialismo científico, es decir, que la doctrina socialista se elaborara por intelectuales que desde fuera del movimiento obrero se inyectara en él como su conciencia de clase auténtica y correcta. Frente a ello desarrolla su conocida propuesta del *intelectual orgánico*, es decir “intelectuales que no se limitaran a describir la vida social desde fuera de acuerdo con normas científicas, sino que utilizaran el lenguaje de la cultura para «expresar» las experiencias y sentimientos reales que las masas no podían expresar por sí mismas. Para comprender estas experiencias debían sentir las mismas pasiones que las masas⁶⁷”. El desarrollo de este tipo de intelectual sería fundamental para el logro de las reivindicaciones sociales y la constitución de una “hegemonía cultural” como cuestión previa al hacerse con el poder político.

Lo anteriormente expuesto ya nos ubica con mayor claridad en por qué Gramsci es considerado el intelectual de las superestructuras; estaba convencido de que la “revolución” debía comprender un trabajo *real* en la dimensión ideológica, con activa participación *real* del trabajador.

Volviendo al Derecho, éste es, en tanto elemento de la superestructura, un instrumento punitivo y educativo en manos del Estado. En tanto el Derecho cumple dicha función punitiva, el estado lo utiliza con la finalidad represiva para que no se rompa la hegemonía establecida por el bloque histórico: “El derecho no expresa toda la sociedad... sino que expresa la clase dirigente, la cual impone a toda la sociedad las normas de conducta ligadas a su razón de ser y a su desarrollo⁶⁸”.

Junto a ello, señaló que el Derecho también ejerce una función *pedagógica*: el poder político hegemónico no sólo se mantiene a través de los medios represivos que el derecho comprende, sino que éste también ejerce una función pedagógica. Así se configura como un medio persuasivo para el mantenimiento de la hegemonía existente, para producir conformidad social y educar cultural y moralmente la hegemonía de bloque. Es interesante la visión de Gramsci del derecho, pues lo considera como parte de la cultura y en ese sentido contribuye a la integración pero también a la revolución⁶⁹

⁶⁷ Ibidem, p. 237.

⁶⁸ López Calera, Nicolás, p. 85

⁶⁹ Ibidem, p. 86.

Para Gramsci el Derecho tiene “ambigüedad y ambivalencia política. Efectivamente por un lado el derecho trata de configurar y homogeneizar la realidad social, existente para que no se desmande. 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 el derecho persigue también en otras ocasiones consagrar actitudes y comportamientos que estaban antes en la costumbre. 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 sistema⁷⁰”

En este sentido, un gran aporte de Gramsci será ilustrar a la cultura jurídica marxista para que no sólo vea al derecho como el instrumento de dominación de la clase burguesa, sino que también tiene esa potencialidad revolucionaria y como tal puede salir de la órbita de desprecio que caracteriza a muchos de los pensadores marxistas; el Derecho puede integrarse a la lucha de clases. Esta perspectiva del Derecho de Gramsci lo sitúa como portador de una visión histórica y dinámica del fenómeno jurídico, diferenciándolo de los autores que sostienen una posición estática de éste y del nihilismo jurídico del marxismo tradicional.

Volviendo a las manifestaciones históricas del uso alternativo del Derecho, los pensamientos que hemos expuesto han tenido influencia en su origen italiano. Precisamente los escritos políticos que se emiten en dicho momento tienen un fuerte contenido político en los que de manera expresa se aducen muchas de las tesis que hasta ahora hemos expuesto.

Quizás una de las manifestaciones más claras viene dada por los trabajos de Ferrajoli, Senese y Accattatis⁷¹, en los cuales exponen como marco teórico tres premisas: el Estado burgués como un Estado de clases, el Derecho burgués como Derecho de clase y la justicia burguesa como justicia de clases, en el desarrollo de ellas van, poco a poco, introduciendo los planteamientos marxistas al análisis de la situación política por la cual atravesaba Italia por esos años. Primero en tono de denuncia y luego proponiendo bases de conciliación entre una crítica al sistema jurídico y las aspiraciones de una sociedad más comprometida con el mejoramiento de la situación de los más desfavorecidos, compromiso en el cual el poder judicial y la academia podían participar. La pregunta que se realizaban era: ¿puede el juez de un estado burgués, sin violar las reglas del juego, dejar de ser instrumento de la

⁷⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁷¹ Ferrajoli, Senese, Accattatis, “Por una Magistratura Democrática”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, op. cit., p. 116-151.

clase dominante para convertirse, como y en cuanto juez, en instrumento de emancipación de las clases oprimidas?⁷².

La respuesta a ello, en sintonía con el pensamiento gramsciano o bien respondiendo la sugerencia con la que Poulantzas termina el ensayo que hemos citado (*la investigación del derecho, en relación con la lucha de clases*), es afirmativa. Es en este contexto en el que el uso alternativo del Derecho da una respuesta determinada a las aspiraciones de un marxismo más contemporáneo, revisionista o neomarxista.

El mundo ya no es el que inspiraba la obra de Marx. Sin perjuicio de ello, bastante de lo descrito por él se mantiene y justifica que su obra se situó junto a la de los grandes filósofos de la historia del pensamiento. Con una predominante desconfianza hacia el Derecho, inspirada en su obra, pero atemperada por la comprensión de un proceso histórico complejo que ha devenido en la institucionalización de ciertos discursos frutos del aporte socialista a la historia de los derechos humanos, la fecundidad de la alternatividad en el Derecho convive con estas dos sensibilidades⁷³.

Estos derechos que surgen como un esfuerzo por superar el reduccionismo liberal, se constituyen como derechos promocionales que configuran exigencias al Estado emergiendo a partir de ellos y con nueva fuerza el debate de la igualdad material⁷⁴. Son no obstante, los derechos con más deudas de eficacia en el mundo, así la tesis del carácter clasista del Derecho puede ya no ser contundente en su versión fuerte -el contenido del Derecho se encuentra determinado por los intereses de la clase dominante que, en el esquema de Marx, es la burguesía-. Hoy en día, sostener la versión fuerte de esta tesis es problemático pues afirmar que todo el contenido del Derecho es expresión de los intereses de las clases dominantes sería, a lo menos, poco descriptivo. Una propuesta de tesis débil es la siguiente: “no buscar el interés clasista que ha de alojarse tras cada norma o institución jurídica, sino que la existencia de clases sociales, de desigualdades sociales, hacen que el Derecho al ser

⁷² *Ibidem*, p. 133.

⁷³ Es el proceso en virtud del cual los derechos llegan a atribuirse sin distinciones a todos los seres humanos. Es un proceso en marcha que busca el correlato fáctico de la afirmación en torno a que “los derechos son inherentes a todos los seres humanos”.

⁷⁴ Peces Barba, Gregorio, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos. Fernández Liesa, C. y Angel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Boletín oficial de Estado (BOE), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 203.

abstractamente igual, no elimina, sino que reproduce la desigualdad” cómo tal, esta tesis débil se plantea crítica ante el presupuesto de la igualdad formal⁷⁵.

Entonces, ¿Hasta qué punto el diagnóstico de que el derecho es un instrumento de clase ha perdido vigencia?; ¿la sola incorporación de los derechos sociales en las constituciones basta para afirmar que ello ha perdido vigencia?. Sin duda, que es cuestionable en la medida que en muchos países, (pensemos en Brasil, -y en tantos otros-) estos son los que menos desarrollo tienen ¡y no sólo los sociales, los civiles, -los primeros- también!. Este diagnóstico marxista sigue vigente para los alternativistas, a lo más, afirman que en lo formal -en su contenido- nuestro derecho *ya no es tan de clase*, pues la incorporación de los contenidos materiales a las constituciones, principalmente los derechos sociales, sustentan esa sutil suavización.

3.1 Presupuesto teórico-jurídico. Antiformalismo jurídico.

En reiteradas ocasiones hemos hablado de algunos aspectos que tienen una patente dimensión teórico-jurídica sin detenernos mucho en ello. Es porque el uso alternativo del Derecho tiene importantes filiaciones con doctrinas que han marcado hitos importantes en la historia del pensamiento jurídico, más estrictamente la tradición antiformalista. Detenernos en ello es del todo relevante en la medida que nos ayuda a ver que las propuestas alternativistas no son un disparate de excéntricos sino que en gran medida se insertan en esta tradición.

Es necesario precisar que 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 expuestas en alguno de los dos ámbitos. Previo a ello señalaremos lo que se puede entender, por formalismo. Siguiendo las explicaciones de Norberto Bobbio, interesan a este trabajo las diferencias básicas entre formalismo jurídico y formalismo ético, pues se centrará en el primero.

El formalismo ético alude a: “cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la cual el acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en

⁷⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, Fontamara, México, 1993, p.13 y ss.

desacuerdo con ella⁷⁶”. 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)”⁷⁷, por lo que este formalismo se caracteriza por prescindir del contenido y de la esfera social de las normas.

El antiformalismo, por su parte, va a estar integrado por los movimientos que reaccionan a las tesis del formalismo jurídico que, primeramente, se vincula con la crisis del positivismo teórico decimonónico.⁷⁸

Para el objetivo propuesto, sin duda son varios los caminos que se pueden adoptar. Nos guiaremos por la diferenciación que el profesor Renato Treves realiza entre *revueltas contra el formalismo*⁷⁹: legal francés, jurisprudencial estadounidense y conceptual alemán⁸⁰.

A. Formalismo jurídico Francés: Escuela de la Exégesis.

No podríamos entender el antiformalismo sin primero exponer brevemente a que formalismo se enfrentaban. Por ello es necesario precisar que el formalismo francés se manifiesta principalmente con la Escuela de la Exégesis, expresión jurídica de la revolución que hunde sus raíces en la filosofía racionalista de la mentalidad ilustrada, la doctrina de la separación de poderes, el contractualismo antropocéntrico y la doctrina de la soberanía nacional.

Plantea que el legislador racional, representante de la nación, crea leyes que serán la única autoridad legítima. La ley tiene un valor en sí misma y sólo en virtud de ella se

⁷⁶ Bobbio, Norberto. “Formalismo jurídico” en *El problema del positivismo jurídico*, [trad.] Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, p. 13.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 18. El profesor 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 al formalismo como interpretación formal del derecho.

⁷⁸ En términos más amplios, el formalismo jurídico alude al desentendimiento del jurista tanto de lo social, como de lo valorativo, centrándose, como se señaló en la norma. En este sentido amplio, se apartan del pensamiento formalista el iusnaturalismo y el sociologismo. Vid. Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del derecho*, Tomo III, Rivadeneira, Madrid, 1973, p. 20 y ss.

⁷⁹ Esta expresión es tomada por Treves de Morton White, quien la aplica no sólo al fenómeno jurídico sino también a otras áreas del saber de la historia intelectual norteamericano, en su libro *Social Thought in América: The revolt against formalism*, Viking, New York, 1949.

⁸⁰ Treves, Renato, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de María José Añon Roig, Manuel Atienza y J.A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998, p. 81.

podrán limitar derechos y libertades, que son para todos, gracias a su generalidad y abstracción (igualdad formal clásica). Como consecuencia de esta filosofía y del conocido descrédito histórico de los jueces, producto de la estamental justicia patrimonial, el poder judicial quedará fuertemente sometido a la ley⁸¹.

La obra central de este pensamiento, es el código civil napoleónico de 1804. Pese al temor de Napoleón hacia los juristas, estos recibieron el código con devoción y acatamiento, dando lugar a una ciencia jurídica estrictamente normativista y acrítica⁸².

Las principales características de la escuela exegética, pueden resumirse de la siguiente manera: 1) el Derecho positivo lo es todo y todo el derecho está constituido por la ley; 2) El juez al interpretar debe buscar la intención del legislador, este no puede -por ningún motivo-, asumir una función creadora del derecho, pues dicha labor corresponde con absoluta exclusividad al legislador racional; 3) El juez al descubrir dicho espíritu debe extraer de él, deductivamente, todas las consecuencias que se desprendan de la norma; 4) la costumbre como fuente del derecho no tiene valor, la *analogía legis* es suficiente para superar las insuficiencias de la ley; 5) los argumentos de autoridad, las obras de los predecesores son muy importantes; 6) estatalidad del derecho⁸³.

A.1 Antiformalismo Francés: Escuela Científica.

Esta forma de comprender al Derecho motivó el surgimiento de una corriente de pensamiento antiformalista denominada *Escuela Científica*, en la cual destacan autores como Thaller, Planiol, siendo su principal exponente François Geny y su obra *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, considerada un verdadero

⁸¹ Vid. Peces-Barba Gregorio, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, op. cit., p. 150 y ss.; Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, V edición, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007, p. 62 y ss.

⁸² Esta afirmación debe entenderse relativizada puesto que, Napoleón en su afán por evitar que se tergiversaran las disposiciones de su código, en un primer momento cerró las facultades de Derecho, con el objeto de evitar el surgimiento de interpretaciones no dogmáticas de sus prescripciones.

⁸³ Hernández Gil, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tomo I, Uguina, Madrid, 1971, p. 81-83.

manifiesto de la nueva escuela⁸⁴. Por ello centraremos en Geny la exposición de esta vertiente antiformalista.

Las dos tesis principales de su obra citada son: 1) los elementos formales y puramente lógicos son insuficientes para lograr las aspiraciones de la vida jurídica, y 2) la necesidad de reestructurar los métodos, labor que profundizó en su obra *Ciencia y Técnica del derecho privado*⁸⁵.

Su primera tesis precisa ser matizada, pues sus críticas no fueron a la codificación, ni a la importancia de la ley en tanto fuente formal del Derecho prioritaria, lo cual se refleja de manera muy clara en el pensamiento del autor: “reconozco sin dificultad que, en ciertos aspectos, el método tradicional presenta serias ventajas que piden reflexionar antes de comenzar a minar sus bases. No sólo esto, sino que además satisface maravillosamente las exigencias de ese espíritu clásico, que puede sin duda, ser criticado, pero también tienen su valor como resorte de fuerza viva de nuestro temperamento nacional. Y sobre todo y desde un punto de vista más preciso y práctico, este sistema de axiomas y consecuencias lógicas, encadenadas unas a otras alrededor del sólido apogeo de los textos legales, puede dar apariencias al conjunto de nuestro derecho positivo, una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas la indispensable seguridad. A lo que puede añadirse que el interprete se siente particularmente garantizado por la dirección inflexible que parecen ofrecerle reglas tan categóricamente trazadas”⁸⁶.

Aquí vemos que Gény fue un antiformalista, pero también un normativista. Como vemos, valoró la importancia de la ley y su proceso de codificación en un sentido ontológico y práctico. El lema era: *por el código civil pero más allá del código civil*⁸⁷, buscando profundizar la reflexión sobre sus posibilidades y demostrar sus deficiencias, desvelando una serie de problemas y proponiendo una nueva metodología.

⁸⁴ 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, economía, política y 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 buscar imponer su enfoque respecto de que el derecho, es un hecho social, planteándose derechamente antinormativista, y situándose por ello, en el extremo opuesto al pensamiento formalista.

⁸⁵ Geny, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. de Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, p. 533-534.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 58.

En el ámbito de las deficiencias, señaló que: “el vicio capital del sistema es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y para todo en la situación en que nos encontrábamos al mismo momento de aparecer la ley⁸⁸.”

Para que no se produzca este efecto inmovilizador, planteó la necesidad de ampliar el espectro de fuentes formales señalando que éstas, además de la ley, comprenden la costumbre jurídica, (a la cual dedicó gran parte de su trabajo) y la tradición o autoridad manifestada en la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina.

Asimismo, resaltó la importancia de que tanto el juez como la doctrina conectasen la ley con su finalidad social, pero siempre rechazando el voluntarismo judicial. Una de sus más importantes preocupaciones, precisamente, estuvo en objetivizar la labor del juez, ya que pensaba que el planteamiento exegético sobre la actividad del juez es una ilusión; una ilusión que lejos de cumplir el objetivo de que el juez no cree derecho, da margen al más fuerte subjetivismo.

En este contexto se encuentran algunos elementos claves y complejos de su pensamiento: la *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.

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 sólo la ciencia puede revelar”⁸⁹.

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

⁸⁸ Geny, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, op. cit., p. 533-534.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 412.

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”.⁹⁰

La ciencia trabaja con cuatro tipos de datos: los reales, que están constituidos por las condiciones políticas, económicas y sociales al momento de decidir; los datos históricos, constituidos por las prácticas y usos sociales; los datos racionales, donde se encuentran los principios éticos válidos en sí mismos y los datos ideales, es decir, los fines de la ley.

La técnica es un auxilio de la ciencia, es sólo una herramienta subsidiaria frente a la generalidad y la abstracción de sus postulados, buscando concretizarlos. Gény expone detalladamente los procedimientos de la técnica, distinguiendo en ella procedimientos formales e intelectuales.

Los Formales son de limitado contenido, acá ubica la ley y las demás fuentes formales que se han indicado. Los intelectuales son de contenido ilimitado y comprenden las conceptualizaciones que se realizan en el ámbito de lo jurídico.

En cuanto la relación que plantea entre técnica y ciencia, ésta última tiene preferencia; para el autor importa más el dato que lo construido, pues en ellos encontramos a los hechos, la justicia que es ante todo lo que prima en el derecho.

A.2 Algunas reflexiones críticas.

Como podemos extraer de esta breve explicación, Gény se aparta claramente del pensamiento de la Escuela de la Exégesis, elaborando una teoría sugerente e innovadora, que marcó un antes y un después en el pensamiento jurídico francés, y que tuvo decisiva influencia en el devenir del pensamiento jurídico europeo occidental.

Sus aportaciones a la teoría de las fuentes no admiten dudas; en el plano interpretativo claramente no es un escéptico ya que, como se señaló, buscó dotar de una mayor objetividad a la actividad del juez, levantando el velo ilusorio de la ciencia tradicional: ante las deficiencias de ésta, los elementos científicos y sociales, que buscaba estuvieran presentes en el proceso interpretativo, darían dicha objetividad. Sin embargo, cabe destacar que su posición podría ser catalogada más bien de ecléctica, toda vez que también señaló que, “sería vano pretender encadenar todas las situaciones en un sistema de

⁹⁰ Hernández Gil, Hernández Gil, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 235.

teoremas precisos y dominados por la lógica pura. Buscando una precisión indispensable, es necesario no perder de vista que la naturaleza misma de los problemas a resolver dejará siempre un lugar necesario a la apreciación subjetiva del intérprete. Es suficiente que esta apreciación este contenida en algunas líneas esenciales y guiadas, en su acción, por elementos superiores tomados del orden objetivo”⁹¹.

Uno de los aspectos más criticados de su pensamiento es el de su distinción entre ciencia y técnica en la forma propuesta, al punto que algunos niegan total valor a la distinción. Sin embargo, otros le admiten valor gnoseológico ya que, en la realidad tanto ciencia como técnica están inseparablemente unidas: el jurista al obtener los conocimientos derivados de las ciencias y luego aplicarlos, va a estar determinado por las posibilidades de su adecuación en alguna regla técnica, ya que éstas son las que identifican sus concepciones, lo rescatable es que esta distinción tiene el mérito “de haber servido para demostrar que la ley no es sino una expresión más o menos perfecta del derecho. Este es hoy un pensamiento muy generalizado. Pero, en su día, era preciso combatir por él y la escuela científica, con la delimitación de la actividad científica y la técnica, lo hizo cumplidamente. El fin en el presente caso, justifica los medios”⁹².

B Formalismo Alemán: Jurisprudencia de los Conceptos.

El formalismo característico del pensamiento jurídico alemán del siglo XIX tiene como principal exponente a la “Jurisprudencia de los Conceptos”. Esta es una derivación de la Escuela Histórica de Puchta y Savigny⁹³. En sus principales exponentes encontramos al mismo Puchta, a Jhering y a Windscheid.

Puchta, siguiendo la herencia de la Escuela Histórica, señalaba que las normas jurídicas tienen una conexión orgánica con el espíritu del pueblo. Sin embargo, el giro de su pensamiento que lo aleja de dicha escuela y que marca el surgimiento del formalismo conceptual viene dado por su planteamiento relativo a la existencia de una conexión lógica

⁹¹ Geny, op. cit., p. 523.

⁹² Hernández Gil, op. cit. p. 256.

⁹³ Un matiz importante para comprender las diferentes sensibilidades políticas entre Escuela Histórica y Movimiento de Derecho Libre se encuentra en que Savigny era conservador, pues no quería replicar el proceso de codificación francés, en gran medida porque era de inspiración filosófico política liberal.

conceptual entre las normas, de modo que se condicionan unas a otras deductivamente⁹⁴. Así se originaba su conocida *genealogía de conceptos*, que comprende una pirámide de conceptos que articulaban el sistema, construido según las reglas de la pura lógica formal, de manera que el concepto superior condicionaba el contenido de los conceptos inferiores. El elaborador del concepto superior debía ser la filosofía del derecho⁹⁵.

Para la jurisprudencia de los conceptos la misión del jurista era, afirmándose fielmente a la lógica, elaborar con rigurosidad conceptos que dieran todas las respuestas que necesita el juez para realizar su labor, no precisando, en modo alguno, recurrir a elementos extrajurídicos; como la realidad social o las concepciones éticas dominantes. Lo relevante es la lógica y coherencia de su elaboración.

En cuanto a la actividad judicial, buscaban excluir todo voluntarismo e irracionalidad en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, a través de proveer al juez de una matriz de conceptos que no dieran margen a grandes dudas interpretativas, pues deben señalar con claridad la solución de los casos que se le presentasen. Está era concebida como la mejor vía para el logro del valor jurídico máspreciado: la seguridad jurídica.

B.1 Antiformalismo alemán: Movimiento del Derecho Libre.

Una de las principales reacciones⁹⁶ contra este formalismo vino dada por el *movimiento del derecho libre* que surgió en Alemania a principios del siglo XX. Sus principales fuentes de inspiración fueron los trabajos de Rudolf von Jhering, pero en la segunda etapa de su pensamiento. En efecto, como se señaló, en una primera etapa participó de la jurisprudencia de los conceptos, siendo uno de sus más destacados miembros, con el devenir de los años la abandonó para transformarse en uno de sus

⁹⁴ Es relevante que, dicha lógica conceptual se debe distinguir del pensamiento ius naturalista del S XVIII. Para ello tener como referente la relación entre sistema jurídico interno y externo. Toda vez que, la lógica conceptual que buscó la Jurisprudencia de los Conceptos se obtiene desde el sistema jurídico interno

⁹⁵ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, Marcelino, Ariel, Barcelona, 1994, p. 39-44.

⁹⁶ Cabe destacar que, en el ámbito de las corrientes antiformalistas alemanas de principios del siglo XX, además del movimiento del derecho libre, se suele ubicar a la Jurisprudencia de los intereses cuyo principal exponente fue Philip Heck, y la jurisprudencia finalista del segundo Rudolf von Jhering. Si bien, estas tres corrientes tienen en común el punto de partida crítico ante el formalismo y extremo logicismo de la jurisprudencia de los conceptos, los desarrollos que tendrán las críticas las diferenciarán. El trabajo se centra en el movimiento que se ha señalado, porque es identificado como el más extremo en sus posturas y más representativo del antiformalismo alemán.

principales detractores; conocido es su célebre llamado a que los juristas “desciendan del cielo de los conceptos a la tierra, para tomar contacto directo con la realidad⁹⁷”.

Además de Jhering, es una referencia obligada en cuanto a los autores que inspiraron las obras del movimiento François Geny; en esta misma línea se menciona a Julius von Kirchmann, quien medio siglo antes de que aparecieran las obras más importantes del movimiento escribió el sugerente ensayo *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*.

Eugen Ehrlich precisa mención protagónica, pues en 1903 escribe una obra que se suele calificar como el documento fundacional del movimiento *El hallazgo del derecho libre y la ciencia del derecho libre*. Pero sin dudas, el autor que es identificado por la doctrina como el principal exponente del movimiento es Hermann Kantorowicz, quien con el seudónimo Gnaeus Flavius⁹⁸ en 1906 publica el provocativo ensayo *La lucha por la ciencia del derecho*. En él plantea el programa del movimiento, 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*.⁹⁹

El punto de partida de las críticas se conecta con las consecuencias de la labor científica de la jurisprudencia de los conceptos, pues su pretendido rigor lógico fue elaborando conceptos dogmáticos, en el sentido de proposiciones no abiertas al debate

⁹⁷ Jhering, Rudolf von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomás Banzhaf, Civitas, Madrid, 1994, p. 264.

⁹⁸ 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 ocultos para el pueblo. Vid. Cicerón, Marco Tulio, “En defensa de Lucio Murena” en *Discursos*, Trad. Jesús Aspa Cereza, revisión de Javier Fresnillo Núñez, Gredos, Madrid, 1995, p. 422.

⁹⁹ Entre las obras que cita encontramos: Ehrlich: La obra mencionada y *sociología y jurisprudencia*; Geny también es expresamente mencionado con la obra antes señalada; Heck *Jurisprudencia de intereses y fidelidad de la ley*; Jung *La plenitud hermética del derecho*; Lambert *La función del derecho civil comparado*; Mayer *Normas de derecho y normas de cultura*; Müller-Erzbach *Los principios de la representación jurídica desarrollados en atención a los intereses en juego*; Radbruch *Sobre el método del derecho comparado*; Rump *Acerca del estado actual de la doctrina de la causación adecuada*; Schlossmann *El error sobre cualidades esenciales. A la vez una contribución a la teoría sobre la interpretación*; Schmidt B. *El derecho consuetudinario*; Stammler *La teoría del derecho justo*; Stampe *El hallazgo del derecho por construcción*; Sternberg *Teoría general del derecho*; Wurzel: *El pensamiento Jurídico*; Zitelmann *Lagunas del derecho* y a toda la escuela de Frankfurt. Al referirse a ésta escuela, no se está refiriendo a los autores que hoy conocemos como partícipes de la filosofía crítica, pues ésta surge con posterioridad.

crítico, ni al test de los hechos, sino sólo a las reglas de la lógica. De modo que, con el pasar del tiempo y los cambios que se producen en los ideales y fundamentalmente en la realidad social, dichas construcciones conceptuales comenzaron a ser duramente atacadas, sea por vetustas, sea por conducir a una resolución formalmente válida pero injusta en el caso en el caso particular.

Pero las críticas son más profundas, el *movimiento* criticó la forma misma de entender el derecho, dirigiéndose en contra de lo que ha sido entendido como el “dogma de la estatalidad del derecho” y la concepción estrictamente normativa del fenómeno jurídico, es decir, que sólo es derecho el producido por el Estado, a través de su poder legislativo y el comprendido por los conceptos de los científicos del derecho.

Así, no negando el carácter de derecho al estatal, realizó un llamado para pasar a integrar al concepto de derecho la realidad jurídica, por ser esa la única manera de conocerlo auténticamente¹⁰⁰.

Acá es donde aparece el término *derecho libre*, una de las claves básicas del pensamiento de estos los autores. Llama la atención que no haya sido definido con precisión, pero a partir de sus características nos podemos hacer una idea: “un derecho independiente del poder estatal”¹⁰¹, que tiene por ventaja que “el pueblo conoce el derecho libre mientras que desconoce el estatal, a no ser que el último coincida con el primero”¹⁰², “constituye el suelo del que el derecho estatal dimana: casi todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios de derecho libre”¹⁰³, “es perecedero y frágil como las estrellas¹⁰⁴”, “sus normas no forman un sistema como tampoco las del derecho estatal. Se trata más bien de los resultados de las épocas culturales más diversas y de muy diferentes círculos de vida que se desenvuelven orgánicamente y no con arreglo a un plan fijo.”¹⁰⁵

De este pensamiento también se produce como consecuencia una propuesta de modificación de las clásicas fuentes del derecho, pues junto al derecho estatal está el

¹⁰⁰Segura Ortega, Manuel, “El movimiento del derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, p. 427.

¹⁰¹Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, trad. de W. Goldschmidt, en VVAA, *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, p. 332.

¹⁰²Ibidem, p. 335.

¹⁰³Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, op. cit., p. 336.

¹⁰⁴Ibidem, p. 334.

¹⁰⁵Ibidem, p. 340.

derecho libre, que es de producción social y al que atribuyeron una importancia mayor que a la norma estatal, por ser la que mayoritariamente regula las relaciones humanas.

De tal modo, el derecho libre venía a constituirse en una nueva fuente del derecho. Este es una realidad preexistente que, bajo subterfugios lógicos, ha sido aplicado por los jueces, pero al contar con el reconocimiento de la doctrina vendría a auxiliar la labor judicial, del mismo modo que las demás fuentes.

Por otra parte, el movimiento se dirigió a criticar los dogmas de plenitud del ordenamiento jurídico, que va directamente relacionado con la negación del carácter sistémico del mismo, y con el dogma de la estatalidad al que he aludido. Los criticaron por falsos, pues decían que una aproximación que tome en consideración la realidad jurídica permite constatar que en la práctica el derecho no es un sistema, ya que la voluntad y sentimientos que efectivamente existen en su aplicación son incompatibles con dicha idea.

Frente al dogma de la plenitud, el movimiento no sólo dijo que existen lagunas, sino que enfáticamente señaló que éstas son la regla general, por resultar imposible que el legislador prevea normas para la solución de todos los conflictos que se presentan en la vida diaria, llegando a decir que “hay tantas lagunas como palabras¹⁰⁶” por lo que es insostenible seguir sustentando su excepcionalidad.

Junto a ello, sostuvieron que los medios que el ordenamiento provee para su superación no son suficientes y que su aplicabilidad -exclusivamente- a través de procedimientos lógicos es una falacia, pues la elección del método para colmar la laguna es siempre fruto de un acto volitivo del juez, elección que depende del contenido que quiere dar a su resolución¹⁰⁷.

La función que ven en el derecho libre precisamente va ligada a la crítica a este dogma, pues el derecho libre con la “espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas y de hecho siempre las colma.¹⁰⁸”

Mención especial amerita el aspecto relativo al voluntarismo y el irracionalismo, pues decían que los jueces desarrollan razonamientos jurídicos destinados a demostrar que están resolviendo el litigio conforme a derecho, pero, dichos fundamentos muchas veces son forzados o simplemente falsos, lo que realmente hacen es elegir conforme a su voluntad un

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 337.

¹⁰⁷ Segura Ortega, Manuel, “El movimiento del derecho libre” *op. cit.*, p. 431.

¹⁰⁸ Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, *op. cit.*, p. 338.

razonamiento que les permita señalar la decisión que ellos desean. Es decir, existe un falso razonamiento lógico, que oculta un real razonamiento volitivo, lo cual se puede entender al observar la realidad jurídica: “A la corriente voluntarista se une naturalmente en nuestra concepción la trayectoria irracionalista. 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 lógica. Bien es verdad que el nuevo movimiento se haría desde luego ridículo, si quisiera descartar la lógica como carente de valor, acción cometida algunas veces por los partidarios fanáticos e impetuosos de la escuela histórica. La lógica tiene razón siempre. Pero no es menos verdad que aquella lógica jurídica de la hermenéutica tradicional, puesta en picota recientemente y con acierto por Sternberg, poco tienen de común con la *scientia scientiarum*”.¹⁰⁹

Todos los pensamientos expuestos influyen en la actividad del juez. Tras el levantamiento del manto teórico del siglo XIX, que ocultaba la realidad de la función judicial por, a lo menos ingenuamente creer que el silogismo judicial siempre es aplicables, quedamos ante un juez que ya no debería recurrir falsamente a la lógica para fundamentar su decisión conforme a una determinada regla interpretativa o conforme a una determinada norma apelaban a que el juez exprese con sinceridad el resultado de su búsqueda del derecho aplicable, entendiéndose por tal el estatal y el derecho libre, para que su decisión sea coherente con la realidad social y con una mayor justicia del caso particular .

El rol creador del derecho que el movimiento reconoce al juez, conlleva que el protagonismo de su pensamiento está en él y no en el poder legislativo. 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.¹¹⁰

Sin embargo, la principal crítica que se realizará a este punto, (incluso por Gény, que, como dijimos fue un inspirador del movimiento), es que no señalan a través de qué medios se llega a la decisión jurídica, ni cuáles son los límites de la función judicial. Los autores

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 345.

¹¹⁰ Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, *op. cit.*, p. 368.

recurrieron a nociones como la equidad, el sentimiento jurídico, justicia, entre otros términos cargados de indeterminación y vaguedad. Respecto de esto se ha dicho que ello puede haber sido conscientemente buscado, pues es coherente con la libertad que se reconoce como latente en su actividad¹¹¹. Demostración de ello es que el modelo de juez inglés y el código civil suizo del año 1900, que en su artículo primero permitía al juez actuar como legislador en casos de laguna legal y ausencia de costumbre aplicable al caso concreto.

Se llega acá a uno de los aspectos más discutidos, y que conectan esta escuela directamente con el *derecho alternativo* al que hemos aludido: la posibilidad de que el juez no sólo se aparte de la ley, sino que derechamente decida en contra de ella, aun cuando la norma legal sea clara. La respuesta que se dio es afirmativa, pero de manera excepcional (lo cierto es que no se planteó una posibilidad amplia de decidir en contra de la ley),¹¹² pero se señalaron causas para ellos marcadas por el carácter amplio de su formulación: “el juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos caso dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual poder del estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción se inspirará en el derecho libre”¹¹³ Lo cual sin dudas permite que el juez pueda subsumir una gran cantidad de casos a estas causales.

En definitiva, estas caracterizaciones de la actividad judicial, llegando a extremos como los de validar las decisiones contra la ley, son sin lugar a dudas el punto más crítico del movimiento. En todo caso se debe finalmente, relacionar con el hecho que para ellos la confianza en el juez es la única garantía¹¹⁴: “si no podemos fiarnos del juramento del juez, que en efecto requiere de una convicción seria no existe garantía alguna”¹¹⁵.

¹¹¹ Segura, Manuel, “El movimiento del derecho libre”, op. cit., p. 450.

¹¹² Segura, Manuel, “El movimiento del derecho libre”, p. 451. Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 37.

¹¹³ Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, op. cit., p. 363.

¹¹⁴ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1980, p. 57.

¹¹⁵ Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, op. cit., p. 364.

Por último, las consecuencias que los postulados anteriormente acarrearán para la ciencia jurídica; en cuanto su objeto, función y método.

Respecto del objeto, éste se extenderá no sólo al estudio de las normas jurídicas que tienen origen en la actividad estatal, sino que además comprenderá el estudio de ese *derecho libre*, por lo que el conocimiento del derecho se puede realizar principalmente a través de la observación, tomando especial atención en el que efectivamente se vive por la sociedad y especialmente el que se aplica por los tribunales de justicia¹¹⁶.

Por lo que se refiere al método, propusieron el análisis empírico del fenómeno jurídico, por lo que las referencias a la sociología serán recurrentes, pero de manera diferente entre los distintos autores.¹¹⁷

La función de la ciencia jurídica que propugnan es doble: descriptiva y prescriptiva. Descriptiva en cuanto conocimiento del derecho y prescriptiva en cuanto fuente del derecho, pues a través del análisis empírico de la realidad, su función es señalar las normas extra-estatales que integran el derecho libre¹¹⁸.

B.2 Algunas reflexiones críticas.

El movimiento por el derecho libre ha sido duramente criticado, en general, se le atribuye falta de rigor en la fundamentación de sus planteamientos¹¹⁹. Centrándonos en las principales, a lo menos se pueden agrupar dos planos: uno teórico jurídico vinculado con la interpretación y, otro relacionado con las consecuencias políticas que pueden surgir de sus propuestas.

En el ámbito teórico jurídico las críticas apuntan al amplio reconocimiento del activismo judicial que se propuso y la valoración del voluntarismo en la adopción de las

¹¹⁶ Segura, Manuel, “Kantorowicz y la renovación jurídica”, op. cit. p. 123.

¹¹⁷ En este punto que se han distinguido dos vertientes en el movimiento, en una parte encontraremos a autores como Kantorowicz y en la otra a Ehrlich. El primero de los autores habló de la importancia de la sociología en relación a la dogmática, pero distinguiendo claramente los planos, pues la primera se aboca al estudio de la realidad social de las normas y su método es descriptivo, mientras que, la dogmática se ocupa del estudio de las normas y su método no puede ser empírico, pues no se aboca al estudio del ser; su función es fundamentalmente el estudio de la justificación a través de razones. En cambio, Ehrlich fue bastante más radical al plantear que la verdadera ciencia jurídica es la sociología jurídica, pues al ser el derecho un fenómeno social, una auténtica ciencia del derecho debe actuar con presupuestos de las ciencias sociales, criticando de paso incluso la distinción entre ser y deber ser.¹¹⁷ Vid. Segura, Manuel, “El movimiento del derecho libre”, op. cit., pág. 439. Sobre Esto último, vid. las críticas que dirigió Kelsen, en “Una fundamentación de la sociología del derecho”, *DOXA* V. 12, 1992, pp. 213-256

¹¹⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 37.

¹¹⁹ Recasens Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, op. cit., p. 53.

resoluciones jurídicas, que en versión más extrema termina por reconocer la desvinculación del juez a la ley, a través de la admisión supuestamente excepcional¹²⁰ de decisiones *contra legem*, pues representa una debilitación total de la finalidad básica¹²¹ del derecho, cual es la seguridad jurídica.

Aun inspirados en objetivos benignos, como lo fue privilegiar la justicia del caso concreto por encima de la formalidad de la decisión, carecen de un correlato que busque dotar al sistema de mecanismos de control de la actividad judicial. La confianza en el juez y la creencia que ello es la garantía fundamental, por ingenuo que nos parezca, es coherente con dicha ausencia y por ello nos recuerdan al cuestionado juez Hércules¹²². La desconfianza que fundamentaba la crítica al idealizado legislador racional no se traspasa al juez, quien, por alguna razón que no se logra entender, es la persona idónea para señalar la decisión correcta incluso en contra de la ley.

Cabe destacar en este apartado crítico que la seguridad jurídica no sólo fue infravalorada por el movimiento, sino que fue identificada como una utopía, pero ésta revistió un carácter distintos a cómo hoy la entendemos, pues señalaban que la inseguridad es inevitable y deseable para el derecho, parte si no existiere, no existirían procesos judiciales¹²³.

Las consecuencias políticas a las que aludimos se vinculan con el peligro que sus postulados representan para el estado de derecho y la democracia. El hecho que pues que las decisiones judiciales estén en parte importante sometidas a la voluntad y al sentimiento de justicia de la persona del juez, dotado de un cierto intuicionismo moral y capacidad de percibir la compleja realidad social, acarrea eventuales arbitrariedades e irracionalismo jurídico, teniendo como presupuesto para lo dicho la heterogeneidad valorativa de sociedades integradas por gran pluralismo ideológico en cuanto a las concepciones de lo justo¹²⁴.

¹²⁰ Digo supuestamente excepcional porque, como vimos, las causas que se señalaron son tan amplias que permiten que muchos casos puedan ser subsumidos en ellas, pudiendo finalmente invertirse la regla de la excepcionalidad.

¹²¹ Si bien el derecho tiene otras finalidades como la justicia y la paz, estas a diferencia de la seguridad jurídica, no encuentran como única vía para su realización al derecho, pues habrán otros factores fundamentales para su consecución (relacionados principalmente con las características de las políticas económicas y sociales del programa del gobierno).

¹²² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 38.

¹²³ Segura, Manuel, "El movimiento del derecho libre", cit., p. 454.

¹²⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo, "Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta", en *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*, Rosaristas, Bogotá, 1997, p. 133.

Junto a ello el principio de sujeción a la ley como garantía no sólo debe ser valorado desde el punto de vista de la pasividad del juez que acarrea, tan discutida en el ámbito de la teoría de la interpretación jurídica, sino que debe conectarse con la consideración de la ley como cuerpo jurídico representativo, por lo que en el contexto de un estado democrático los esfuerzos teóricos por dotar de racionalidad y control a la actividad judicial a través de la exigencia de su sujeción a la ley, deben encontrar su impulso en ello.

Las manifestaciones que los peligros expuestos han tenido en nuestra historia no pueden dejar de ser mencionados; sólo un lamentable ejemplo basta para dimensionar lo dicho. No obstante las dificultades de identificar la sensibilidad política de esta escuela, se puede señalar que, Ehrlich y Fuchs eran judíos, otros adherentes a movimientos políticos socialdemócratas como Stampe y Rump, por lo que sufrieron persecución y exilio. El propio Kantorowicz, que era judío, sufrió del exilio que lo llevó a refugiarse en Estados Unidos. Todos ellos tuvieron que ver cómo su pensamiento inspiró la teoría jurídica nacional socialista, ya que les proporcionaba un buen brazo teórico para desprenderse de las incomodidades que les representaban las normas de la constitución de Weimar¹²⁵.

También suele ser calificado peyorativamente como *sociologismo jurídico*¹²⁶, por sus excesos, (piénsese especialmente en Ehrlich y su identificación de la sociología como auténtica ciencia del derecho). Más allá de ello se puede destacar que, una consecuencia del movimiento ha sido dirigir los estudios del Derecho a las dimensiones fácticas de la norma. Por ello forma parte de las escuelas que impulsaron el surgimiento de la sociología jurídica y con ella las discusiones sobre la delimitación de su objeto estudio y de los demás saberes respecto al derecho que se ubican cerca de ella.

C Formalismo jurídico estadounidense: formalismo jurisprudencial

¹²⁵ Prieto Sanchís Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 40. Una excepción relevante viene representada por Philips Heck, autor central de la escuela *Jurisprudencia de los intereses*, quien modificando algunos aspectos de su teoría al contribuyó, conscientemente, al nacionalsocialismo.

¹²⁶ El sociologismo jurídico se ubica en una etapa inicial de la sociología jurídica y se caracteriza por comprender el Derecho como un hecho social, siendo derechamente antinormativista. La sociología jurídica se diferencia del sociologismo jurídico en que ella al estudiar las relaciones derecho sociedad, estudia las normas en su relación con la sociedad. Vid., Díaz, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1980, p. XX

El formalismo que surge en Estados Unidos gira en torno a la tradición iusnaturalista basada en el Estado de Derecho, la división de poderes, subordinación del juez a la ley. Su expresión más característica en el ámbito académico es el *case method*¹²⁷.

Para entender este formalismo, es necesario remontarse a los orígenes del *case method*. Su precursor fue el primer decano de Harvard y principal representante del formalismo estadounidense, Christopher Columbus Langdell, quien, empeñado por el reconocimiento del carácter científico del estudio del Derecho, introdujo en dicha escuela una serie de reformas institucionales, de exigencias de ingreso y muchas otras bastante interesantes. Ahora bien, en lo que atañe a este trabajo, lo relevante es su creación de un método de enseñanza que caló profundamente en la cultura jurídica estadounidense.

El *case method* se caracteriza por tres aspectos: el estudio del derecho centrado en sentencias judiciales rigurosamente elegidas por contener principios y doctrinas, con una cuya relevancia tal que sirvan de guía para la resolución de otros tantos conflictos jurídicos. El otro 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 forma 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 normas¹²⁸.

Que este método de enseñanza sea tachado como piedra angular del formalismo que se expone, nos puede sorprender a quienes hemos sido formados principalmente a través de la clase magistral, no obstante, dicha formalidad viene dada por dos razones: el estudio de los casos se realizaba con el objeto de extraer los principios y doctrinas en ellos inmersos de manera imparcial 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 es asimilable al estudio dogmático de los códigos. La otra razón viene dada porque en los *casebook* sólo se incluían sentencias, y no otros textos con contenido

82. ¹²⁷ Treves, Renato, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, op. cit., p.

¹²⁸ Pérez Lledó, Juan, *El movimiento critical legal studies*, Tecnos, Madrid 1996, p.

carácter filosófico, social o económico, pues para Langdell el estudio de ello debía realizarse en otras facultades¹²⁹.

C.1 Antiformalismo Estadounidense: desde Holmes a los Critical Legal studies.

La reacción contra el formalismo ha tenido un vasto desarrollo en Estados Unidos. Su exposición no deja de ser bastante compleja, pues los caminos que se han abierto en esta línea son muchos.

El juez Holmes es ampliamente considerado el precursor del realismo estadounidense. Imbuido por las ideas que se estaban cimentando en el legendario “Club de la Metafísica¹³⁰” publica en el año 1881 “The Common Law” y posteriormente “The Path of Law”, sus obras centrales.

Su tesis más conocida y criticada se suele reducir a su frase “entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos¹³¹”. Sin duda frases como ésta ya nos sitúan en el carácter más empírico de su reflexión respecto a lo jurídico, que será heredada por el realismo jurídico. Sin embargo, es de destacar que, el pensamiento de Holmes va mucho más allá, pues resaltó la importancia de la separación conceptual entre derecho y moral¹³², a su vez que, planteó los riesgos de una 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 hombre¹³³”. Con ello buscaba impulsar la reflexión sobre la necesidad de que los jueces también efectúen reflexiones de orden social. En el plano del estudio del derecho, la historia ocupa un lugar importante en el pensamiento de Holmes; en ello centró gran parte de su labor intelectual

¹²⁹ Pérez Lledó, Juan, *El movimiento Critical Legal studies*, op. cit., p. 108 y ss. Cfr. López Hernández, José, “El formalismo Jurídico de la teoría Jurídica estadounidense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, p. 267-299.

¹³⁰ El “club de la metafísica” es 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.

¹³¹ Holmes, Oliver W., *La Senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 21.

¹³² *Ibidem*, p. 18 y ss.

¹³³ *Ibidem*, p. 29.

en una primera etapa de su carrera, pero luego se abrirá a la economía, la teoría general del derecho, la práctica judicial y las finalidades sociales de las normas.

En definitiva, el connotado juez de la Corte Suprema de y luego de la Corte Suprema de Estados Unidos, no sólo es el gran arquitecto de los famosos votos de disidencia que constituyen hasta el día de hoy revitalizantes aportaciones al derecho constitucional, sino que además fue un académico angular en el devenir de la teoría jurídica antiformalista, que se radicalizó con sus herederos intelectuales; los realistas *estricto sensu*.¹³⁴

El realismo jurídico, por su parte, es un movimiento intelectual que surge en la década del veinte. Sus principales representantes han sido K. LLewellyn y J. Frank, junto a ellos, y utilizando una acepción amplia de realismo jurídico, no se puede dejar de mencionar a Roscoe Pound¹³⁵.

Para exponer una imagen recurrente del realismo, me parece adecuada la siguiente: “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 derecho¹³⁶”

Sin embargo, llama mi atención que uno de los aspectos del pensamiento jurídico realista que más controversia ha generado en la doctrina sea su concepción del derecho que prescinde del elemento normativo. Comprensiones como éstas, sin algunas justas matizaciones, nos pueden llevar a “caricaturas”, ya que la mayoría de los autores poco; nada de trabajo dedicaron a las conceptualizaciones.

Es más, si a algo se oponían era a conceptos que redujesen la realidad jurídica: “no voy a intentar dar una definición de derecho. Si no doy la definición de otro autor, mucho

¹³⁴ “...Su punto de vista es en cierto modo complementario del de Langdell. Entre ambos crearían la ciencia jurídica moderna de los EEUU. En sus dos aspectos esenciales: el formalismo y el instrumentalismo. Estos dos aspectos complementarios los definía Grant Gilmore de una manera algo diferente con estas palabras: «Si Langdell le dio a la nueva ciencia jurídica su metodología, Holmes, más que ningún otro, le dio su contenido». En un sentido parecido se podría decir que Langdell trató de construir una «jurisprudencia de conceptos» y Holmes, por su parte inició lo que sería el complemento necesario de aquella, una «jurisprudencia de intereses».” (López Hernández, José, “El formalismo jurídico estadounidense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002, p. 273).

¹³⁵ Principal exponente de la jurisprudencia sociológica estadounidense.

¹³⁶ Solar Cayón, José, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria : escritos jurídicos*, VVAA, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, p. 1186.

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 derecho¹³⁷. Tanto es así, que finalmente las pocas veces que lo hicieron, al ver la incompreensión que habían generado, no hicieron más que arrepentirse¹³⁸.

En definitiva, los realistas soslayan las conceptualizaciones esencialistas de lo jurídico. Uno de sus móviles intelectuales, precisamente, es la crítica a la forma de hacer ciencia jurídica de corte conceptualista, pues no creían en las esencias o naturalezas jurídicas encerradas en conceptos estáticos.

Por ello, propugnan el abandono de todo concepto pre-constituido de derecho y su sustitución por la posible adopción de una serie de puntos focales o perspectivas de observación. Perspectivas que se corresponden con las diversas posiciones, técnicas e intereses de los distintos operadores jurídicos. 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 oscuros¹³⁹.

Para la comprensión de ello es necesario conocer sus influencias filosóficas. Estas vienen dadas por los nuevos paradigmas epistemológicos que revolucionaban la filosofía de las ciencias, tras los descubrimientos de la física cuántica de la primera mitad del siglo XX¹⁴⁰, y por los desarrollos de la filosofía pragmática: “que no dudará en afirmar la inextricable interrelación entre lo objetivo y lo subjetivo, entre la forma de mirar y la visión resultante, desintegrando así la rígida dicotomía sujeto-objeto¹⁴¹”.

¹³⁷ Llewellyn, Karl, “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en VV.AA., *El ámbito de lo jurídico*, Trad. de Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994, p. 246.

¹³⁸ “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. Vid. Solar Cayón, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, op. cit., p. 1193. Cfr. con Pérez Lledó, *El movimiento critical legal studies* op. cit. p. 247.

¹³⁹ Llewellyn, Karl, op. cit., p. 247

¹⁴⁰ Me refiero a los avances de la física cuántica, que pusieron en tela de juicio a la física clásica, por su imposibilidad de dar una descripción del comportamiento del electrón, los nuevos problemas que trajo al terreno epistemológico se traducen en la valoración del papel del sujeto en la comprensión del objeto, surgiendo la probabilidad como mejor descripción, frente a la certeza y el determinismo.

¹⁴¹ Solar, Cayón, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, op. cit., p.1195.

En este sentido, el punto focal adoptado para la investigación jurídica por la mayoría de los realistas es el del abogado y su cliente. Elección que en concordancia con lo dicho, generará la búsqueda de una teoría jurídica que describa de manera imparcial los hechos y comportamientos sociales verificables, el cómo es el derecho y con vocación de utilidad.

Ello no implica una negación del elemento normativo, que tantas veces se les ha achacado, sino que una elección metodológica, orientada a las consecuencias de las normas, expresada la idea: “por sus frutos les conoceréis”¹⁴².

Por esta vía llegan a poner en tela de juicio la tesis de la función declarativa del juez, y la operación lógico-deductiva que, supuestamente, realizan al emitir una sentencia.

Al constatar que las normas no son los únicos factores que inciden en las decisiones judiciales, buscaban revelar los múltiples factores que influyen en ellas, principalmente los de carácter político, llamando la atención de los juristas a esos elementos extra-normativos de influencia, que tradicionalmente no habían sido objeto de su preocupación.

Por otra parte, una faceta relevante del trabajo de estos realistas vendrá marcada por una impronta política jurídica, pues, la descripción de la realidad del derecho, es para ellos una fase previa, a fin de detectar las insuficiencias y las posibilidades de actuación, el hasta qué punto lo deseable puede ser efectivamente realizable.

La reforma de las instituciones, especialmente la administración de justicia era también un tema fundamental del realismo. Para el logro de los fines y valores socialmente deseables. Manifestación de este último punto, reiteradamente citado por la doctrina es, la participación que muchos de sus integrantes tuvieron en el programa de Roosevelt, *New Deal*.

Lo anterior se vincula con lo que ha sido denominado el proyecto constructivo del realismo. Si es difícil hacer generalizaciones en el ámbito de las críticas que ellos realizaron a la ciencia jurídica tradicional, más complejo es realizarlas en este ámbito.

Este aspecto comprende, sin voluntad de ser una enumeración exhaustiva; la elaboración de reglas funcionales descriptivas del actuar de los jueces (frente a las reglas formales) y la desarticulación de los conceptos jurídicos tradicionales, conectándolos con las razones de política social a las que están destinados. Para posibilitar este proyecto sería necesario la recurrencia a las ciencias sociales, a su epistemología y conocimientos.

¹⁴² En este sentido, Solar Cayón señala que este es uno de los pocos puntos en los cuales existe una real coincidencia entre los realistas y por ello comparte que, en este sentido, el realismo puede ser entendido como filosofía del derecho de los abogados.

Finalmente, conectado con lo anterior, ante la posibilidad de políticas en conflicto, la elección de las que se desea que prosperen debe realizarse recurriendo a visiones políticas y morales. Este es punto sin duda muy complejo, respecto al cual se resaltan las distintas interpretaciones y respuestas que se manifiestan al interior del movimiento¹⁴³.

Se pueden encontrar una serie de movimientos que se abocaron con distinto éxito y rigor a desarrollar el programa constructivo al que aludimos: *Policy Analysis, Law and Society, el Law and Economics* y sin duda uno de los más controvertidos: los *Critical Legal Studies*” (CLS). Nos detendremos brevemente en él, pues al igual que el uso alternativo del derecho, forma parte de la disfuncional familia de las teorías críticas del derecho.

Los Critical Legal studies surgen con motivo de la celebración de la conferencia sobre estudios críticos del derecho, en mayo de 1977. Sus principales promotores fueron Duncan Kennedy y David Trubek y la convocatoria apuntaba a desarrollar un enfoque crítico para el estudio del derecho en la sociedad.

En sus antecedentes, podemos encontrar una serie de sucesos marcados fundamentalmente por una serie de despidos de profesores disidentes políticos e intelectuales en Yale y por la contingencia política estadounidense de la época, principalmente la guerra de Vietnam y la crítica a cómo se había desarrollado la herencia del realismo jurídico, marcada por una sociología jurídica de corte behaviorista.

En él participaron intelectuales de connotadas universidades estadounidenses como Yale y Harvard, pero además abogados dedicados al ejercicio tradicional de la profesión que compartieron algunas de sus tesis y objetivos. Es un movimiento complejo y heterogéneo que ha recibido más críticas que elogios, según muchos por su fuerte talante crítico incomprensible, catalogado de pueril, por decir lo menos¹⁴⁴.

Es un movimiento de clara índole política¹⁴⁵, que centró su atención de modo

¹⁴³ Pérez Lledó, *El movimiento critical legal studies*, op. cit., p. 252 y ss.

¹⁴⁴ Un texto de dicho talante crítico es, Casamaglia, Albert, “La retórica de critical legal studies. Impresiones de un lector español”, *Revista Doxa*, núm. 11, 1992, p. 295-310

¹⁴⁵ (“Bajo estas condiciones, los juristas jóvenes sintieron la necesidad de una visión más razonable y menos comprometida de las funciones sociales del derecho y muchos de nosotros la encontramos en la vocación emergente del jurista activista-reformista, liberal pero <<anti-establishment>> que empleará las técnicas del sistema contra el propio sistema, trabajará a favor del mejoramiento de las normas sustantivas, de procedimientos más abiertos y representativos, de burocracias más sensibles a las necesidades de la gente y, en general, tratará de hacer más efectivas y reales las promesas formales de justicias igualitarias del derecho” Gordon, Robert W. *Nuevos desarrollos de la teoría jurídica*, en “Desde otra mirada” VVAA, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 328).

importante en la forma en que se enseñaba el derecho por las corrientes jurídicas dominantes. En el ámbito teórico-jurídico sostuvieron algunas de las tesis del realismo jurídico, principalmente la tesis de la indeterminación del derecho, enfatizando su carácter político. Su labor se centró en investigar y describir cómo opera el derecho con una función legitimadora y paralizante y criticar la falsa necesidad de las estructuras o creencias de carácter más liberal.

Para ello el giro teórico relevante vendrá dado por la apertura a las teorías sociales clásicas de Weber, Durkheim y Marx, pero posteriormente se abrirá al pensamiento de la filosofía social contemporánea, inspirado en tradiciones como: el estructuralismo francés, la fenomenología, el existencialismo y principalmente a la teoría crítica de la escuela de Frankfurt. Gran parte de las discusiones más profundas y complejas de sus integrantes vienen dadas precisamente por estas diversas vertientes filosóficas de las que bebieron.

Actualmente el movimiento está en franca decadencia. Entre las muchas razones que se esgrimen para ello, una de las más recurrentes es las dificultades de formular propuestas coherentes con las críticas que propugnaron al liberalismo, y los riesgos de hacer efectivos sus ideales¹⁴⁶. Sin embargo, otra razón esgrimida por uno de sus máximos representantes plantea el ataque conservador concertado para eliminar a los académicos que participan del movimiento de las facultades de derecho estadounidense¹⁴⁷.

C.2 Algunas reflexiones críticas.

El realismo jurídico ha sido centro de gran cantidad de críticas. Siguiendo las explicaciones del profesor José Solar Cayón expondré las que han tenido mayor relevancia¹⁴⁸:

La exclusión de la normatividad y la centralización en el aspecto fáctico al definir el derecho, es decir, la consideración del derecho como un conjunto de hechos, principalmente las decisiones de los tribunales. Si se acepta este planteamiento como definidor del movimiento realista, consecuentemente tendríamos que aceptar la exclusión de los criterios formales de validez como definitorios de la existencia del derecho, y

¹⁴⁶ Carrino, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «critical legal studies»”, Trad. Elena Beltrán Pereira, en *Doxa* Vol. 12, 1992, p. 152.

¹⁴⁷ Me refiero a Duncan Kenedy, en la entrevista titulada *¿Son los abogados realmente necesarios?*, recogida en *Desde otra mirada, textos de Teoría Crítica*, cit., p. 413.

¹⁴⁸ Solar, Cayón, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, op. cit., p. 1188- 1192.

sustituirlos por aplicabilidad que los tribunales realizan, es decir, por una dimensión de la eficacia.

Dentro de los más destacados críticos de esta interpretación de los postulados del movimiento realista encontramos al propio Kantorowicz, pues en su exilio en Estados Unidos planteó duras críticas al realismo, indicando que bajo esos presupuestos las normas que nunca han llegado a ser aplicadas por los tribunales, y que no obstante ello son eficaces, caerían en la absurda paradoja, de ser consideradas por un realista como no jurídicas. Sin duda que esta crítica tiene muy difícil salida.

En relación con lo anterior, si el derecho se define en relación a la actuación de los operarios jurídicos, ¿cómo se explica la autoridad de dichos operarios?; ¿no están omitiendo acaso los realistas las –en jerga hartiana- reglas de adjudicación? En definitiva, si los jueces dictan las resoluciones judiciales es porque existen normas jurídicas preexistentes que los invisten de la autoridad y competencia para ello.

Luego, las críticas también se dirigieron contra la consideración del derecho como una “predicción de lo que los tribunales decidirán”, pues el carácter prescriptivo de las normas jurídicas, es decir, su naturaleza como entidades que manifiestan un deber ser para los jueces, impide que éstos las vean como predicciones de su actuar, pues no indican cómo el juez decidirá, sino cómo el juez debe decidir.

Esta crítica fue formulada por Kelsen y por Hart. En el caso de este último, la crítica se sustenta en la confusión que en algunos autores realistas se produce entre su conocida distinción entre punto de vista interno y externo; más precisamente, la ignorancia del punto de vista interno. Pues si bien dicha descripción del derecho podría ser sustentada desde el punto de vista externo, no así desde el punto de vista interno, es más; si desde el punto de vista externo se puede afirmar dicha descripción, es por el carácter prescriptivo del derecho.

Finalmente, otra de las críticas relevantes que se realizaron al movimiento son de carácter axiológico, pues los tachaban de reducir el derecho al terreno de lo exclusivamente fáctico, sin entender las referencias valorativas que necesariamente van unidas al derecho, entre estos críticos uno de los más connotados es Fuller¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Fuller, L., *The Law in Quest Of Itself*, The Lawbook exchange, New Jersey, p. 45 y ss.

3.4 Una teoría crítica del derecho.

El uso alternativo del Derecho es, también, una manifestación, en el ámbito de lo jurídico, de una de las vertientes filosóficas protagonistas de la contemporaneidad: la filosofía crítica. Hemos optado por señalar esta característica llegando al final del capítulo porque, en gran parte, es el resultado de la conjunción de: neomarxismo y antiformalismo, es decir, el presupuesto filosófico y el presupuesto teórico jurídico del uso alternativo del Derecho del que hemos hablado precedentemente.

La filosofía crítica tiene por nicho fundacional a la connotada Escuela de Frankfurt, integrada por autores de la talla de Horkheimer, Adorno, Marcuse, Benjamin y más recientemente por Habermas y Honneth. Como tal, se sumerge en debates muy hondos, que en gran medida se identificaran por realizar relecturas independientes del pensamiento de Marx, con un preferente interés en desvelar las reglas de la investigación social descubiertas por él, pero enterradas en las particularidades circunstanciales de su obra. Así una prolífica producción teórica se inserta en el marco del debate sobre el método¹⁵⁰.

Las teorías críticas se identifican por, además, de su dimensión teórica cuestionadora del orden dado –centrado en el capitalismo y sus relaciones de explotación y exclusión- y de la forma en que reflexionamos respecto del mundo –la teoría tradicional¹⁵¹- por su impronta práctica; una de sus aspiraciones es influir en el orden dado contribuyendo al surgimiento de una sociedad más justa¹⁵². “Se puede concebir la teoría crítica como el instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los

¹⁵⁰ En este contexto, las principales obras de referencia son: Korsch, *Marxismo y filosofía*; Sartre, *Cuestiones de método y Crítica de la razón dialéctica*; Adorno, *Dialéctica negativa*; Althusser, *Para leer El Capital y La revolución teórica de Marx*; Marcuse, *Razón y revolución*; Della Volpe, *La lógica como ciencia positiva*; Lukács, *Historia y conciencia de clase y El asalto a la razón*; Colleti, *Hegel y el marxismo*.

¹⁵¹ Ha sido central para la reflexión crítica el desvelamiento del carácter ideologizado de la teoría tradicional: “cuando el concepto de teoría se autonomiza, como si pudiera fundamentar a partir de la esencia interna del conocimiento o de algún modo ahistórico, se transforma en una categoría reificada, ideológica” Horkheimer, Max, “Teoría tradicional y teoría crítica”, op cit. p., 29.

¹⁵² “La concepción tradicional de la teoría es el resultado de una abstracción que parte de la actividad científica tal como se lleva a cabo en un nivel dado de división del trabajo. Corresponde a la actividad del científico tal como se desempeña junto a las otras actividades de la sociedad, sin que la relación entre dichas actividades particulares sea inmediatamente transparente. De ahí que en la concepción tradicional no aparezca la verdadera función social de la ciencia, no aparezca lo que la teoría significa para la existencia humana, sino solamente en esa esfera desprendida del resto de la actividad social en la que tiene lugar la producción de teoría en condiciones históricas. Pero la vida de la sociedad es en realidad el resultado del trabajo conjunto de las distintas ramas de la producción, y aunque la división en el modo de producción capitalista funciona mal, sin embargo, sus ramas, incluida la ciencia, no se pueden considerar autosuficientes e independientes” *Ibidem*, p. 32.

sujetos inertes y mitificados una toma de conciencia histórica, desencadenando procesos que conducen a la formación de agentes sociales poseedores de una concepción del mundo racionalizada, anti dogmática, participativa y transformadora. Se trata de una propuesta que no parte de abstracciones, de un *a priori* determinado, de la elaboración mental pura y simple, sino de la experiencia histórica concreta, de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos y de las interacciones sociales, y de las necesidades humanas esenciales¹⁵³”.

Así, las teorías críticas del Derecho intentan desarrollar una crítica al modelo tradicional de ciencia jurídica, que en su versión más suave subraya las limitaciones de comprender el Derecho sólo desde un punto de vista interno – principalmente haciendo referencia a la ciencia jurídica tradicional de corte analítica y positivista-. Un modelo alternativo de ciencia jurídica, que se caracteriza fundamentalmente por introducir la perspectiva, histórica, sociológica y económica a su ámbito de herramientas para analizar con mejores herramientas al Derecho.

Además del uso alternativo del derecho, encontramos en este ámbito movimientos como los *Critical Legal Studies* y la *Association Critique du Droit*¹⁵⁴, a los que también hemos hecho referencia.

El uso alternativo del Derecho es una teoría crítica que no sólo ha trabajado en fundamentar sus planteamientos cuestionadores del orden jurídico establecido sino que, es la expresión de un paso más allá, llegando –como hemos visto- a constituirse en una propuesta articuladora de acciones, específicamente judiciales, destinadas a lograr algunos de sus objetivos. Con ello, pese a todos sus defectos origina un esfuerzo por compatibilizar teoría y práctica, que desde antaño ha identificado la propuesta de la filosofía crítica.

4. CONSIDERACIONES FINALES.

En este primer capítulo hemos buscado exponer de manera sencilla y ordenada una descripción del movimiento uso alternativo de Derecho.

¹⁵³ Wolkmer, Carlos Antonio, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, Universidad Autónoma San Luis de Potosí, 2006, p.28.

¹⁵⁴ Carcova, Carlos, “Teorías jurídicas alternativas”, en *Sociología jurídica en América latina*, Oñati Proceedings, Oñati, 1991, p. 30 y ss.

Para ello ha sido de central importancia la aproximación a su contexto de surgimiento y a sus diversos presupuestos que, en conjunción, lo dotan de especificidad.

El uso alternativo del Derecho es un movimiento que busca fundamentar un activismo judicial progresista, que contribuya a que los procesos sociales se desarrollen con mayor justicia social. Las dificultades que subyacen a su propuesta configuran un variopinto conjunto de críticas sustentadas en poderosos valores que estructuran el discurso jurídico contemporáneo y pilares de la institucionalidad; las más interesantes son lideradas por la seguridad jurídica, la imparcialidad e independencia judicial y la separación de poderes. Es más, desde la misma ala progresista de la surge, una subvaloración del rol que puede jugar en el logro de su cometido.

Más allá de las reflexiones, profundamente hondas que esto genera, pues nos conducen, sin duda, a las grandes discusiones de la filosofía del Derecho, este trabajo de marcado tenor descriptivo continuará con la exposición del resultado de nuestra investigación destinada a indagar las manifestaciones contemporáneas de la propuesta alternativista, pues nos interesa exponer los desarrollos posteriores de los aspectos centrales de su discurso, seguiremos con una aproximación socio jurídica actual y luego con la discusión académica que la ha acompañado. Finalmente intentaremos dar respuesta a la pregunta que indaga sobre la actualidad de nuestro objeto de estudio.

CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN SOCIO JURÍDICA, LOS CASOS VERBITSKY Y T-025.

1. PREÁMBULO.

La vigencia del *Uso Alternativo del Derecho*, en tanto propuesta teórica y práctica es una cuestión que, precisa ser analizada con información de primera fuente que, para estos efectos, consideramos que son sentencias que puedan orientar de manera contextualizada nuestras reflexiones. La decisión de búsqueda se ha centrado en Brasil¹⁵⁵, Colombia¹⁵⁶ y Argentina¹⁵⁷, pues éstos, conocidamente, destacan por tener algunas parcelas de su judicatura trabajando con impronta progresista. Finalmente, hemos optado por exponer el análisis de dos casos contemporáneos que nos parecen especialmente interesantes, en tanto manifestaciones emblemáticas del activismo judicial progresista de los últimos años en Latinoamérica.

Introduciremos los casos con unas breves referencias a los contextos sociales de surgimiento y sólo nos detendremos en los aspectos formales en la medida que lo hemos considerado necesario para comprenderlas. El capítulo se inicia con el caso Verbitsky, continúa con el caso T-025, y finaliza con un análisis conjunto de ambas sentencias.

2. CASO VERBITSKY

El caso Verbitsky se substanció en Argentina, la sentencia es del año 2005 y forma parte del grupo de sentencias emblemáticas en el ámbito de las reivindicaciones de los derechos de las personas privadas de libertad. Y éste, como sabemos, es uno de los grupos vulnerables más olvidados por nuestras sociedades.

¹⁵⁵ Vid. Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo na jurisprudência*, Acadêmica, São Paulo, 1993.

¹⁵⁶ Vid. Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, pp. 463-513.

¹⁵⁷ Vid. CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

Es un litigio complejo y muy buen punto de partida para introducir el activismo judicial al que queremos hacer referencia. Previo a entrar en el análisis del texto de la sentencia expondremos algunos hechos que nos ayudan a dimensionar su impacto.

Desde diversas esferas, surgieron contundentes denuncias respecto de las condiciones inhumanas en las que se encontraban las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires y en toda Argentina. Entre éstos, los organismos internacionales: el Comité de Derechos Humanos, en las observaciones finales de su informe sobre Argentina, del año 2000, señala como uno de los principales motivos de preocupación la situación de la población privada de libertad, declarándola incompatible con el derecho a un trato humano y con el respeto de la dignidad humana¹⁵⁸.

Nos parece especialmente revelador el informe del Grupo de Trabajo Sobre Detención Arbitraria que, en su visita a Argentina el año 2003 realizó una serie de gestiones destinadas a obtener, de primera fuente, información sobre la situación de la detención. El informe que emiten es bastante más extenso y en él se hace alusión a todos los vejámenes descritos por los recurrentes del caso que analizaremos¹⁵⁹.

Finalmente, de manera coherente con los informes señalados, encontramos el trabajo realizado por el Comité Contra la Tortura que, en la exposición de los motivos de

¹⁵⁸ 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...”

¹⁵⁹ 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”.

preocupación, deja ver la posibilidad de considerar la situación de hacinamiento penitenciario como trato inhumano y degradante¹⁶⁰.

La exposición de estos textos es importante no sólo en la medida que nos ayudan a introducir la gravedad del conflicto que origina la sentencia que analizaremos, sino también porque, según veremos, colaboraron en el proceso de formación de la convicción del tribunal a la hora emitir su decisión sobre el fondo del asunto.

Por último, sólo señalar que el caso que analizaremos, es una sentencia emblemática no sólo en cuanto a la gravedad de las vulneraciones que se denuncian, sino que también por la forma en que el sentenciador analiza los hechos, por como argumenta y por los procesos de ejecución a los que ha dado lugar.

2.1 ANÁLISIS DEL CASO

A. Hechos del caso.

Las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires viven en condiciones infrahumanas. El hacinamiento es palmario; 340 comisarías con capacidad para albergar a 3178 personas, en la realidad, albergan a 6364. La situación es aún más grave en las seccionales del conurbano bonaerense: 5080 personas en celdas que podían cubrir sólo 2068 plazas. A ello se suma el deplorable estado de conservación e higiene; los reclusos duermen y comen en el suelo; ni la comida ni los sanitarios son suficientes. Las detenciones se efectúan en retenes policiales pese a que legal y constitucionalmente, su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

¹⁶⁰Comité 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”.

Entre las personas afectadas se encuentran niños, mujeres y enfermos¹⁶¹. 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 rehenes¹⁶².

B. Historia procesal:

La historia procesal de la causa que exponemos es poco pacífica. Se puede afirmar que los principales obstáculos que en un comienzo eclipsaron el juicio se suscitaron en este ámbito. Los debates que las implicancias procesales del caso generan son del todo interesantes. Sin embargo, por no vincularse con nuestro objeto de investigación, nos referiremos a ellos sólo en la medida que lo consideramos necesario para comprender el contexto de la causa, la resolución adoptada y su proceso de cumplimiento en relación a la eficacia de la decisión.

¹⁶¹ Recomendamos observar el siguiente link, en tanto registro audiovisual del que los demandantes de autos se valieron para retratar las situaciones descritas 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. [Últimos accesos a ambos sitios web: 20 junio 2011]

¹⁶² 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-presero-muerto-y-seis-policias-heridos-en-una-comisaria-en-claypole>; El día 15 de enero 2002, se produjo un motín en el que las condiciones de hacinamiento también jugaron un rol causal, cfr. <http://www.diariohoy.net/accion-verNota-id-19745-fecha-2002.01.16>; 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. <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>. [Últimos accesos 20 junio 2011].

La causa se inicia en noviembre de 2001 con la interposición de un Habeas Corpus colectivo ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires¹⁶³. El tribunal rechaza la acción. En lo substancial, el razonamiento fue procesal; el juez competente para conocer de la situación de las personas que se encuentran detenidas es el juez de la causa de las decisiones que les incumben, es más, señalan que dicho tribunal sólo puede emitir sentencias que comprendan decisiones individuales y concretas.

Los accionantes impugnaron el fallo en febrero de 2002 a través de un recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de la ley, ante el Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires¹⁶⁴. Nuevamente obtienen un fallo contrario a sus pretensiones por razones procesales. Esta vez el tribunal declara inadmisibile el recurso porque la resolución recurrida no cumple con el requisito legal de ser una sentencia definitiva. A mayor abundamiento, el tribunal plantea que la decisión emitida por el tribunal de casación penal no constituye la última vía de impugnación de los hechos denunciados, pues continúan vigentes los procesos principales de los presos, y que las pretensiones pueden ser planteadas adecuadamente en dicho ámbito jurisdiccional. Este argumento debemos entenderlo sustentado en que gran parte de los detenidos de autos lo estaban en el marco de la medida cautelar personal de prisión preventiva. Junto a ello, calificó que la imposibilidad que los jueces tienen para resolver el problema en cuestión - según lo había expuesto el recurrente por el carácter estructural del problema- no pasa de ser una conjetura de los accionantes.

¹⁶³ De conformidad a lo dispuesto por los artículos 406 y 417 del Código Procesal penal provincial. El sustento normativo de la acción es el artículo 43, inciso 2, de la Constitución Argentina que, como veremos, fue una de las incorporaciones más importantes de la reforma constitucional del año 1994: “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. *Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.*

¹⁶⁴ Este recurso se encuentra previsto en el artículo 161 inciso 3 de la Constitución Política de la provincia de Buenos Aires y artículos 491 y 494 del código procesal penal local

Los accionantes impugnan nuevamente, esta vez vía recurso extraordinario federal¹⁶⁵. El tribunal *a quo*, que es la Corte Suprema de justicia de la provincia de Buenos Aires, emite declaración de inadmisibilidad.

Finalmente, en febrero del año 2004, interponen recurso de queja contra dicha decisión conforme a la normativa vigente. El tribunal competente para conocer esta vez es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien declara la admisibilidad y por primera vez –tras tres años y cinco meses de batallas procesales- un tribunal de la nación se pronunciará sobre el fondo del asunto. El proceso estuvo integrado por dos audiencias públicas, la primera el 1° de diciembre 2004 y la segunda en abril de 2005. Aún sigue vigente, en etapa de ejecución.

C. Argumentos de las partes:

C.1 Recurrentes: CELS¹⁶⁶

Los hechos denunciados constituyen una situación de violación sistemática y generalizada de los derechos humanos de las personas a cuyo favor se ha iniciado este proceso, por tanto una infracción de la normativa nacional de la más alta jerarquía¹⁶⁷.

¹⁶⁵ De conformidad con lo prescrito por el artículo 14 de la ley 48.

¹⁶⁶ El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una prestigiosa organización no gubernamental que trabaja desde 1979 en la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático en Argentina. El litigio estratégico es una de sus líneas de acción más fecundas.

¹⁶⁷ La Fundamentación normativa de las vulneraciones de derechos denunciadas se encuentra en el artículo 18 de la Constitución Argentina: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice*”. En este sentido, también fueron citados los artículos 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la integridad personal), artículos 7 (derecho a no ser torturado) y 10 (derechos de personas privadas de libertad) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 16 (deber estatal de prohibir actos constitutivos de tortura u otros tratos inhumanos crueles o degradantes y los de menor intensidad cuando son cometidos por funcionarios estatales) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Todos debidamente ratificados por Argentina.

Esta situación es fruto de una serie de decisiones de política criminal que consideran la cárcel como principal herramienta de solución de los conflictos sociales¹⁶⁸, sin que la sobrepoblación y sus condiciones inhumanas actúen como límite. Es más, plantean que estas condiciones se han constituido, ilegalmente, en una pena accesoria.

La vía procesal elegida para exponer la denuncia de autos –acción de habeas corpus colectivo- es la idónea. En esta línea se expusieron varios argumentos. Entre ellos: una actuación judicial individual ante hechos como los de autos no tendría efectividad para solucionar el problema de fondo, economía procesal e igualdad¹⁶⁹.

En el largo proceso que se ha venido substanciado se ha negado el derecho a la jurisdicción. Las constantes negativas que se han recibido desde los tribunales competentes que han conocido el caso, implican una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y se basan en subterfugios formales que desvelan falta de comprensión de la naturaleza jurídica de una acción colectiva¹⁷⁰.

Las distintas propuestas de acción señaladas por el gobierno durante el procedimiento ante la Corte Suprema son insuficientes y en ciertos casos incoherentes. Demostración de ello es, entre otros, que las graves violaciones a los derechos humanos denunciadas desde el inicio del proceso, hasta la fecha de las últimas presentaciones, han empeorado. Por tanto, no constituyen una propuesta seria e idónea para solucionar el problema descrito¹⁷¹.

Piden al tribunal que fije los estándares mínimos que el Estado debe respetar, es decir, solicitan determinar el marco de legalidad de las condiciones de detención que

¹⁶⁸ Sin duda uno de los datos más impactantes en este ámbito se constituye por el hecho de que 75% de los detenidos son personas que no habían sido condenadas por sentencia definitiva a una pena privativa de libertad. Es decir, personas en prisión preventiva.

¹⁶⁹ Como señalamos, la discusión que se generó en el ámbito procesal en gran medida dominó el proceso. Por ello la argumentación a favor de la idoneidad de la vía procesal elegida, legitimación activa de la ONG y de la competencia de la corte para resolver el fondo del asunto fueron una parte importante de los planteamientos de CELS. Consideramos que el debate que se dio en este contexto es interesante; sin embargo, por alejarse de nuestro objeto de investigación, lo exponemos con menor relevancia de la que tuvo en el caso.

¹⁷⁰ El fundamento esgrimido fue normativo y jurisprudencial. Normativo en la medida que citaron los artículos 25 (protección judicial) y 8 (garantías judiciales) del pacto de San José de Costa Rica. La opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-9/87. Relativa a las garantías judiciales y que en su párrafo 24 inquiere el sentido de la voz “recurso efectivo”, finalmente citaron el conocido caso “Velázquez Rodríguez” (párrafo 66) que también tiene nutrida jurisprudencia en este ámbito, a propósito de su razonamiento sobre el agotamiento de los recursos internos.

¹⁷¹ La principal argumentación en esta línea se encuentra desarrollada en el escrito presentado por CELS durante la segunda audiencia pública que se realizó ante la Corte Suprema de la Nación. De esta ocasión cabe destacar los 4 criterios diferentes que constataron a la hora de determinar los cupos disponibles; según un criterio la sobrepoblación alcanzaba un 55,97% y según otro sólo un 11,78%. Otro aspecto a destacar es la crítica que hacen a la falta de registro de población en prisión preventiva (6000 personas).

oriente las políticas que el poder público necesitará adoptar para poner fin a las condiciones infrahumanas de detención.

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*. Allí el margen de intervención judicial estará determinado básicamente por la reacción del Gobierno al definir nuevas medidas de política penitenciaria, acordes con los estándares que fije la Corte. Conscientes de la eventual negativa fundada en el principio de separación de poderes, señalaron: “no se solicita que la Corte asuma el diseño y la implementación de una política específica en la materia: la decisión judicial que se pretende debe constatar la omisión de medidas que tengan en consideración las necesidades de los amparados, y exigir al Estado que las incluya dentro del diseño de la política pública correspondiente¹⁷²”.

C.2 Recurridos: Ejecutivo.

En el proceso fueron debidamente emplazados: el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires (el ingeniero Felipe Solá) y el Ministro de Justicia del Gobierno Provincial de Buenos Aires (Eduardo Luis di Rocco).

La posición del gobierno siempre estuvo marcada por el reconocimiento de gran parte de los hechos. Es más, contribuyó con los requirentes en cuanto al diagnóstico de la situación. En este sentido, aportó información relativa a que el 75 % de los detenidos en los institutos penales bonaerenses se encuentran sólo en prisión preventiva, reconociendo el abuso de esta medida cautelar personal. Junto a ello, señaló que el gobierno es consciente de que la elevada tasa de encarcelamiento de la provincia de Buenos Aires es la más alta del país y, salvo el caso chileno, es la más alta de Latinoamérica.

¹⁷² Texto presentado en la primera audiencia celebrada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día, obra en el expediente a fojas 255, cuerpo IV.

Previa solicitud de CELS, el ejecutivo se ve impulsado a señalar cuáles son las reglas que considera para la determinación de los cupos o espacios físicos reales que se tienen para acoger personas privadas de libertad, cuestión fundamental para el caso, ya que el hacinamiento es una causa central de las violaciones a los derechos humanos que se esgrimían y además porque es un tema no pacífico, porque para ello se pueden adoptar diversos criterios. En este contexto el ejecutivo manifiesta¹⁷³: las pautas que el Ministerio consideró aplicables para determinar las condiciones de alojamiento de los reclusos son las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas por el congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*.

Luego señala una serie de medidas adoptadas distinguiendo las tendentes a disminuir el encarcelamiento innecesario, de las vinculadas con la construcción de nuevos y mejores espacios de detención¹⁷⁴.

Sin embargo, faltando pocos días para el pronunciamiento de la sentencia, la defensa del ejecutivo cambia considerablemente y se centra, por primera vez, en un poderoso y clásico argumento en este tipo de casos: el avasallamiento o invasión del poder judicial en cuestiones de competencia del poder ejecutivo. Y así fue como señalaron: “la presentación es notoriamente inadmisibles e improcedente toda vez que la pretensión deducida por el CELS, no es otra que participar e imponer una determinada política estatal en materia de servicio penitenciario que, además de ser materia no justiciable, se traduce en el inatendible e inconstitucional intento de sustituir a la propia provincia de Buenos Aires en tal cometido indelegable¹⁷⁵”. Es más, en el mismo escrito controvierte la legitimidad procesal de CELS, argumentando que la acción colectiva no excluye el deber de proceder a una adecuada individualización de las personas a cuyo favor se interpone la acción. De

¹⁷³ Expediente “Verbitsky v habeas corpus”, fojas 808, 4 de abril 2005 -segunda audiencia-.

¹⁷⁴ En el ámbito de las medidas legislativas esgrimidas expusieron: 1) Repotenciar el instituto del habeas corpus como recurso contra la prisión preventiva-Ley. 13.252; 2) Instaurar una instancia oral en la discusión en torno a la prisión preventiva-Ley. 13.252 y 13.260; 3) Introducción de criterios de oportunidad en cualquier etapa del procedimiento-Ley. 13.183; 4) Cambios orientados a disminuir el tiempo de los juicios; 5) Ante-proyecto de ley reguladora del cupo penitenciario; 6) Comisión cupo penitenciario elabora información señalando la capacidad carcelaria de cada unidad penitenciaria conforme a las Reglas mínima de Naciones Unidas; 7) Conjuntamente con CELS se ha elaborado un proyecto de ley “ley de cupos” destinada a determinar la capacidad carcelaria; 8) Ley 12.256 Ley reguladora de la ejecución penal en la provincia de Buenos Aires, que establece mecanismos alternativos a la detención, Libertad condicional, libertad asistida, pena domiciliaria, etc.; 9) Fortalecer el Patronato de los Liberados bonaerense. 10) Construcción de nuevas unidades 4644, lo que implicaría una inversión total de 245 millones de pesos argentinos.

¹⁷⁵ Expediente “Verbitsky v habeas corpus” Fojas 882/887, presentación incorporada al expediente con fecha 28 de abril 2005.

manera subsidiaria, defienden que con todas las medidas que se han adoptado y expuesto en el juicio la pretensión de CELS ya debería tenerse por satisfecha.

D. Cuestión jurídica:

Las preguntas más relevantes que, a partir del debate producido entre las partes, el tribunal tuvo que responder, son:

- 1) ¿Es admisible la acción de habeas corpus colectivo?
- 2) ¿La judicatura tiene legitimidad para pronunciarse sobre los problemas de fondo que el caso plantea?
- 3) ¿Cuáles son los estándares a los que se debe sujetar la privación de libertad?
- 4) ¿Son suficientes las medidas adoptadas por el ejecutivo para resolver la situación de autos?
- 5) ¿Qué medidas puede adoptar la judicatura en casos de violación estructural de derechos humanos?

E. Razonamiento del tribunal¹⁷⁶.

Los razonamientos destinados a dar respuestas a las preguntas centrales que del caso en análisis surgen son:

La acción de habeas corpus colectivo es admisible. El argumento sobre la admisibilidad del habeas corpus colectivo es menos sofisticado que el planteado por el recurrente. Sin perjuicio de ello, señala que: “pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible, también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor

¹⁷⁶ La sentencia se encuentra disponible en: www.csjn.gov.ar y el expediente en: <http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalleTpl&ss=171&ids=158&item1=181&item2=193&idc=> [último acceso 20 agosto 2011]

prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla¹⁷⁷”.

La legitimidad de la judicatura es fundamentada aludiendo a su rol de garante de los derechos: “que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas¹⁷⁸”.

La Corte decidió que los estándares a los que se deberá sujetar la detención de las personas privadas de libertad son los expuestos en las “Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas”. Señalando que, si bien éstas no tienen el mismo status jurídico que los tratados debidamente ratificados por Argentina, se han integrado en el bloque de constitucionalidad a través del artículo 18 de la Constitución nacional¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando N° 16.

¹⁷⁸ Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando N°27. Creemos que junto con el considerando 26 son los apartados centrales en los que el tribunal expone su razonamiento jurídico respecto el tema de fondo en pugna.

¹⁷⁹ Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando N° 39, párrafo final.

Las medidas adoptadas por el ejecutivo son insuficientes; demostración de ello son los indicadores, no controvertidos, que se han expuesto en autos¹⁸⁰. “El Poder Ejecutivo provincial expuso una serie de esfuerzos que demuestran su empeño, pero que no resuelven la situación, precisando incluso que esto se debe al accionar de otros poderes del Estado provincial. Lo cierto es que parece que la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro...”¹⁸¹.

Es más, la Corte, en concordancia con la tesis sostenida por el CELS, sostiene que el problema es un tema de diseño de política criminal que necesariamente tiende a que esa situación se produzca. Se hizo especial énfasis en la situación de la prisión preventiva que, como señalábamos, a la luz de las cifras no se ha utilizado respetando los presupuestos y condiciones propias de una medida cautelar¹⁸².

Las medidas que adoptará la judicatura son de dos tipos. Las primeras, y por referirse a niños, mujeres, enfermos y personas detenidas ilegalmente en comisarías, son de orden inmediata de poner fin a la situación de vulneración de derechos a las que se encuentran afectadas. Las segundas, más referidas al tema de fondo, comprenden la creación de una instancia de diálogo que, bajo la supervisión de la Corte, avance en la superación del conflicto de carácter estructural.

En este sentido la Corte expone: “Efectivamente, las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso. En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires. Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros

¹⁸⁰ Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando N° 32, párrafo final.

¹⁸¹ Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando N° 31, párrafo final. El tiempo transcurrido entre la interposición de la acción y la sentencia que decide sobre el fondo, la sobrepoblación había aumentado en un 31% (p.13). La cantidad de personas privadas de libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implica un incremento del 31% en el término de tres años.

¹⁸² En este sentido, son emblemáticos los considerandos 61, 62 y 63.

sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables¹⁸³”.

F. Decisión:

“Por ello, y oído que fuera el señor Procurador General, corresponde:

1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.

¹⁸³ Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando N° 26, párrafo final.

6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

7. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados”.

G. Doctrina:

En cuanto interesa a nuestro objeto de estudio, la doctrina más relevante del caso se puede traducir en la siguiente idea: un tribunal, por regla general, no puede intervenir en aspectos propios de otros poderes del Estado, sin estar violando el principio de separación de poderes. 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 violación. 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 reales de solución. En este sentido surge como relevante un aspecto que hasta entonces no habíamos mencionado, tal es la participación de *amici curie*, que aportaron conocimientos teóricos y fácticos en el diálogo al interior del juicio, como también durante el proceso de ejecución. Es el primer precedente en el ámbito jurisprudencial argentino.¹⁸⁴

H. Proceso de seguimiento

Un aspecto especialmente relevante a destacar de la sentencia, es el proceso de seguimiento al que ha dado lugar. La Corte abre las puertas al inicio de una etapa de ejecución innovadora en cuanto exige un rol protagónico de los espacios de diálogo entre

¹⁸⁴ 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 público de Córdoba La asociación civil El ágora, Casa del liberado, Centro de comunicación popular y asesoría legal.

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 éste 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 organizaciones que participaron como *amicus curies* en el procedimiento que. Hasta la fecha, han realizado más de 16 audiencias de trabajo.

En el marco de los efectos más tradicionales, encontramos los precedentes jurisprudenciales que, considerando las argumentaciones de la sentencia, declaran admisible la acción colectiva y ordenan una serie de medidas destinadas a poner fin a las violaciones que en ellos se denuncian¹⁸⁵. A su vez, la Suprema Corte de Justicia ha emitido más de 13 resoluciones destinadas a dar curso a las decisiones emitidas por el fallo, tomando en consideración los avances de las mesas de diálogo.

Otro hecho relevante a considerar viene dado por el rol que ha tenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a instancia de CELS, CEJIL (Centro de Justicia y Derecho Internacional) y la APT (Asociación de Prevención de la Tortura) colabora en un proceso de seguimiento de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en Argentina; en marzo de 2003, marzo de 2007 y marzo de 2009 se han celebrado audiencias públicas en las que se ha tratado 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 han producido después de su emisión.

¹⁸⁵ Para conocer los precedentes más relevantes puede consultarse la página de CELS http://www.cels.org.ar/documentos/index.php?texto=aplicacion&info=buscador_rs&ids=3&redir=1&mesh=todos&_pagi_pg=2 [Último acceso 14 junio 2011]

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. Si bien en 2007 hubo una tendencia importante a la “des-prisionalización”, (factor elemental en la medida que es un paso para disminuir el hacinamiento), durante el 2008 políticas regresivas aumentaron nuevamente la cantidad de detenidos; un 26% y 47% de sobrepoblación denunciaba el CELS en marzo del 2009 ante el sistema interamericano. La diferencia entre ambas cifras radica en que la segunda incluye a los detenidos en recintos policiales o comisarías.

Así un largo listado de cifras nos indica que los avances reales –en el sentido de efectos directos- que se han producido dejan con un innegable sabor a poco. No obstante, las organizaciones siguen trabajando desde la institucionalidad: promoviendo litigios e instando por el avance de los procesos de ejecución que siguen abiertos; de sentencias que han logrado dar lugar a las pretensiones a favor de las víctimas de un sistema carcelario profundamente vulnerador¹⁸⁶.

3. CASO T-025.

La sentencia T-025 fue emitida por la Corte Constitucional colombiana el 22 de enero de 2004 y versa sobre desplazamiento forzado. Antes de entrar en su estudio, también realizaremos algunas precisiones introductorias de para comprender el contexto social de su gestación.

El desplazamiento forzado es una tragedia humanitaria que, de forma sostenida y prolongada, afecta a gran parte del territorio colombiano, sea como escenario de expulsión, de tránsito o recepción de las personas obligadas al éxodo¹⁸⁷. En su origen se

¹⁸⁶ Vid. 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 sólo 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, *ibídem*, p. 213.

¹⁸⁷ Vid. ACNUR, *Balance de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado en Colombia*, Pro-Offset, Bogotá, 2007, p. 71. Durante el año 2010 un promedio de ¡778! personas se desplazaron cada día en Colombia. Codhes, *Boletín informativo de la consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento*, número 77, Bogotá, 15 febrero 2011, p. 8. Disponible en www.codhes.org. [Último acceso 20 mayo 2011].

entrecruzan los problemas políticos, sociales y económicos que tejen la compleja realidad sociopolítica colombiana: “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 interno¹⁸⁸”.

Las víctimas de desplazamiento forzado sufren una serie de graves vulneraciones a sus derechos fundamentales, generadas tanto por los hechos que originan la migración forzada –que suelen tener que ver con como masacres, amenazas directas, amenazas indirectas, asesinato de familiares, de amigos, reclutamiento forzado-¹⁸⁹ como por la migración misma: “el desplazamiento significa para todas estas personas la pérdida de sus bienes materiales así como la ruptura de los nexos sociales económicos y culturales tejidos a lo largo de su existencia; lazos que constituirían su red de apoyo y que les permitían construir su identidad como individuos insertados en un determinado contexto”¹⁹⁰ y la situación en la que quedan con posterioridad es de una precariedad que genera una “deterioro acelerado de las condiciones de vida” que va desde la eventual pérdida definitiva de los terrenos sobre los que alzan sus moradas, hasta la inseguridad alimentaria.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ 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. 68 y ss. Es más, recientemente: “En los 86 municipios de las zonas CCAI – Centros de Coordinación y Atención Integral- ocurrieron 19 masacres con un saldo trágico de 92 personas asesinadas 176 fueron víctimas de asesinatos selectivos, entre los que se encuentran 11 indígenas, 7 servidores públicos... Es evidente que la violencia es la primera causa del desplazamiento, pero también lo es que detrás de las acciones armadas y la intimidación que ejercen los grupos contra la población y la incapacidad del Estado para protegerla, se mueven poderosos intereses económicos sobre los territorios objetos de la política de consolidación...” Codhes, *Boletín informativo de la consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento*, número 77, Bogotá, 15 febrero 2011. Disponible en www.codhes.org. [Último acceso 20 mayo 2011].

¹⁹⁰ Sánchez Mojica, Beatriz, op.cit., p. 39

Una definición de desplazamiento forzado puede ser útil a efectos introductorios. Valga desde ya señalar que, como es recurrente en nuestro ámbito, la elaboración de esta definición, 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 sólo considera como desplazados a quienes lo son como consecuencia de conflicto armado y no por otras razones, como por ejemplo las ambientales que, hoy por hoy, son tremendamente relevantes. En los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*¹⁹¹ se señala: “ a los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto 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 reconocida¹⁹²”.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico nacional, la ley 387/1997 –de la que más adelante hablaremos- plantea: “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

¹⁹¹ En el derecho internacional surge la preocupación por el desplazamiento forzado, de la mano del interés por evitar que los éxodos forzados se convirtiesen en éxodos transnacionales y, por tanto, sus víctimas se transformarían en refugiados. 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 éste 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 éstos tendrán un rol fundamental en el razonamiento de la Corte.

¹⁹² Comisión 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 Humanos* NU.E/CN.4/1998/53/Add.2.

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 público¹⁹³”.

El desplazamiento interno en Colombia es un fenómeno de antigua data. Se estima que desde la década de los 80 a la fecha se han desplazado, por lo menos, dos millones de personas¹⁹⁴. Sin embargo, en la segunda mitad de los 90, con la agudización del conflicto armado, se produce un aumento; el periodo comprendido entre 2000 y 2002 es el más crítico, puesto que coincide con la fase de mayor expansión de grupos paramilitares y la ruptura de los diálogos de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)¹⁹⁵.

Pese a la gravedad de la situación que se expone, el desplazamiento era visto –en el mejor de los casos- como una consecuencia del conflicto armado y no como una fuente, en sí misma, de vulneraciones a los derechos fundamentales de las víctimas. En concordancia con ello, la actitud del poder político se caracterizó en un primer momento por negar estos problemas o, simplemente por atribuirlos a problemas económicos o a

¹⁹³ 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.*

¹⁹⁴ Respecto al número de víctimas de desplazamiento forzado, existe una gran dificultad para determinarlas. Sin embargo, existen registros que permiten obtener una idea importante de ello. 1) Sistema Único de Registro (SUR) entre 1995 y 2005: 1.716.662 víctimas. El problema es que sólo contabiliza a los desplazados a causa del conflicto armado interno y sólo registra previo relato de los afectados por los hechos. Esta es la principal crítica, porque algunas de sus víctimas sienten temor de denunciar la situación en la que se encuentran. Para entender este temor Codhes informa que han muerto por asesinato 48 líderes de personas en situación de desplazamiento, entre 1 de marzo 2002 al 29 de abril 2011. Vid. <http://www.codhes.org/images/stories/pdf/cld%20asesinados%20abril%20%202011.pdf> [Último acceso 20 mayo 2011] Codhes, por su parte, también lleva un registro e incluye los éxodos ocasionados por otros factores (menos los ocasionados por desastres naturales). Según Codhes, entre 1985 y 2010 por lo menos 5.195.620 personas (1.039.124 hogares) han sido desplazadas en Colombia por razones de violencia. Esto significa que, en promedio cada año del último cuarto de siglo unas 208.000 personas padecieron el desplazamiento forzado. Es decir, el 11.24% del total de la población colombiana (casi 12 de cada 100 habitantes) fue obligada a cambiar de lugar de residencia porque su vida, su integridad física o su libertad fueron vulneradas o seriamente amenazadas. Codhes, *Boletín informativo de la consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento*, número 77, Bogotá, 15 febrero 2011, p. 8. Disponible en www.codhes.org. [Último acceso 20 mayo 2011]. Otro registro es el RUT, administrado por la Conferencia Episcopal de Colombia. El problema de este registro es que sólo registra a las familias que fueron atendidas por la iglesia católica. Cfr. Sánchez Mojica, Beatriz Verónica, op. cit., p. 36 y ss.

¹⁹⁵ ACNUR op.cit., p. 55. Cfr. Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, op.cit., p. 67 y ss.

desastres naturales (hasta mediados de los 90). En esta etapa la ayuda a los desplazados provenía principalmente de la Iglesia, el Comité de la Cruz Roja Internacional, la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento¹⁹⁶ (Codhes) o algún proyecto gubernamental aislado¹⁹⁷.

La actitud del poder público comienza a variar, principiando por el poder ejecutivo, pues éste produjo una serie de documentos de política pública que se constituyeron como las piedras fundacionales de la acción estatal que comenzó a intentar, con mayor o menor éxito, dar protección a las víctimas. El primer documento de política pública fue del año 1995. A través de él se reconoció la vinculación entre desplazamiento y conflicto armado: el *Conpes 2804-95* (Conpes: Consejo Nacional de Política Económica y Social), este documento aprueba el *Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por Violencia*¹⁹⁸. Luego siguieron otra serie de documentos Conpes que intentaban mejorar el abundante déficit de los documentos anteriores. Éstos, pese a la gran cantidad de insuficiencias que tenían, sentaron las bases de una política pública de atención integral a la población desplazada.

Otro hito, absolutamente relevante, es que en julio de año 1997 se dicta la Ley 387/1997: por primera vez el poder legislativo aparece reconociendo derechos a la población desplazada. A esta ley se le dictaron una serie de decretos reglamentarios. Sin embargo, estas normativas fueron deficientemente implementadas y la dispersión de competencias, ausencia de sistema de seguimiento y de indicadores, gatillaron su derrota. Es el propio gobierno quien criticaba su actuar, cuestión que dejó en evidencia con el *Conpes 3057-1999*¹⁹⁹. Otra intervención relevante del poder legislativo viene 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, esto en coherencia con la

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, op.cit., p. 71.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p.72. Cfr. Anexo 5 sentencia T-025-2004 *La política pública de atención a la población desplazada y observaciones relevantes para la decisión adoptada por la corte.*

¹⁹⁹ *Ibíd.* p.77.

decisión que ya se había adoptado internacionalmente en el Estatuto de Roma²⁰⁰.

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana, hasta antes de la sentencia T-025-2004, se había pronunciado en 17 ocasiones sobre el tema²⁰¹. La primera vez fue en 1997 con la sentencia emitida en la causa T-227-1997.

3.1 ANÁLISIS DEL CASO²⁰².

A. HECHOS:

Un amplio grupo de víctimas de desplazamientos forzados, ocurridos en un promedio de más de un año y medio, no han recibido ni siquiera ayuda humanitaria de emergencia, cuestión que los tiene en una situación de precariedad social grave²⁰³. En los casos más afortunados las autoridades han atendido a las víctimas de manera ineficiente, el peregrinaje institucional es el rostro más claro del proceso de respuesta efectiva en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación, incluso, nuevamente, de ayuda humanitaria.

B. HISTORIA PROCESAL.

²⁰⁰ El *Estatuto de Roma* establece en su artículo 7 *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”.

²⁰¹ 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*.

²⁰² La sentencia y sus anexos pueden ser consultados en el sitio web de la Corte Constitucional Colombiana: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/queryARchi.idq?CiMaxRecordsPerPage=100&TTemplateName=queryArchi&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&CiScope=%2F&CiRestriction=t-025-04](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/queryARchi.idq?CiMaxRecordsPerPage=100&TemplateName=queryArchi&CiSort=rank%5Bd%5D&relatoria=%2Frelatoria&CiScope=%2F&CiRestriction=t-025-04) [Último acceso, 20 junio 2011].

²⁰³ Algunos datos que la Corte expone para ilustrar de forma más concreta la gravedad de los hechos son: 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 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 Colombia. Estos datos fueron tomados de la información señalada en el informe PMA (Programa Mundial de Alimentos, Naciones Unidas.) *Vulnerabilidad a la inseguridad alimentaria de la población desplazada por violencia en Colombia*, Bogotá, 2003, (Disponible en <http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/ena/wfp036410.pdf/> [Último acceso, 20 mayo 2011] Cfr. Sentencia T-025-2004, p. 58.

La sentencia T-025-2004 revisó una serie de sentencias de tutelas que habían sido emitidas, denegando la petición de tutela por diversas razones: falta de legitimación para interponer la acción, improcedencia, fallas en la carga probatoria, ausencia de vulneración de derechos, temeridad y limitación de funciones²⁰⁴. La Corte Constitucional colombiana llega a conocer y acumular estas tutelas denegadas por los jueces de instancias, en virtud del deber que éstos tienen de remitir las sentencias de tutela que dicten, sean denegatorias o de concesión, para que la Corte ejerza su facultad de selección para revisión. Esto último lo hace a través de una sala seleccionadora compuesta por tres magistrados. Por lo menos dos 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 pleno²⁰⁵.

El proceso originado a partir de la sentencia aún se encuentra vigente en su etapa de ejecución. Así, con posterioridad a su emisión se ha generado un proceso de ejecución y seguimiento *inédito*, que ya cuenta en su haber con 15 audiencias públicas y 85 autos de cumplimiento.

C. ARGUMENTOS DE LAS PARTES.

C.1 LOS DEMANDANTES

El caso en análisis comprende un *litis consorcio* mixto. En su faz activa 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

²⁰⁴ Vid. Anexo N° 1 Cfr. p. 29 y ss. de la sentencia. Las acciones de tutela interpuestas tienen su sustento normativo en el artículo 86 de la Constitución. Es una acción de rango constitucional para reclamar ante cualquier juez la protección inmediata de derechos fundamentales. Por tanto, es un mecanismo de protección difuso y caracterizada por ser bastante informal.

²⁰⁵ La Corte Constitucional colombiana está compuesta por 9 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 3 magistrados. Para seleccionar una tutela para su revisión por la Corte deben estar de acuerdo, a lo menos, 2 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, sólo 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>. [Último acceso, 1 junio 2011].

a diversos lugares de Colombia. En concreto, fueron 108 tutelas interpuestas en 22 ciudades del país, por 1150 familias, con un promedio de 4 personas por núcleo familiar.

Los argumentos esgrimidos, en lo específico, son de muy difícil sistematización, pues obedecen a vulneraciones masivas en su gran mayoría similares pero algunas, como es obvio en un caso con tantos actores involucrados, diversas. Por otra parte, cabe destacar que las acciones de tutela son muy informales, pues lo substancial que se exige es una adecuada relación de los hechos, pudiendo prescindir de la argumentación jurídica. Con ello el sistema colombiano hace plena aplicación del principio *iuria novit curia*.

Algunas de las pretensiones que esgrimieron en juicio son: la inscripción 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 que habían recibido de las autoridades que se desempeña en los órganos ante los que se dirigían giraban en torno a la falta de competencia para resolver la petición, insuficiente presupuesto para atender la demanda, que por no encontrarse inscrito en el registro de población desplazada la ayuda no se puede 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.

C.2 LOS DEMANDADOS

La *litis consorcio* pasiva de la causa es una muy buena foto de la complejidad del caso²⁰⁶, ya que son muchas las instancias estatales demandadas. El procedimiento para obtener las pruebas y defensa de las autoridades estatales vino impulsado por un

²⁰⁶ La Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, ministerio de Hacienda y Crédito Público, de Salud, del Trabajo y la Seguridad Social, Agricultura, Educación, INURBE (Instituto Nacional de la reforma urbana) , INCORA, SENA, y varias administraciones municipales y departamentales.

cuestionario que la sala de revisión que conocía el caso decidió emitir a las diversas instancias involucradas. El Estado informó sobre el marco normativo y el conjunto de políticas públicas existente al tiempo de ventilarse el caso, que como hemos visto es bastante extenso. Entre las pruebas²⁰⁷, destacan las aportadas por la Red de Solidaridad Social (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, Ministerio de Educación, Ministerio de Protección Social, Instituto Nacional de Vivienda y la Defensoría del Pueblo, entre otros.

El gobierno enfatizó en su defensa que la escasez de recursos es el obstáculo central para otorgar una oferta de servicios coherente con las necesidades existente.

D. CUESTIÓN JURÍDICA.

Los problemas jurídicos que el tribunal debe resolver son, precisamente, enunciados por él:

-“¿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?

²⁰⁷ 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.

-¿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?²⁰⁸»

E. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL.

El razonamiento que realiza la Corte para responder al primer gran cuestionamiento que surge de este caso -la legitimidad de una intervención que, necesariamente, la llevará a escenarios en los que, tradicionalmente, le corresponde actuar a representantes de otros poderes del Estado- viene enmarcado por un aparato doctrinario que identificaremos con dos líneas de argumentación: la doctrina de la colaboración armónica de poderes en conexión con un Estado social y democrático de Derecho y una de sus creaciones jurisprudenciales más relevantes: *el estado de cosas inconstitucional*.

Con el respaldo de estas doctrinas, más los hechos del caso, la jurisprudencia atinente, el marco normativo de derecho internacional de los derechos humanos; otro, también muy importante, de corte constitucional, disposiciones de rango legal y reglamentario, se arroja a un extenso análisis crítico de las políticas públicas vinculadas con el desplazamiento forzado²⁰⁹.

Identificó falencias centrales en la capacidad institucional y en las políticas presupuestarias. Respecto de las primeras, expuso detalladamente, problemas de diseño,

²⁰⁸ Sentencia T-024-2004, p. 34 y 35.

²⁰⁹ Sentencia T-025-2004, p. 57.

implementación, seguimiento y evaluación²¹⁰. El tribunal concluyó que las vías que el Estado ha creado para poner fin a las vulneraciones no han sido eficientes en toda la extensión y componentes de las políticas públicas y que los jueces no pueden solucionar estos problemas, pues en este ámbito prevalece la responsabilidad de los órganos gubernamentales nacionales y territoriales. Pero ello no impide que la Corte constate vulneraciones concretas ni decidir remedios que contribuyan a superarlas.

Sobre las insuficiencias de presupuesto, la sala destacó el aumento de los recursos que se han destinado al desplazamiento forzado en la última década. Sin embargo, también constó que se ha producido una reciente disminución del presupuesto que patentiza falta de coherencia política y demuestra que los recursos asignados han sido inferiores a los que se necesitan para cumplir las disposiciones del marco normativo vigente en el área²¹¹. En este contexto es relevante su reflexión respecto de la jerarquía normativa de la ley 387, en atención a su temporalidad y especialidad. Por ello, las normas presupuestales que han supeditado la financiación necesaria para las políticas públicas destinadas a poner fin a las graves vulneraciones a los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento forzado, a las capacidades económicas del Estado. No constituyen fundamento suficiente, pues, por sobre ellas se encuentra el deber de garantizar el presupuesto suficiente que la ley señalada, jerárquicamente superior –en razón de tiempo y materia-, establece.²¹²

Respecto a la vulneración de derechos que configuran los hechos del caso y la responsabilidad estatal en ellos: Ante todo la Corte expone los derechos constitucionales afectados: vida, libre circulación por el territorio nacional, trabajo, alimentación mínima, educación, vida en condiciones de dignidad de niños, mujeres cabezas de familia, personas con discapacidad y otros grupos especialmente protegidos, escoger el lugar de domicilio,

²¹⁰ 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.

²¹¹ El 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-.

²¹² 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 sólo el 43% de la población registrada. Las medidas destinadas a ejecutar la política relativa a la generación de ingresos por las víctimas alcanza tan sólo a 19,5% de ellas y sólo el 3,7% accede a las ayudas de vivienda señaladas por la ley. Vid. sentencia T-025 p. 76.

libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y asociación, derechos económicos sociales y culturales, salud, unidad familiar, integridad personal, seguridad personal, paz, personalidad jurídica y finalmente el derecho a la igualdad; explicando de qué forma se produce la vulneración del derecho en el caso concreto del desplazamiento forzado²¹³.

En base a los argumentos que hemos comenzado a esbozar señalará que el Estado sí tiene responsabilidad por las vulneraciones, en razón de su incumplimiento, entre otros, de lo preceptuado por el artículo 13 inciso 2 y 3 de la de la Constitución colombiana²¹⁴. Para determinar las medidas que precisa adoptar, los vectores deben ser tres principios: en la interpretación de las normas vinculadas al caso se deben favorecer las opciones que más favorezcan a los desplazados, los principios de desplazamiento forzado interno (Principios Deng) y la prevalencia del derecho substancial, en el contexto del Estado Social de Derecho.

F. DECISIÓN.

El apartado resolutorio de la sentencia es bastante extenso, no sólo por las órdenes que dicta en general, sino porque además atiende con notable celo las demandas que en particular se formularon por el gran número de actores. En coherencia con lo que venimos exponiendo, el considerando resolutivo 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

²¹³ Sentencia T-025-2004, p. 47.

²¹⁴ “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”.

y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado²¹⁵”.

Las ordenes que la Corte emitiera 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 accionantes o no en el caso en comento.

Estuvieron dirigidas fundamentalmente al *Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada*, instancia designada para que establezca en un plazo de dos meses la dimensión del esfuerzo presupuestal que se debe realizar y los mecanismos para que ello se haga efectivo, tomando como referente el marco normativo vigente. En caso que sea necesario redefinir las metas de la política estatal de protección a la población desplazada, exige que el proceso para ello sea participativo, sobre todo en la reestructuración de las metas²¹⁶. Respecto de la capacidad institucional, establece un plazo de tres meses para diseñar soluciones, las que fueron especialmente identificadas en la sentencia.

En cuanto a nuestro tema de investigación interesa y no obstante ser un aspecto en el que después profundizaremos, diremos desde ya que el tribunal es muy enfático en que las medidas destinadas a superar el estado de cosas inconstitucional deben realizarse con participación de la ciudadanía: “Por lo anterior la adopción de decisiones relativas a la superación del estado de cosas inconstitucional, deberá ofrecerse a las organizaciones que representan a la población desplazada 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 observaciones, pero sin que ello implique que se deban concertar las decisiones²¹⁷”.

Las órdenes que emite para dar respuestas a las pretensiones específicas de los accionantes del caso son, a diferencia de las anteriores, de ejecución más rápida, en ciertos casos 6 y 8 días; por ejemplo, para la entrega de la ayuda de emergencia.

²¹⁵ Sentencia T-025-2004, p. 105.

²¹⁶ “... 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.

²¹⁷ Sentencia T-025-2004, apartado resolutivo tercero, p. 106.

G. DOCTRINA.

F.1 Doctrina del *Estado de Cosas Inconstitucional*

Uno de los aspectos más relevantes de la sentencia viene dado porque la Corte, ante la magnitud del problema que tenía ante sí, decide declarar que el desplazamiento forzado en Colombia constituye un *estado de cosas inconstitucional*²¹⁸.

Esta construcción de la Corte Constitucional colombiana puede ser considerada una de sus aportaciones más relevantes al constitucionalismo contemporáneo. “Es una elaboración conceptual que identifica un conjunto de casos con características comunes, y que fueron rotulados con el nombre de «estado de cosas inconstitucional» para designar su extrema gravedad y complejidad desde el punto de vista constitucional. En este sentido puede afirmarse que la labor de la Corte en este punto no ha consistido tanto en «crear» una figura jurisprudencial, sino más bien en desarrollar preceptos constitucionales y legales y en bautizar un conjunto de casos especiales de vulneración generalizada y masiva de derechos²¹⁹”.

Más precisamente, señala la sentencia: “Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela²²⁰”.

La Corte identifica como elementos que confirman la existencia del estado de cosas inconstitucional, los siguientes:

-*Gravedad*, sus indicadores son la multiplicidad de derechos fundamentales que han

²¹⁸ Al tiempo de dictarse la sentencia T-025-2004, la Corte había declarado en 7 ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional:

SU-559-1997, T-153-1998, T-606, Y 607 1998, T- 525-1999, SU-090-2000, T-590-1998, SU-250 -1998.

²¹⁹ Auto 385, 10 de diciembre 2010, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, p. 7.

²²⁰ Sentencia T-025-2004, p. 75.

resultado vulnerados por el desplazamiento forzado y que éste afecta a un gran número de personas residentes en Colombia, -como hemos visto las víctimas de esta tragedia superan el 10% de la población de este país-. Lo que, a su vez, explica la cantidad de tutelas se que se han interpuesto con este motivo²²¹.

-Estructural: pues el origen de las vulneraciones de derechos fundamentales no son imputable a ninguna autoridad estatal en específico, todas ellas por acción u omisión han contribuido a que se produzcan, ya que se encuentran condicionadas por la ausencia de política pública adecuada.

Las consecuencias abstractas de esta declaratoria son varias: La corte: tendrá que emitir remedios de largo alcance material y temporalmente, en coherencia con la magnitud de las violaciones, lo que ha generado un proceso de seguimiento que como hemos dicho aún se encuentra vigente y al que nos referiremos más adelante. Respecto de las víctimas, en aras del principio de igualdad y por la gravedad de la situación, la sentencia tendrá efectos positivos no sólo respecto quienes interpusieron la tutela, sino que respecto de todas las personas que se encuentren en situaciones análogas.

F2. El Estado Social de Derecho.

La Corte analiza cuales son los límites de su competencia, estableciendo como marco de análisis los principios del Estado social de Derecho, expresamente reconocido en la Constitución Colombiana²²², resaltando que, a partir de éste, el poder público debe asumir un rol políticamente activo ante las desigualdades sociales. En tal sentido expone: “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 de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivos de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad²²³”.

²²¹ Además de las 102 tutelas que acumula esta causa, sumemos las 1200 presentadas desde 1999 hasta antes de la dictación de la sentencia, según el sistema informativo de la Corte, contra la Red de Solidaridad, y recordemos que en muchos casos estas tutelas son interpuesta a favor de un gran número de víctimas, representadas por organizaciones de derechos humanos. Vid. Sentencia T-025-2004, p. 81.

²²² Artículo 2, en concordancia con los artículos: 13 superior, 334 superior y 366.

²²³ Sentencia T-025-2004, p. 83.

Desarrollando el contenido de esta forma de Estado indicó dos deberes de las autoridades: el deber de abstención y el deber de promover medidas positivas. En el marco del primer deber, señaló que este surge para evitar que se adopten medidas que empeoren las condiciones materiales de las personas, el segundo consiste para promover medidas positivas y focalizadas que generen condiciones de vida que contribuyan a la igualdad real entre las personas.

En materia de teoría de los derechos fundamentales expondrá su forma de entender los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, adhiriendo a las tesis que niegan la existencia de grandes diferencias entre ambos. Por ello, las medidas positivas deben generarse no sólo para dotar de contenido a los derechos sociales, sino que también, para el goce efectivo de derechos de primera generación, pues estos también tienen una dimensión prestaciones. Finalmente “tales acciones positivas pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional *siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos*”²²⁴

La dimensión programática de un derecho se presenta, principalmente, en los derechos con contenido prestacional; que, nuevamente, son lo que precisan de acciones positivas del Estado. Dicha dimensión programática surge cuando el goce efectivo de un derecho no puede ser ejercido espontánea o inmediatamente porque ello depende de grandes aportes presupuestales, del diseño y planificación de políticas que permitan que gradualmente se produzca la realización de los derechos. Este proceso de planificación y diseño debe: 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.²²⁵

Tomando en consideración las limitaciones materiales y la magnitud de la población desplazada, la sala advierte la imposibilidad de asegurar el goce efectivo de todos los derechos vulnerados, a toda la población y por ello se detienen en reflexionar sobre la dimensión prestacional y programática de los derechos. No obstante, prescribe la existencia de contenidos mínimos que precisan ser satisfechos en toda circunstancia y que, igualmente, imponen al Estado un deber positivo y de respeto por su núcleo esencial. Los

²²⁴ *Ibidem*, p.85.

²²⁵ *Ibidem*, p.86 y ss

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 el derecho a la educación hasta los 15 años y el derecho al retorno al lugar de origen o al restablecimiento en un lugar diverso, de manera no impuesta.

G PROCESO DE SEGUIMIENTO.

La sentencia que hemos expuesto es interesante desde muchos puntos de vista. En este apartado haremos referencia a uno que nos parece especialmente significativo; su proceso de ejecución y seguimiento. Dada la magnitud de los problemas que la sentencia enfrenta, la sala plena de la Corte decidió crear una sala especial de seguimiento²²⁶, la que ha ejercido competencia para evaluar los avances, obstáculos y retrocesos de la política pública, con el objetivo de dotar de eficacia las ordenes emitida por la Corte y así lograr la superación del Estado de Cosas Inconstitucional, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 27 del decreto 2591 del año 1991²²⁷.

²²⁶ Para un análisis de las distintas medidas que la Corte Constitucional colombiana ha adoptado para obtener el cumplimiento de sus fallos puede consultarse: López Cuéllar, Nancy y Olarte Olarte, María Carolina “Incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional colombiana: aparentes garantías, silenciosos incumplimientos”, en *Vniversitas* N° 113, 2007, Bogotá.

²²⁷ 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”

El proceso ha sido extenso y ha pasado por diversas etapas²²⁸. Sus fundamentos han sido bastante similares a los que dieron origen a la sentencia, con especial celo en respetar el principio de *colaboración armónica entre poderes y separación de funciones de las distintas ramas del poder público*. Se ha señalado que el límite de la intervención de la Corte se encuentra en el resguardo de “la relación de conexidad directa y estrecha con la vigencia de los derechos constitucionales de la población desplazada”²²⁹

En el contexto de este procedimiento se han realizado 15 audiencias públicas y se han dictado 85 autos de seguimiento. La dinámica de las audiencias públicas es bastante inédita, es la ocasión en la que se reúnen los distintos actores involucrados; víctimas, autoridades gubernamentales, legisladores, ONG, académicos, los miembros de la Comisión de Seguimiento y analizan los estados de avances, a través de un diálogo que es dirigido por la Corte²³⁰. Entre los autos que se han dictado encontramos algunos bastantes relevantes en los cuales se va especificando el contenido de la sentencia, así por ejemplo: el auto 176/2005 que avaluó el esfuerzo presupuestal, solicitó realizar un cronograma de trabajo en lo respecta a la consecución de los recursos necesarios para dotar de eficacia a la normativa; auto 109/2007 adoptó una batería de indicadores de goce efectivo de ciertos derechos incentivando un dialogo entre actores para mejorarlos y extenderlos a otros derechos; auto 068/2008 invitó a la academia y a expertos a participar en la reflexión en

²²⁸ Cesar Rodríguez plantea que, el proceso de seguimiento, ha pasado por distintas etapas: 1º etapa fines, 2004 a 2006: caracterizada por el juicio a la política pública, los autos de esta etapa se caracterizan por evaluar grado de incumplimiento, precisar el grado de responsabilidad de cada institución, para ayudar a mejorar la política. Estas órdenes solían tener una redacción más general, ordenaban el diseño. No determinaban el contenido específico de cada política o el número mínimo de programas necesarios. Y son emitidos en un contexto de grandes falencias en la coordinación general, insuficiente esfuerzo presupuestal, falencias en el registro y caracterización de la población desplazada, ausencia de indicadores de goce efectivo de los derechos en componentes de la política pública; la 2º etapa, 2007: Desarrolló mecanismos de evaluación que permitieran medir de manera permanente el avance, estancamiento o retroceso en las vulneraciones a los derechos fundamentales; 3º etapa, mediados, 2008 giró hacia la vigilancia más cercana a la actuación del gobierno, el auto emblemático es el 008-2009 “*Evaluación general de los factores que influyeron en la declaratoria de estado de cosas inconstitucional*” en que se hace especificación del diagnóstico. También se dictan otros autos emblemáticos, como el 092-2008 que abordó el tema de la protección de la mujer y también autos sobre niños, personas con discapacidad, indígenas y comunidades afro descendientes.

²²⁹ Auto de seguimiento 385-2010, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, apartado 19, p. 7.

²³⁰ La Comisión de seguimiento de la política pública sobre desplazamiento forzado, fue fundada en agosto 2005, por Codhes, Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Dejusticia, entre otras. Elabora informes analíticos sobre las políticas públicas, formula propuestas alternativas, construye indicadores de goce y participa en los espacios de deliberación. Ha liderado un proceso fundamental: de verificación de los derechos de la población desplazada, es el registro más importante que ha existido, participa en el proceso de divulgación pública de los avances y en la capacitación de dirigentes. Su extraordinario trabajo puede consultarse en la página web de Codhes.

torno a cómo superar el estado de cosas inconstitucional; auto 092/ primer auto con enfoque diferencial, mujeres; 051/2008 en este caso el enfoque fue respecto niñez.

Uno de los trabajos más recientes que se han realizado de cara a analizar los efectos que se han producido desde la dictación de la sentencia lo encontramos en el libro *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*²³¹. En él sus autores usando una perspectiva constructivista²³² identifican los siguientes efectos: creación, desbloqueo, coordinador, deliberativo, políticas públicas y efecto social. Haremos una breve referencia a ellos.

En cuanto al *efecto creación*, se centra en la visibilización del problema, hasta antes de esta sentencia el problema del desplazamiento forzado, pese a las iniciativas que se habían presentado por el poder, no fue un tema de repercusión pública. Era encuadrado como un efecto secundario del conflicto armado, luego de la sentencia se comenzó a ver el desplazamiento como fuente de violación de derechos humanos y los desplazados como víctimas de ellas. Documentan esta realidad no sólo a través de entrevistas, sino que, principalmente, con un interesante análisis del efecto mediático de las sentencia; la

²³¹ Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010. Un resumen de éste se encuentra en: Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Coor. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, Siglo del hombre, Bogotá, 2010, p155 y ss.

²³² Plantean que los análisis de los efectos de una sentencia pueden realizarse utilizando diversos marcos metodológicos, entre ellos distinguen el neorrealista y el constructivista. El primero, se caracteriza por ver al Derecho como un conjunto de normas que moldean la conducta humana, es acreedora de una visión positivista del derecho y de las ciencias sociales, *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*. La sentencia será eficaz en la medida que logré un cambio palpable en la situación de los sujetos implicados El Trabajo seminal de esta corriente es de Gerald Rosenberg, sobre los efectos del caso Brown de 1954, también analizó Roe v. Wade, ambas sentencia muy bulladas como exitosas, pero que él con su estudio demuestra que en realidad un gran cambio en la sociedad a propósito de ellas no se logró. Cfr. Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, op.cit., p. 22 y ss. 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 sociales, es acreedora de una visión interpretativa de las ciencias sociales. Por ello no sólo se abocan al estudio de los efectos directos o más evidentes de ellas, sino que se esmeran por analizar los efectos de una sentencia en un sentido más amplio, develando la existencia de efectos indirectos de relevancia para los procesos reivindicativos en los que se enmarcan. "el *derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones no sólo 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*". Acá el método de investigación no sólo será cuantitativo, sino que también cualitativo y más amplio, para desentrañar los efectos directos, indirectos y simbólicos. Cfr. Ibidem, p 28 y 29.

aparición del tema en los medios de prensa experimenta una notable alza con posterioridad a su dictación y ha ido en aumento en tanto avanza el proceso de seguimiento, junto a ello la forma de encuadrar el tema paso a ser, mayoritariamente, utilizando el lenguaje de los derechos humanos²³³.

También constatan la creación de nuevas dinámicas en la sociedad civil respecto de los actores sociales; los actores más relevantes hasta antes de la sentencia pasan a ser actores secundarios; las divisiones del ejecutivo o las organización caritativas y quienes pasan a tener un protagonismo mayor será la Corte, ciertas organizaciones de la sociedad civil como Codhes y del concierto internacional, ACNUR. La situación trasciende de dicha forma como consecuencia del cambio de percepción que se generó ante del desplazamiento.

El *efecto desbloqueo* consiste en la desestabilización de una burocracia detenida por falta de capacidad, de voluntad o de presupuesto. Se trata, entonces, de efectos directos e instrumentales, pues consisten en reacciones inmediatas por parte de las entidades estatales a las que están dirigidas las órdenes judiciales. El primer indicio importante de desbloqueo que se produjo fue el cálculo de un presupuesto real, -la Corte no fijó en la sentencia una suma determinada sino que ordenó al ejecutivo realizar ese cálculo con agilidad-. Otra manifestación de esta desestabilización fue el sistema registral y la producción de información básica sobre el desplazamiento, distintos organismos estatales han señalado que por la necesidad de tener que entregar informes a la Corte se vieron obligados a comenzar a registrar y trabajar con estadísticas. También se crearon algunos programas con objetivos de coordinación que antes no existían. Este efecto es interesante en cuanto contribuye, como paso inicial, al mejoramiento de las políticas públicas destinadas a la población desplazada.

El *efecto coordinador* es relevante ya que las distintas instancias públicas que trabajan con los desplazados no tenían mecanismos de coordinación, esto se generaba tanto en los múltiples programas existentes a nivel nacional, como en la relación entre éstos y los regionales o territoriales. Esta coordinación es fundamental para que los beneficios se aprovechen adecuadamente y en todas sus potencialidades ante la necesidad de dar

²³³ 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*". Ibidem, p. 109.

soluciones integrales a las víctimas. Este efecto de la sentencia es percibido, desde la administración pública, como una de sus principales virtudes.

El *efecto deliberativo* es uno de los aspectos más significativos. La sentencia en reiteradas ocasiones plantea la importancia de la participación de ciudadanía y principalmente de las víctimas²³⁴. En aplicación de ello, se reconoció el derecho a la participación como fundamental para el proceso²³⁵. Junto a ello, se ha generado un escenario de diálogo robusto, y la política pública se ha construido y evaluado en el marco de ese proceso. El centro de la deliberación se encuentra en la Comisión de Seguimiento, y una de las labores más relevantes que han realizado es la construcción de indicadores de goce efectivo de los derechos²³⁶.

Efecto políticas públicas, la búsqueda de la eficacia real de las prescripciones de la sentencia ha generado un interesante proceso de diálogo entre juristas y economistas. Un índice fuerte del efecto política pública se encuentra en el análisis del presupuesto de la nación y como este ha incrementado en forma considerables las partidas dedicadas al desplazamiento: "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 millones²³⁷".

Para los autores, el principal efecto en las políticas públicas ha venido dado por una nueva forma de encuadrarlas: en términos del goce efectivo de derechos, 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 procesos. Como indicábamos, la elaboración de indicadores es fruto de un proceso complejo pues para ello deben concurrir los conocimientos interdisciplinarios de economistas, abogados, sociólogos, entre otros. El diálogo de un año y medio que se generó

²³⁴ Vid. Sentencia T-025, p. 36, 62, 98, 100 y considerando resolutivo N° 2.

²³⁵ 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.

²³⁶ Vid. cuadro resumen de los indicadores en: Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, op. cit. p. 230 y ss.

²³⁷ *Ibidem*, p. 213.

en torno a la construcción de los indicadores, entre el gobierno y las organizaciones con la Corte de árbitro es una muy buena imagen de la riqueza del proceso de seguimiento. Finalmente, la Corte emitió tres resoluciones fundamentales en este ámbito, que comprenden una lista de 20 puntos, 17 derechos y tres criterios de enfoque diferencial por género, edad e identidad étnica. A través de estos indicadores se constituyen los referentes para que la Corte evalúe la superación o no del estado de cosas inconstitucional y han servido para recolectar información sobre la población desplazada; *Segunda Encuesta de Verificación de la Población Desplazada*, que es el registro más importante que se ha tenido y utiliza los indicadores para la recopilación de datos.

Y finalmente, el *efecto social*, de la sentencia indica que los principales avances se han producido en los derechos a la salud y educación, los peores se encuentran en los derechos vinculados con las tierras y vivienda. No obstante para medir los efectos directos de la sentencia se tiene el gran obstáculo de la ausencia de información real y objetiva respecto de la situación previa a ella.

En el último auto emitido por la Corte, en respuesta a una solicitud que presenta el Estado para que ya se declare superado el estado de cosas inconstitucional, la Corte señala que ello no puede ser realizado aún, pues el criterio para que ocurra es el “goce efectivo de los derechos”. Así, el esfuerzo presupuestal realizado o la elaboración de mejores políticas públicas y normas legales no pueden ser evaluadas con abstracción del análisis en torno al mejoramiento real de las condiciones del grupo, es decir, sin que ello se traduzca en goce efectivo de derechos. En este auto la Corte especifica nuevas órdenes al gobierno²³⁸.

¿Cuánto tiempo más puede estar vigente el proceso de seguimiento de la sentencia? Es actualmente la gran interrogante que nos hacemos todos los que nos aproximamos a este proceso. Sin duda que los avances que se han producido son substanciales y símbolos de buena salud de un proceso complejo, eclipsado por un conflicto interno de décadas, con miles de víctimas, de testigos inermes.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En este capítulo hemos realizado una aproximación socio-jurídica a dos casos paradigmáticos de activismo judicial progresista de los últimos años. En este apartado final

²³⁸ Auto 385, 10 de diciembre 2010, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

haremos referencia a ciertos aspectos comunes de las sentencias analizadas que nos parece relevante resaltar, para las reflexiones posteriores.

1-. Desde la perspectiva de la estructura de la sentencia, estas son macro-sentencias, es decir, se presentan en ella los siguientes indicadores: a) una gran cantidad de personas beneficiadas con sus resoluciones; b) los hechos que originan las acciones judiciales comprenden violaciones a los derechos humanos graves, masivas y reiteradas; c) los actores estatales involucrados, tanto en su rol de demandados, como en el momento del cumplimiento son plurales y d) las ordenes que de ellas emanan han generado ambiciosos y duraderos procesos de implementación.

2-. Las sentencias destacan por la ilustración con la que están redactadas, en Verbitsky, incluso, encontramos una honrosa y pertinente referencia a Concepción Arenal²³⁹. La tentación de averiguar las preparaciones académicas de los redactores es inevitable, no sólo por la participación de Raúl Eugenio Zaffaroni, -uno de los penalista y criminólogos más importantes de Latinoamérica-, sino que por la totalidad de los jueces que concurrieron al fallo²⁴⁰. Tratándose de la sentencia T-025²⁴¹, la situación es realmente sorprendente, una sentencia de más de 100 folios de texto principal y otro resto no menor de anexos que se consideran como parte integrante de ella, en total más de 300 folios que dan cuenta de una concienzuda y profundamente armónica relación con la información fáctica y jurídica pertinente.

²³⁹"Imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja a la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza. Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se aplica sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es" Vid. Sentencia Verbitsky v. habeas corpus, considerando 62, p. 53. Cfr. Arenal, Concepción, *Estudios Penitenciarios*, 2º Ed., Madrid, T. Fortanet, 1877, p. 12.

²⁴⁰ La sentencia ha contado con el acuerdo de: E. Santiago Petracchi, Carlos Fayt, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena Highton, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay. Todos tienen una muy extensa carrera académica, -además de la destacada labor que han desempeñado en otros ámbitos del ejercicio de la profesión-. 5 son doctores, todos tienen otros estudios de post grado y un muy buen nivel de publicaciones. Los curriculum pueden consultarse en <http://www.csjn.gov.ar/autoridades.html> [último acceso día 20 junio 2011] El de Antonio Boggiano puede consultarse en <http://www.antoniboggiano.com/> [último acceso día 20 junio 2011].

²⁴¹ La sentencia T-025 es pronunciada por José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, Todos tienen estudios de post grado y una amplia experiencia en el tema específico que resolvían en el caso analizado. Sus curriculum pueden consultarse en <http://www.eleccionvisible.com/> [último acceso, día 20 de junio 2011]

Es decir, quienes redactan la sentencia son magistrados que están muy lejos de ser sólo abogados con carrera judicial, sino que son estudiosos del Derecho, que con el resultado de su labor demuestran que los años de estudio no pasan en vano. A mayor abundamiento las referencias al derecho internacional en ambas sentencias²⁴² a datos de la realidad social retratada en los diversos estudios sociológicos que exponen, y a categorías filosófico políticas, son índices absolutamente fuertes de que sentencias como las que hemos estudiado no son el resultado de lo evidente, sino más bien de un trabajo realizado por personas altamente capacitadas para argumentar en base a fuentes de información heterogéneas.

3. Desde la retórica de la sociedad civil y de las organizaciones que se han vinculado a estos casos, son significados con, la cada vez más difundida, expresión de *Litigio Estratégico*. Este es una vía de acción más relevante de distintas entidades que se dedican a la protección de los derechos fundamentales, -desde ONG, defensores del pueblo y organizaciones de víctimas- tanto en sedes nacionales, como en órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

La calificación de estratégico se debe a diversas razones, siguiendo la perspectiva de CELS, hay dos motivos igualmente importantes. El primero tiene que ver con la elección del caso y es que además de tratarse casos en los que las víctimas de los hechos que lo motivan sufren un afectación grave en sus derechos humanos, éstas deben tener un rol relevante durante la substanciación y ejecución del procedimiento; así, “ 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 sólo contarían como pequeñas batallas ganadas en el estrecho círculo de los juristas académicos²⁴³”. La segunda razón

²⁴² Vid. una interesante reflexión sobre el rol del derecho internacional, a este respecto en: Courtis, Christian, “El caso «Verbitsky» ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, *Nueva doctrina penal V. I*, Universidad de la Rioja, 2005, p. 549 y ss. También disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf [último acceso 24 junio 2011]

²⁴³ CELS, *Litigio estratégico y derechos humano: la lucha por el derecho*, op. cit., p. 18. Aún cuando no nos podemos detener en esto, valga señalar que a este tipo de litigio, además de estratégico se le suele llamar litigio de interés público y litigio experimental.

tiene que ver con los efectos que se persiguen con estas sentencias. A través de los litigios estratégicos se busca obtener sentencias de las que emanen ciertos efectos indirectos que son especialmente deseados. Por ejemplo, se busca develar realidades de exclusión, introducir en el debate público violaciones a derechos humanos que no suelen ser articuladas con dicho rango y encuadre. En definitiva, se busca influir en las políticas públicas que se vinculan con las vulneraciones del caso, siendo la principal meta la ampliación de la protección de los derechos fundamentales.

Por ello, se opta por el litigio estratégico esperando de los resultados del juicio mucho más que los efectos tradicionales de una sentencia o su clásico efecto relativo. En conexión con lo que hemos hablado antes, los supuestos de hecho que motivaran la promoción de un litigio estratégico son conflictos erigidos sobre razones estructurales.

5. Los casos en análisis son ejemplos de *litigio estructural*. Esta noción de litigio tiene sus antecedentes más conocidos en el trabajo realizado por la Corte dirigida por Earl Warren; la famosa corte estadounidense que, durante los 60, emitió fallos tan importantes como *Brown v. Board of education*²⁴⁴, o *New York Times v. Sullivan*²⁴⁵ y que nos ilustran los años dorados del progresismo judicial estadounidense. Las características de estos litigios suelen ser: son fruto de un modelo de función judicial que confía al juez el deber de dirigir la reconstrucción de las vías estatales que propendan al respeto de los derechos humanos; una innovación de las partes procesales que tiene como eje fundamental la aparición de los grupos sociales como demandantes; las formas procesales de aproximan

²⁴⁴Fue *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 sólo la imagen de negros y blancos entrando juntos a un colegio, sino que, además, una serie de reformas destinadas a que ello 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 sentencia. Vid. Fiss, Owen, “Las formas de la justicia”, en *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.14.

²⁴⁵ Es una causa civil entre particulares. La Corte Suprema de Estados Unidos revoca una sentencia que daba lugar a una acción por difamación interpuesta por El Sr. Sullivan (comisionado de la ciudad de Montgomery, Alabama) por afirmaciones vertidas en su contra en una página del New York Times. La acción se ejerce contra el periódico y contra cuatro personas negras que habían instado la publicación de una hoja con un mensaje reivindicativo de sus derechos civiles liderado. Pese a ser una acción civil entre particulares, se incorpora a la más interesante de la tradición jurisprudencial estadounidense en materia de libertad de expresión, y el famoso desarrollo jurisprudencial de la primera enmienda en dirección a la generación de las condiciones necesarias para un debate público robusto abierto aun cuando sea desagradable para ciertas personas el contenido de la información. Esta sentencia en particular sienta la doctrina de la real malicia.

a los aspectos sustanciales del litigio, es más, suelen ocupar un segundo lugar;²⁴⁶ las ordenes emitidas prescriben a diversas autoridades públicas la modificación o creación de una política pública, afectando de manera palmaria un concepción de la independencia judicial que se caracteriza por entender que está consiste en que el juez no se debería vincular con temas respecto los cuales carece de legitimidad²⁴⁷.

6. Ambas realizan esfuerzos argumentativos que utilizan como marco referencias a categorías filosófico jurídicas y teóricas que desafían una concepción tradicional de la división de poderes, de la democracia y del rol del juez en un Estado democrático de Derecho.

²⁴⁶ En Estados Unidos, en este ámbito, surge la *injunctions* o mandamiento judicial que son los mandatos judiciales que plantean reformas estructurales fundamentadas en principios constitucionales, es más, es la búsqueda de la eficacia de ellos, que se ha visto obstaculizada por razones estructurales. Sobre este aspecto Vid. Bergallo, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, op cit. p.7.

²⁴⁷ Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, trad. de Esteban Restrepo Saldarriaga, Marcial Pons, Madrid, 2007.

CAPÍTULO III: SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÁNEO: ACTIVISMO DIALÓGICO.

1. PREÁMBULO

Este capítulo tiene por objeto describir los rasgos que nos han parecido más significativos de la discusión académica que circunda los casos que hemos analizado. Se inicia con una breve introducción destinada a realizar algunas precisiones conceptuales y a esgrimir ciertas distinciones y preguntas que se verán reflejadas en el desarrollo posterior. Luego pasaremos a exponer las razones más extendidas que se han dado para explicar el fenómeno del activismo judicial progresista en Argentina y Colombia, para exponer con mayor claridad el encuadre académico de los casos: el activismo dialógico, enunciando una caracterización y terminará con consideraciones preliminares que se centran en las críticas y virtudes más representativas que sus rasgos comprenden.

2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA Y DISTINCIÓN PRELIMINAR.

Las reflexiones académicas que circundan la práctica del activismo judicial progresista tienen gran auge contemporáneo a propósito del Uso Alternativo del Derecho en Italia y otros, por ejemplo, la Corte Warren en Estados Unidos. Como ya hemos visto, -en el primer capítulo- dicho activismo tiene los gérmenes de sus fundamentos teóricos en diversos presupuestos que integran verdaderas tradiciones filosóficas, teóricas y jurídicas

Los casos que hemos visto son parte de las manifestaciones recientes de este fenómeno que, no obstante ser partícipe de muchas de las reflexiones de antaño, posee rasgos de especificidad que buscamos delinear.

Antes de continuar es conveniente señalar qué entendemos por activismo judicial progresista, expresión a la que hemos hecho referencia en diversas ocasiones: por tal entenderemos: una serie de actuaciones desplegadas desde la judicatura, en los distintos momentos procesales de un caso, en los que la autoridad judicial trata con especial consideración las pretensiones de la parte integradas por víctimas de exclusión social, que se traducen en violaciones a los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o derechos sociales, puesto que puede traducirse en un reconocimiento de derechos que tradicionalmente la judicatura ha desconocido, pensemos en el tan buen ejemplo de los

casos que encierran dilemas bioéticas²⁴⁸ o bien puede traducirse en el reconocimiento de un derecho social, como en los casos que hemos estudiado. Esta especial consideración se traduce en el interés los jueces por contribuir a que la vulneración tenga fin, apartándose de precedentes judiciales conservadores. Por ello, la judicatura asume un rol social en el conflicto que es escenario de la vulneración²⁴⁹.

Entendemos por conservadora la decisión que, en lo substancial, no se refiere a las vulneraciones que sus víctimas alegan; sea bajo el argumento de la separación de poderes, sea bajo argumentos jurídicos conservadores que derechamente desconocen la pretensión y otras varias estrategias procesales que encubren el interés por no pronunciarse sobre un caso. Los países cuyas judicaturas, son identificadas como mejores representantes de activismo progresista contemporáneo son Sudafricana²⁵⁰, India, Argentina y Colombia²⁵¹.

La indagación de las razones del activismo judicial progresista ha sido objeto de gran interés por parte de la academia, esgrimiéndose un variopinto conjunto de factores que nos advierten sobre la importancia de atender a los contextos de surgimiento y de no conformarnos con explicaciones unívocas.

Una aproximación preliminar en esta línea, plantea distinguir entre el activismo producido en países desarrollados y el de países periféricos o subdesarrollados, cuestión que nos parece pertinente por los casos que centran esta investigación y porque, como veremos, ello tendrá una repercusión relevante no sólo a nivel explicativo del fenómeno sino que, también, en su fundamentación.

²⁴⁸Vid. Casos *Roe v. Wade*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que la constitución protege el derecho de la mujer a hacerse un aborto.

²⁴⁹ “El proceso en virtud del cual una corte constitucional «crea o expande el número de derechos constitucionales». Si ello ocurre, se produce una revolución de derechos...” Vid. Epp, Charles, “The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective”, *University of Chicago Press*, Chicago and London, 1998, p.2. Citado por: 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, p. 39.

²⁵⁰ Vid. Espejo Yasic, Nicolás, “Derechos sociales, republicanism y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op.cit., p 172 y ss..

²⁵¹ “Las Cortes han desempeñado un papel político clave, muchas veces en contravía de lo prescrito por el sistema político imperante y a veces incluso en contra de la lógica del mercado capitalista. Esto implica una judicialización de los conflictos políticos que, a su turno, trae consigo una politización de los conflictos judiciales. Las cortes constitucionales de Hungría, Sudáfrica, son los ejemplo más conocidos, pero otros, igualmente importantes son la Corte Suprema de la India, de Rusia, Corea y por supuesto los que hemos nombrado. Cfr. Uprymni, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 465.

Esta diferencia se sostiene en varias razones. Por ejemplo, en Estado Unidos factores institucionales como el federalismo, el desarrollo democrático, las vías de acceso de la ciudadanía a las cortes, la tradición de derecho común, las mayores cuotas de eficacia de los derechos, constitución escrita y otros factores culturales, como la fuerte cultura de derechos son significadas como determinantes de su jurisprudencia más vanguardista²⁵².

Junto a ello, en los países desarrollados los estudios sobre el activismo, principalmente han valorado la producción de resultados -o efectos de las sentencias- directos y concretos. En cambio, en los países periféricos ciertos sectores trabajan focalizados en comprender, también, otros efectos de las decisiones judiciales progresistas, como lo son sus efectos simbólicos e indirectos²⁵³

En los países periféricos o subdesarrollados la distinción entre Estado y sociedad civil suelen ser más problemáticas, -para bien y para mal- que en los países centrales y la autonomía del Derecho y los demás discursos sociales es más precaria. “Lo jurídico adquiere, en buena parte, la dinámica de lo político, de tal manera que se presenta una especie de isomorfismo entre discursos políticos que responden menos a la representación de intereses sociales, que a meros debates ideológicos y normas jurídicas, que obedecen menos a las necesidades técnicas de regulación social que a necesidades políticas de legitimación institucional²⁵⁴”. También se señala que en los países periféricos el Derecho estatal es una herramienta de incidencia más precaria; cuestión que repercute en los altos índices de ineficacia y se condiciona por el fenómeno como el pluralismo jurídico.

Como decíamos, vemos que la distinción es relevante porque para fundamentar un activismo judicial progresista se alude a ella con especial protagonismo, es decir, a provenir de países subdesarrollados, de periferia, con altos índices de injusticia social. En estos, la

²⁵² Vid. 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, p. 38 y ss.

²⁵³ Los efectos directos aluden a conductas ordenadas por el fallo y afectan a los actores directos del caso, litigantes, beneficiarios o destinatarios de las órdenes. Los indirectos, en cambio, aluden a las consecuencias que sin estar estipuladas en la resolución judicial, se derivan de ella y afectan a un espectro de actores mayores a los involucrados en el litigio, por ejemplo: coaliciones entre organizaciones para hacer seguimiento de los temas o la modificación en la forma en que los medios de prensa abordan la problemática social que origina el proceso. Por su parte, los efectos instrumentales son los que generan cambios materiales en las conductas de los individuos y los simbólicos, aquellos que se reflejan en el cambio en las ideas, percepciones, en el imaginario social sobre el tema objeto del litigio.

Esta cuestión es muy bien representada, según hemos expuesto, con la investigación que hemos consultado de los profesores Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco -*Corte y Cambio Social*-, que analiza dichos efectos a propósito de la sentencia T-025.

mayoría de las discusiones tienen, para una parte importante de los autores consultados, por eje central el desarrollo de la reflexión en torno las posibilidades del Derecho como instrumentos de cambio social y más específicamente las posibilidades de que a través del trabajo del poder judicial se pueda arribar a decisiones que contribuyan a la emancipación social.

Puede resultar sorprendente que aún hoy se reflexione desde ciertos sectores de la academia sobre el Derecho y sus posibilidades de influencia en el cambio social, más aún cuando estamos hablando del Derecho que surge desde los estrados. Ello pues, para los sectores más progresistas este tipo de reflexión sobre lo jurídico no han sido especialmente productiva, en gran parte por la influencia que ha tenido la interpretación más dogmática de la lectura marxista sobre el Derecho, es decir, éste como un instrumento de dominación, en relación con la tesis del poder judicial como un *poder de clases*; que administra una justicia de clases²⁵⁵.

Sin embargo, en el último tiempo los prejuicios han disminuido y ya no sólo teóricamente, sino que las practicas jurídicas reales indican un aproximación menos ideologizada: “si bien la producción del derecho con fines de legitimación ha sido una estrategia más o menos fructífera de dominación social, es también un arma de doble filo, en cuanto que eventualmente los símbolos de cambio social y protección de los derechos que ella encarna pueden ser apropiados por movimientos sociales, por individuos o incluso por instituciones del Estado, y de manera particular por jueces, que se toman el derecho en serio y lo utilizan como instrumento de resistencia o de emancipación contra el poder hegemónico²⁵⁶”.

²⁵⁴ Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 469.

²⁵⁵ Novoa Monreal, Eduardo, “Justicia de clases”, publicada originalmente en la revista Mensaje, número 187, Santiago, marzo-abril de 1970. Disponible en <http://www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com/> [Último acceso 20 junio 2011]. “Esto significa atribuir a los jueces una concepción unilateral de la justicia –puesto que la concebirían únicamente como aquello que es útil para el sostenimiento del status social vigente– y a la vez coloca a los tribunales en abierto antagonismo con todos los sectores, cada vez más amplios, que creen indispensables profundos cambios sociales. En la práctica, esto conduciría, además, a sostener que la justicia actúa al servicio de la clase dominante y que interpreta y aplica la ley con miras a favorecer a los grupos sociales que disfrutaban del régimen económico-social vigente, en desmedro de los trabajadores, que constituyen en el país la más amplia mayoría”.

²⁵⁶ Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 471.

Estas reflexiones han sido motor trascendente de los análisis que los casos estudiados generan. Pero, es muy importante destacar que conviven con otras formas de reflexionar sobre ellos, que son del todo pertinentes y que, de hecho, han tenido bastante protagonismo en la reflexión académica, por nombrar algunas: la judicialización de la política, la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales y las tensiones entre constitución y democracia. Pensamos que todos estos enfoques son pertinentes y tienen énfasis que precisan ser considerado desde cualquier perspectiva preferente que se elija para abordar el estudio de estos casos, pues en cierto sentido comprenden diversas formas de observar un mismo objeto, y las respuestas que se den desde alguna de ellas tendrán repercusión en la forma de posicionarnos en las otras perspectivas y por ello, en las conclusiones que se adopten.

Dejamos esta introducción señalando que en Latinoamérica, a partir de casos como los que hemos analizado, un sector de la academia, y de los movimientos sociales han revitalizado el cuestionamiento relativo a los fundamentos contextuales del fenómeno, así: ¿de qué manera el activismo judicial progresista asume fundamentos diversos en países en los que parte importante de sus miembros padecen desigualdades extremas?; ¿cuál es el rol que le corresponde al poder judicial ante las injusticias sociales que atraviesan los sectores más vulnerables de la población?; ¿es la vía judicial idónea para buscar reivindicaciones sociales?; ¿qué riesgos tiene para las democracias dicha posibilidad? Son algunas de las preguntas que subyacen y dinamizan la discusión.

3. LOS CASOS DE COLOMBIA Y ARGENTINA.

3.1 Colombia.

Como hemos podido observar Colombia tiene una Corte Constitucional y una cultura jurídica con rasgos conocidamente progresistas. Las explicaciones que los autores suelen dar para explicar este fenómeno son diversas, algunas forman parte de las más extendidas del activismo progresista contemporáneo en general y otras son de origen local. Por ello las explicaciones que expondremos representan esta dualidad.

Colombia tiene nueva constitución desde 1991, en ella se incorporan una serie de elementos progresistas que nos parecen relevantes connotar y que han sido desarrollados por su judicatura a través de una serie de sentencias²⁵⁷.

El cómo esos contenidos logran llegar a la carta magna, es una cuestión que, en buena medida, obedece al resultado de un proceso complejo en que se intentaba un pacto de ampliación democrática con participación de amplios sectores de la sociedad, destacando la participación de ciertas minorías relevantes de su realidad socio-política -guerrilleros desmovilizados, indígena y minorías religiosas-. Gracias a esta diversidad social, junto a los políticos y académicos progresista que se involucraron en el trabajo constituyente se logró articular un diagnóstico que situó en el centro del debate a los derechos fundamentales y a su protección como factor central para dirigir el proceso institucional: “la exclusión, la falta de participación y debilidad de protección de los derechos humanos son los factores básicos de la crisis colombiana. Esto explica algunas orientaciones ideológicas de la carta de 1991: la ampliación de los mecanismos de participación, la imposición al Estado de deberes de justicia social e igualdad, y la incorporación de una rica carta de derechos, y de nuevos mecanismos judiciales para su protección²⁵⁸”.

Pero, bien vale connotar, que Colombia ha cimentado una cultura jurídica bastante progresista desde mucho antes, dos datos elocuentes en este sentido: desde 1910 tienen acción constitucional de la ley con efectos generales y, desde la misma fecha, una acción pública accesible de formalidades, por la que cualquier ciudadano puede pedir la declaración de inconstitucionalidad, cuestión que contribuye a explicar por qué con el proceso de 1991, -que crea la Corte Constitucional y su desformalizada acción de tutela- la

²⁵⁷ 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 receptación de una Corte de características austriacas y de un consejo de origen francés. La Corte Constitucional se integra con 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.

²⁵⁸ Uprimny Yepes, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°6, año 4, 2007, p. 63.

sociedad colombiana ya tenía experiencia sobre el funcionamiento de ambas instituciones y por ello la legitimidad de la Corte no fue un tema a conquistar.

Pero lo cierto es que el activismo colombiano tiene manifestación en la judicatura más allá de la Corte Constitucional, lo que puede verse influido porque ésta tiene la facultad de anular decisiones de otros jueces por razones de inconstitucionalidad; se convierte en un súper tribunal que irradia su progresismo²⁵⁹.

Otro factor destaca que una vez finalizado el proceso constitucional de 1991 los sectores progresistas que participaron de él se debilitaron, en paralelo se promulgaban una serie de reformas económicas de corte neoliberal que entraban fuertemente en tensión con la dimensión social del texto constitucional. La Corte prácticamente se quedó sola defendiendo la propuesta política de la constitución “siempre 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 ingenua²⁶⁰”. La fragmentación del poder político hasta hoy subsiste y tanto en los sectores de oposición a ella, como en los que apoyan su labor, permitiendo su actuación con cierto grado de independencia, lo que sumando al apoyo de la opinión pública, otorga grados tranquilidad a su trabajo progresista. Pero la inestabilidad institucional y la crisis de legitimidad del Estado la sitúan como eterna candidata a reformas institucionales conservadoras que aún no se logran estructurar.

El impacto de las decisiones de la Corte suele ser mayor en los casos en los que hay consenso entre los valores y principios defendidos por la ella y los actores sociales, la recepción que ellos sociales hacen de sus sentencias es fundamental. Tanto así, que es indicado como factor clave; las estructuras de apoyo para la movilización legal -desde abajo-. La influencia de los actores sociales puede crecer por la decisión deliberada y estratégica de labrar su labor política en sedes judiciales; en ciertos casos la decisión de la

²⁵⁹ Cfr. nota al pie N°51.

²⁶⁰ Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. P. 476. En este mismo sentido: “La incorporación de los derechos llamados «sociales» y sus contradicciones regionales con la secuela de marginación y exclusión, es decir, la disparidad gravísima entre el discurso jurídico y la planificación económica, provoca también una «explosión de litigiosidad» con características propias; el aumento de la burocracias estatal (y su pretendida reducción a mera fuerza de recortes presupuestarios) y la producción legislativa impulsada únicamente por el clientelismo político provocan un mayor protagonismo político de los jueces” Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*, Edia, Buenos Aires, 1994, p.16

Corte crea la cohesión y será la piedra fundacional de la práctica contra hegemónica, en otros, la decisión sólo será coyuntural, es decir, la vía jurídica adquiere significado e importancia pero con posterioridad a otras estrategias de connotación política.

Las acciones de las diversas instancias internacionales de derechos humanos también han sido fundamentales. Tanto en el ámbito regional, como en el universal, se han desplegado prácticamente todos los mecanismos de protección de los derechos humanos, en estrecha relación laboral con los actores sociales locales. Una cantidad sorprendente de decisiones jurisprudenciales, informes de relatorías, visitas *in loco*, informes temáticos, entre otros, han proveído al activismo judicial argumentos fácticos y jurídicos que tienen un papel central en la interpretación y aplicación del derecho interno y que contribuyen a blindar la labor de la Corte de las amenazas políticas de sus enemigos.

También se hace referencia al factor personal, porque el tribunal ha estado integrado por ciertas personas que, por su formación y perfil político, han influido de manera determinante en el contenido de las decisiones que se han obtenido: “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 progresista²⁶¹”.

El factor político estructural por antonomasia es la crisis de representación de los órganos políticos tradicionales -parlamento y ejecutivo-. El distanciamiento de los políticos de los problemas estructurales de la sociedad y la incapacidad para encontrar soluciones que reflejen un compromiso real con el respeto de los más elementales derechos humanos, es de dimensiones tan grandes que han impulsado a la ciudadanía a incrementar los canales tradicionales de su acción política; trasladando las vías elegidas para expresar sus demandas hacia los jueces. Cuestión que en Colombia se amplifica de manera exorbitante al contrastar el rico contenido de la constitución del 1991, con el trágico conflicto armado que atraviesa el país.

²⁶¹ Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 478.

El protagonismo de los jueces y su intervención en conflictos que, por su naturaleza política, se podrían intentar resolver por vías que gocen de mayor legitimidad democrática, o, si se prefiere, con una legitimidad democrática tradicional, en Colombia se ve, también, incrementado porque los defensores de derechos humanos encuentran menos riesgos para sus vidas al trabajar en dicho ámbito. Tal como lo hemos podido ver a propósito del desplazamiento forzado, muchos dirigentes sociales suelen ser amenazados de muerte y otros tantos han sido víctimas de desaparición forzada, tortura y otras represiones indignantes, cuestión que contribuye a la decisión de elegir vías de trabajo que les doten de mayor seguridad y que además son sencillas –absolutamente informales-. y económicas, requisitos que cumple la acción de tutela; principal vía procesal elegida para ejerce sus funciones.

Otro factor estructural y en retórica constitucionalista contemporánea es el neoconstitucionalismo. Caracterizado porque los derechos son incluidos en la norma de la más alta jerarquía del ordenamiento jurídico, con un estatus normativo propio, es decir, sin necesidad de un ulterior desarrollo por el poder legislativo. Supeditando a todos los órganos estatales, que no sólo deben respetar los límites que la constitución le impone a través de los derechos y principios sino que, además, les deben dar directa aplicación y desarrollo. Para la eficacia de esto se crean diversos mecanismos, entre ellos el más importante será el control de constitucionalidad de las leyes, confiado a un órgano especial -el tribunal constitucional- la labor de velar por la supremacía de la constitución. Esto también motiva que los ciudadanos articulen sus demandas políticas de mayor justicia social con importante predominio del lenguaje de los derechos humanos y los canales institucionales atinentes²⁶².

Todos estos heterogéneos factores han confluído para perfilar un poder judicial que se ha manifestado sensible ante demandas ciudadanas y contribuido a disminuir o por lo menos a visibilizar situaciones de vulneración de derechos humanos. Generándose el tan mentado y paradójico fenómeno de que un poder cuyos miembros no son elegidos popularmente y que por tanto no son, en el esquema de un sistema democrático los representantes de la ciudadanía, se erija como un el más democrático o validado por la ciudadanía. Esto es lo que sucede en Colombia, se dice que la Corte ni siquiera enfrenta,

²⁶² Vid. VV.AA, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogido*, Ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2007.

propiamente tal, a otros poderes sino que, más sencillo aún, viene a ocupar los vacíos que dejan, “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 1991²⁶³”.

Analizando como ha funcionado el sistema colombiano, se detectan algunos requisitos para que el progresismo judicial incida en la emancipación²⁶⁴: El impacto de una orden depende en gran medida de la forma en que es emitida, en este sentido se puede distinguir diversas formas de resoluciones: las que son resultado de un activismo ideológico o valorativo, que es aquel que confiere judicialmente ciertos valores o derechos a un grupo, -como el caso de la eutanasia- del activismo remedial, en cuyo caso el juez emite una decisión que influye en las funciones de otros órganos del estado. Avanzando en ella para precisarla distinguen: a) activismo ideológico innovador: el que crea un derecho nuevo; b) activismo ideológico preservador: el que preserva un derecho; c) activismo remedial positivo: que consiste en ordenes de hacer; d) Activismo remedial negativo: que comprende órdenes de no hacer o prohibiciones. La distinción tiene importancia porque permite constatar que el activismo judicial progresista no sólo es aquel que conlleva ordenes de hacer, éste es, sin duda, uno de los más complejos de fundamentar y cuya eficacia es más compleja de lograr, más, nuevamente, no es el único. “la mayor efectividad emancipadora de las decisiones progresistas de la Corte se consigue cuando se combinan los factores: decisiones remediales preferentemente de «no hacer» (prohibiciones), recibida en contextos o auditorios consensuales, apropiadas políticamente por movimientos sociales (bien sea disperso o bien sea comunitarios), los cuales adoptan la estrategia jurídica como parte constitutiva de su lucha política y de su identidad, y cuentan con vínculos internacionales de apoyo.

²⁶³ *Ibidem*, p. 478.

²⁶⁴ Uprymni, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 496.

Este postulado, creemos, tiene la combinación ideal de factores o de condiciones desde los cuales el activismo judicial progresista cuanta con mayores posibilidades de lograr practicas emancipadoras²⁶⁵”.

3.2. Argentina

En Argentina un historial de decisiones judiciales conservadoras y afines a los intereses políticos autoritarios de los momentos más terribles de su historia política aportaron a generar profundas reticencias hacia el poder judicial como instancia para hacer valer pretensiones de justicia social. Al igual que en otros países de Latinoamérica, la función política que los jueces tuvieron como legitimadores y sostenedores espirituales de las violaciones masivas a los derechos humanos del pasado han sido cada vez mejor documentada y cimentado una actitud de desconfianza hacia las posibilidades de buscar reivindicación social a través de él²⁶⁶.

Sin embargo, las potencialidades del proceso democrático, del fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos -tanto a nivel interno como internacional- junto a otros factores que especificaremos, han generado nuevos ribetes de discusión que tiene ciertos rasgos en común con la colombiana y que pese a las desconfianzas y tensiones que ello genera, ha convertido al proceso de judicialización de los conflictos sociales y de la política en un aspecto novedoso de su identidad política cimentando reflexión académica con diversas reacciones, actores y dinámicas sociales.²⁶⁷

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 498.

²⁶⁶ “No cabe duda de que hay “mala voluntad política para la democratización de esta rama del estado. Puede afirmarse que los sucesivos *stablishments* latinoamericanos han tratado de valerse políticamente de los poderes judiciales o, por lo menos, de neutralizarlos para que no molesten el ejercicio del poder. Cualquier tentativa, de independencia real de los poderes judiciales o, por lo menos, de neutralizarlos para que no molesten su ejercicio del poder. Cualquier tentativa de independencia real de los poderes judiciales fue desacreditada como acto de injerencia política, particularmente cuando se traducía en defensa de derechos individuales y sociales. No se vaciló en apelar a la propia destrucción física de sus operadores, como en el triste caso del palacio de justicia de Bogotá” Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 21, para los detalles del caso argentino Vid en la misma obra p.247 y ss. Otro análisis casuístico y crítico en Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 237 y ss.

²⁶⁷ Un breve análisis del aumento de estos mecanismos pueden verse reflejados en el trabajo de la profesora Smulovitz, quien distingue: 1) judicialización y el control de constitucionalidad; 2) la judicialización y el aumento de la litigiosidad y *accountability*; y finalmente, 3) la judicialización y cuasi judicial. Es interesante cómo demuestra, a través de datos empíricos, que el mayor aumento se encuentra en el ámbito de la litigiosidad en general y no sólo en sede constitucional. Smulovitz, Catalina, *op.cit.*, p. 6 y ss.

Entre los factores que han influido en el surgimiento del fenómeno que venimos denominando activismo judicial progresista, es central la reforma constitucional de 1994 que no sólo incrementó su contenido social a través de un catálogo de derechos sociales, sino que, además, consagró vías judiciales novedosas, como el amparo colectivo cuyo desarrollo jurisprudencial tiene en el caso Verbitsky un importante precedente²⁶⁸, ésta nueva acción colectiva es significada como un factor protagónico en la descripción de los rasgos del caso argentino. Así, refiriéndose a ella: “el vínculo entre la esfera judicial y política surge del reconocimiento legal de nuevos mecanismo procesales de representación de intereses colectivos y de las prácticas de ciertos grupos o actores, consistente en plantear en el ámbito judicial conflictos públicos que trascienden lo individual²⁶⁹”. El poder judicial argentino ha ido asumiendo un rol canalizador de las demandas sociales interviniendo en conflictos colectivos, de política pública o impacto público que se apartan del marco tradicional de la actuación pública²⁷⁰.

Junto a estos aspectos normativos del más alto rango, se han producido otras normativas que nos ayudan a explicar el aumento y validación de la participación social en los procesos judiciales, más aún, que las potencian. No referimos a ciertas acordadas emitidas por la Corte Suprema de Justicia relativas audiencias públicas tanto en la etapa de substanciación de una causa, como en la etapa de ejecución y a la regulación de los *amici curiae*²⁷¹.

La audiencia pública ha sido introducida en la mayoría de los procedimientos que se han creado por las reformas procesales que los países latinoamericanos han experimentado en los últimos años. Como tal, representan una concepción del procedimiento contemporánea que permite materializar los valores de la oralidad, inmediación y publicidad. Pero, el sentido de su incorporación, además de la necesidad de poner a tono los

²⁶⁸ Las tres principales reformas en materia de derechos humanos fueron: la consagración de jerarquía constitucional para los tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente ratificados (artículo 75 inciso 22), el amparo colectivo (artículo 43) y el aumento del catálogo de derechos sociales.

²⁶⁹ Abrahimovich, Víctor, Courtis, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, GPS, Madrid, 2006, p.80.

²⁷⁰ Fairstein Carolina, Kletzel, Gabriela y García Rey, Paola, “En busca de un remedio judicial efectivo”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Coord. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y Cesar Rodríguez Garavito, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010, p. 30.

²⁷¹ Las audiencias públicas fueron reguladas por la Acordada 30/2007 y los *amici curiae* por la misma Acordada al referirse a las audiencias públicas, y la Acordada 28/2004. Junto a ello, el artículo 22 del Código de procedimientos ante tribunales superiores de Buenos Aires, también regula esta última institución. Disponible en el sitio web de la Corte Suprema: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp> [último acceso 20 de julio 2011]

procedimientos en los que se ventilan problemas de derechos fundamentales con los estándares de calidad de justicia que el respeto de los mencionados valores exige, es congruente con el reconocimiento de las connotaciones políticas de estos procedimientos y la necesidad de profundizar el Estado Constitucional de Derecho vigente²⁷². Se ha valorado positivamente esta innovación porque ha permitido extender los espacios de deliberación pública generando dinámicas interesantes, no sólo en cuanto se celebran intra-proceso, sino que, además, cuando estas se extienden a la etapa de ejecución, sindicándose como una forma de legitimidad de ejercicio del activismo judicial.

Los amigos del tribunal son presentaciones que hacen terceros ajenos a la disputa judicial, pero que tienen un interés legítimo en el contenido de la sentencia. Su contenido suelen expresar opiniones, conocimientos especializados y aportan experticia para colaborar con el juez en cuanto al caudal informativo que puede ayudar a formar su convicción. Son, por sobre todo, mecanismos de participación ciudadana que convierten la búsqueda de justicia en una cuestión colectiva, por ello ha sido reivindicado por distintas instancias de la sociedad civil como una forma de aumentar la participación democrática en el poder judicial²⁷³.

Esto ha llevado, entre otras cosas, a que la justiciabilidad de los derechos sociales, es decir su reconocimiento y desarrollo jurisprudencial, sea cada vez más difícil de retrotraer. Se han generado diversos precedentes jurisprudenciales que han alimentado la discusión académica y prácticas innovadoras de diversas organizaciones de la sociedad civil que, buscando consolidar y enriquecer esta realidad, trabajan dirigiendo parte importante de sus esfuerzos hacia una judicatura que, pese a los varias tensiones que ello genera, ha sabido ser una parcela con potencialidad reivindicativa²⁷⁴.

El telón de fondo del por qué organizaciones de la sociedad civil persiguen sus objetivos políticos por vías judiciales, también, es explicado desde la óptica de la crisis de representatividad y déficit institucional de los espacios políticos tradicionales –las cámaras

²⁷² Para que se convoque es necesaria la anuencia de a lo menos tres jueces. Se regulan tres tipos de audiencias: informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.

²⁷³ Vid. Alba M, Rubial, “La sociedad civil en el proceso de reformas a la Corte Suprema Argentina”, op. cit. p, 726 y ss.

²⁷⁴ Vid. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. Cfr. CELS, *Litigio estratégico y derechos humano: la lucha por el derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

y la administración pública o poder ejecutivo- al que hemos aludido al hablar de Colombia. Esto ha generado que varios autores intenten validar estas prácticas como una legítima forma de participación política, resaltan la transformación y enriquecimiento del escenario tradicional de activismo social progresista, “el acceso a la jurisdicción actúa de ese modo como un mecanismo de participación en la esfera política, que reemplaza o complementa el deterioro de otros canales institucionales propios del juego democrático²⁷⁵”.

Por ello la tradición judicial progresista de Argentina, ha generado diversas formas de intervención judicial en la arena política, siendo el litigio estructural que, como hemos visto ha tenido como principal exponente latinoamericano a la Corte Constitucional Colombiana, su forma más importante y llamativa, mas no la única. Esto porque en los procesos que se inician como consecuencia de una acción individual, de una víctima igualmente individualizada y argumentando la violación determinada de un derecho fundamental -civil, político o social- la decisión del tribunal también puede tener un impacto que, trascendiendo lo individual, se proyecta de forma colectiva, en tanto los hechos que la fundamentan representen una violación que afecta a más personas; como por ejemplo, las víctimas de alguna enfermedad determinada²⁷⁶, y que se pueden apoyar en ese precedente para obtener la intervención de la autoridad política y así contribuir a evitar futuras vulneraciones. Lo que es distinto a los procesos judiciales que se inician por acción de reclamo colectivo apoyadas en vulneraciones de derechos –civiles, políticos o sociales²⁷⁷- que también precisan que el Estado adopte medidas de políticas públicas de gran escala.

²⁷⁵ Abrahimovich, Víctor y Courtis Christian, op. cit., p. 80.

²⁷⁶ Es precisamente esto lo que sucedió con las personas víctimas de HIV/SIDA en situación de prisión preventiva, y la regulación de su arresto domiciliario cuando las personas que padecen esta enfermedad son enfermos terminales. El caso individual iniciado a propósito de esta situación en Argentina alimentó de tal manera el debate público que la regulación indicada –el arresto domiciliario y su reglamentación vía de la ley sobre ejecución de la pena- fue consecuencia de él. Vid. Abrahimovich, Víctor, Courtis Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, GPS, Madrid, 2006, p.83, nota N°63.

²⁷⁷ El caso *Mignone* es emblemático en el ámbito de litigio complejo o estructural relativo a derechos políticos. Fue iniciado por CELS, a través de un amparo colectivo. Se logró el derecho a voto de las personas privadas de libertad de Argentina. El tribunal competente argumenta, -entre otros- el carácter colectivo de la acción significando la importancia democrática de que la mayor cantidad de personas participen en las elecciones, entre ellos, los presos. A través de diversas iniciativas creativas para lograr el cumplimiento de una sentencia primeramente declarativa, el congreso nacional modifica la ley electoral para que se logre el objetivo de los accionantes. El comentario del caso puede ser encontrarse en: CELS, *Litigio estratégico y derechos humano: la lucha por el derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p.115 y ss

Las respuestas de los tribunales pueden asumir distintos temperamentos. Desde la perspectiva de las diversas resoluciones que estos han emitido en Argentina podemos ver diversos modelos de intervención judicial progresista. Una primera opción es indicar solamente el resultado que se debe obtener, sin señalar las vías que se deben adoptar. Normalmente estarán amparados en una política pública previamente diseñada por ley, pero que no ha sido ejecutada, de tal forma que los beneficios que esta buscaba lograr no se han generado, y como consecuencia de ello una serie de personas han sido víctimas de violaciones a los derechos fundamentales. La clave es que el marco de acción está prefijado, pero carece de eficacia. Entonces el tribunal declara el carácter imperativo de ello o bien insta al poder público a ser coherente con los compromisos que adquirió al crear dicha política²⁷⁸.

Otra posibilidad es que, además de indicar el resultado esperado, señale los pasos a seguir por el poder político para lograr dicho resultado. Esto es lo que sucede, en gran medida, con los casos de litigio estructural y por consiguiente tiene importantes riesgos de vulnerar el principio de separación de poderes. Sin embargo, el riesgo se ve disminuido por la dinámica del proceso de ejecutabilidad que se ha instaurado, pues comprende una vinculación legal y constitucional: “la intervención judicial en el campo de las políticas públicas, en aras de preservar su legitimidad, debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: *la regla del juicio* sobre cuya base interviene el poder judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión que surja de una norma constitucional o legal: por ejemplo, los estándares de «razonabilidad», «adecuación», o «igualdad», o el análisis de contenidos mínimos dados por las propias normas que fijan derechos, o las conductas fijadas expresamente por ley e incumplida por la administración²⁷⁹”. Lo que no puede hacer es exponer la política pública en concreto, debiendo reenviar al poder político la concretización o bien la solución de posibles incompatibilidades entre política pública y estándar normativo concreto. Esto se logra asumiendo un rol dialógico entre poderes y sociedad civil.

²⁷⁸ Un caso paradigmático en este sentido es el *Caso Viceconte*, también litigado por Cels, su análisis puede consultarse en: CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el derecho*, op. cit. p. 68 y ss.

²⁷⁹ Abrahimovich, Víctor, Curtis Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, GPS, Madrid, 2006, p.84.

En este contexto, la idea central de la reflexión que la academia ha desplegado a efectos de apoyar la fundamentación del activismo judicial progresista, es la de *diálogo entre poderes*. Una distinción interesante plantea: “decisiones judiciales sobre el *contenido de una política* y decisiones sobre *las reglas del procedimiento democrático* –es decir, si las decisiones judiciales elaboran políticas públicas sustantivas, o se ocupan sólo de la preservación de las reglas del procedimiento democrático-. El otro alude a la *especificidad de la política establecida*, es decir, al grado en el que el tribunal decide los detalles de la política establecida por la sentencia, en lugar de dejar la regulación de los detalles librada a la discrecionalidad de otros organismos gubernamentales²⁸⁰”. El diálogo democrático como rector del proceso de ejecución de las sentencias, originando un poder judicial que vela por la forma en que se adoptan las decisiones, más que decidiendo y sancionando en caso de incumplimiento.

Otro tipo de situaciones son aquellas en que el poder judicial señala la medida precisa que el poder político debe adoptar, no resultando cuestionable tal decisión porque el remedio que se precisa para poner fin a la vulneración de un derecho es determinado. Por ejemplo, cuando una persona tiene una enfermedad grave que sólo puede ser curada mediante un medicamento que la autoridad pública no ha suministrado.

Finalmente, y con menor intensidad, puede declarar que una situación vulnera un derecho fundamental sin entrar en ningún tipo de señalamiento del resultado o del remedio a adoptar, ni iniciar un proceso de ejecución respecto de él. Aún cuando esta intervención es de menor intensidad, es significada como representativa de un activismo judicial progresista que se valora positivamente, en cuanto permite a las víctimas continuar trabajando por sus derechos con el apoyo de una sentencia judicial que los reconoce como válidos; legitimando la pretensión.

En base a lo que hemos expuesto, podemos señalar que en Argentina la discusión que gira alrededor del activismo judicial progresista tiene los siguientes puntos focales: a) legitimación del activismo judicial, centrada en la oposición a la objeción *contramayoritaria*, es decir, el carácter antidemocrático de las decisiones judiciales activistas por vulneración de la separación de poderes y el ideal del autogobierno; b) La implicancias de la exigibilidad de los derechos sociales, significando el estatus jurídico de

²⁸⁰ Abrahimovich, Víctor, Courtis Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, GPS, Madrid, 2006, p. 91.

los derechos sociales, en comparación con los civiles y políticos y el rol de la interpretación de ellos en conjunto con el principio igualitario; c) Otro relativo a las posibilidades de ver en la judicatura un espacio de transformación social; d) en relación a ello, pero con una perspectiva de análisis procesal, la acción colectiva como herramienta necesaria para estimular y contribuir al fortalecimiento del activismo judicial progresista. Esto último plantea una de las diferencias con el caso colombiano, pues el ordenamiento jurídico colombiano no tiene una acción de este tipo, ha sido la vía jurisprudencial la que la ha creado, principalmente, a partir de su teoría del estado de cosas inconstitucional, haciendo en esto, también, gala de su activismo.

4. ACTIVISMO DIALÓGICO

Los casos que hemos analizado se encuadran de manera novedosa y sugerente por la doctrina como manifestaciones de *activismo dialógico*. Este es un tipo de activismo judicial que replantea las características de la reflexión clásica sobre el activismo judicial y la democracia. Las razones que han derivado en este novedoso modelo de activismo judicial son multiformes, lo que quisimos ilustrar precedentemente con los ejemplos de Argentina y Colombia; los países de la región que mayor éxito exponen en su configuración.

Este encuadre académico surge como conjugación de los activismos judiciales y la teoría de la democracia deliberativa. Cuestión del todo sugerente y que nos recuerda que la comprensión del Derecho siempre está intrincada con las reflexiones sobre el sistema político y más precisamente, con las diversas formas de comprender el sistema de gobierno democrático pues, como sabemos, tratándose de democracia los apellidos sí importan.

También es demostrativo de que el discurso de la democracia deliberativa, que se comienza a erigir como concepción relevante a partir de los años 70' en el marco de las derrotas del Estado de bienestar, buscando enriquecer el ideal de democracia participativa de corte liberal y el Estado social, ocupa un lugar cada vez más privilegiado en la reflexión filosófica política contemporánea y que sus fronteras se van extendiendo cada vez más.

Como suele suceder en nuestro ámbito, no encontramos sólo una teoría de la democracia deliberativa; existen diversas versiones de la misma, entre otros: Habermas,

Rawls, Nino, el republicanismo angloamericano, el neomarxismo angloamericano, el marxismo analítico y el utilitarismo representan versiones diversas²⁸¹.

No obstante, una caracterización mínima de la democracia deliberativa precisa exponer que en su propuesta teórica el proceso decisorio colectivo se configura utilizando la regla de oro de la democracia: la *regla de la mayoría*, enfatizando que por tal –por mayoría- debemos entender la participación de todos los potencialmente afectados por las decisiones²⁸². Agregando que dicho proceso requiere una etapa de diálogo, de debate público robusto en el que primen los argumentos comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad²⁸³, los que se intenciona en la medida que la participación sea lo más amplia; es decir, con inclusión de todos los sectores de la sociedad. Es decir, una democracia donde el sufragio, por sí solo, no es suficiente para sustentar la legitimidad del proceso decisorio, ya que además, requiere de procesos de deliberación pública extensos, nuevamente, con la participación de todos los potencialmente afectados.

La concatenación teórica que se ha planteado entre democracia deliberativa y activismo judicial, puede partir por señalar que el juez, por su específica función, se encuentra especialmente capacitado para promover el debate público, pudiendo apoyar el surgimiento de instancias que favorezcan la deliberación pública: “el poder judicial es la institución que recibe querellas de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que observen el sistema político, con atención especial en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces institucionalmente están obligados a escuchar a las diferentes partes del conflicto –y no sólo a la parte que reclama haber sido maltratada²⁸⁴”.

²⁸¹ Vid. Mejía Quintana, Oscar, “Modelos alternativos de democracia deliberativa: una aproximación al estado del arte”, *Co-herencia*, Vol. 7, N° 12, 2010, P. 43 y ss.

²⁸² Con ello se marca una diferencia respecto de las teorías de la democracia que plantean que las decisiones colectivas se configuran con la participación de los afectados por las decisiones y con las teorías democráticas que se manifiestan escépticas respecto de la deliberación colectiva como pre requisito de las decisiones públicas y que por ello se resalta el proceso decisorio privado o con la participación de una elite con virtudes intelectuales superiores. Vid. Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, op.cit., p. 101 y ss., Cfr. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, op. cit, p. 81 y ss.

²⁸³ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, op. cit, p. 158 y ss.

²⁸⁴ Gargarella, Roberto, “¿democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, N° 28, 2006, p. 20.

Cuestión central para un sistema comprometido con la democracia deliberativa es la creación de mecanismos que institucionalicen la deliberación, así esta no sea consecuencia de una confluencia de factores en un determinado momento, pero sin existir garantías de que ello se replicará: “un sistema deliberativo bien organizado requeriría la existencia de mecanismos institucionales destinados a mantener y aumentar su carácter deliberativo²⁸⁵”. Se plantea que el activismo judicial dialógico, puede ser una de esas vías de institucionalización necesarias para que el ideal de la deliberación pueda prosperar.

Lo que inevitablemente se erige con un carácter crítico, en la medida que los diseños institucionales actuales tienen en sus presupuestos concepciones de democracia más pobres que el deliberativo, que ya podemos ver, es más exigente. Es más, ciertos autores afirman que en nuestros diseños institucionales más que haber concepciones pobres de democracia, hay una marcada influencia antidemocrática, que distancia a la ciudadanía de los espacios decisorios y la reduce a ejercer su rol ciudadano sólo a través del sufragio. Para contextualizarlo con los casos que hemos ido viendo, pensemos en el carácter hiperpresidencialista de los estados latinoamericanos²⁸⁶.

Llegando a esta parte, podemos delinear con mayor claridad los rasgos *activismo dialógico*:

a) Comprende una conjugación entre el activismo judicial y la democracia deliberativa;

b) El activismo judicial se ejerce con tendencia a dictar órdenes más amplias que las que dictaba el activismo judicial clásico -sentencias detalladas, sin proceso de seguimiento²⁸⁷-. Esto se debe entender no tan sólo desde la amplitud de la orden contenida en la sentencia, sino que también desde su obligatoriedad y perentoriedad y como requisito para impulsar el diálogo que irá generando las órdenes específicas;

²⁸⁵ Gargarella, Roberto, “¿democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, N° 21, 2006, p. 22.

²⁸⁶ Vid. Arrimada, Lucas, “Sin frenos ni contrapesos, democracia deliberativa: muchas más allá del presidencialismo y parlamentarismo, op. cit., p. 83.

²⁸⁷ Algunas sentencias de este tipo fueron dictadas por tribunales activistas, en las que efectivamente los remedios elegidos son el centro de la crítica. Como ejemplos pensemos en las siguientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana: T-153-2008: intento de reformar el sistema carcelario; C-700-1999: declara inconstitucional sistema de financiación de la vivienda y ordena sustituirlo por uno nuevo en base a parámetros que ella misma decidió. El problema de estas sentencias es que emiten remedios con demasiado detalle y rigidez, a tal punto que no establecen mecanismos viables y eficaces de seguimiento de sus fallos. Por ello las consecuencias de estas sentencias fue muy limitado, y contribuyeron a minar los esfuerzos de fundamentación del activismo y las críticas hacia él.

c) La implementación de los fallos que origina, tiene lugar mediante un mecanismo de seguimiento periódico y público; en esta etapa se produce en dialogo más importante de este activismo. El que se produce intra-proceso, también es muy importante en las acciones de protección de los derechos fundamentales, porque normalmente son de procedimientos tan informales que las audiencias y otras instancias deliberativas durante su substanciación son ocasionales y no imperativas. Pero no es novedoso y propiamente identificador de la propuesta, ya que es manifestación del principio contradictorio que rige a la mayoría de los procesos contemporáneos;

d) Involucra un espectro de actores amplio, vinculándolos en un diálogo ciudadano a ONG, víctimas, órganos estatales, legisladores y jueces.

e) El diálogo es el centro de su legitimidad, la decisión específica que se adopte para ir superando las vulneraciones que originan los litigios serán fruto de ese proceso dialógico;

f) Las decisiones que se adoptan tienen por principal sustento normativo el derecho internacional de los derechos humanos, legal y constitucional. Lo que es señal del rol esencial que tiene en la configuración de la propuesta del activismo dialógico la teoría de los derechos fundamentales.

g) Ha sido un impulso fundamental para su surgimiento la existencia de graves vulneraciones a los derechos humanos, ya no sólo en el ámbito de los derechos civiles y políticos, sino que también – y de modo relevante- en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales;

g) La intervención judicial se habilita por el fracaso generalizado de las políticas públicas ante situaciones de exclusión, patentizado de forma evidente en la ausencia de resultados mínimamente aceptables;

h) Junto a ello, existe un bloqueo institucional; los órganos políticos han ido generando inmunidades ante los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas. El bloqueo se puede manifestar en una serie de falencias, a nivel legislativo, ejecutivo -administrativos, que se traduce en la inercia estatal ante la situación de un colectivo fuertemente vulnerado en sus derechos fundamentales²⁸⁸.

²⁸⁸ Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, op. cit., p. 55y ss.

i) Este activismo ha sido promovido por diversos actores sociales que se aproximan al litigio judicial en causas de derechos humanos de forma estratégica. Las organizaciones de la sociedad civil protagónicas son las ONG y los movimientos sociales de víctimas.

Entonces, el activismo dialógico tiene como rasgo central y diferenciador de otros activismos judiciales progresistas la idea de un diálogo que se extiende más allá de la substanciación del juicio proyectándose a la etapa de ejecución, lo que genera interesantes dimensiones procesales pero que influye en la fundamentación de la propuesta.

Algunos, como hemos visto, ven con bastante entusiasmo la posibilidad de que a través de él las cortes asuman un rol catalizador del cambio social²⁸⁹, pues en diálogo cooperativo entre sociedad civil y diversos poderes del Estado. El poder judicial ejercería una autoridad en la que no tendría la última palabra, sino que la otorga los poderes representativos que serán los encargados de planificar, presupuestar y ejecutar los programas sociales. De tal forma, las críticas al fenómeno asumen nuevos desafíos y la defensa del activismo, a lo menos, se sofistican.

Los nuevos defensores del activismo dialógico, se defienden de las críticas de “antidemocrático” señalando que, a ella subyace una visión idealizada y limitada de la democracia. Pues la democracia “realmente existente²⁹⁰” adolece de una serie de carencias que, configuran la necesidad de profundizar con creatividad la reflexión, para mejorarla y en un nuevo modelo insertar, de manera coherente, una visión de la judicatura que la posicione con un rol constructivo y sensible ante reivindicaciones sociales, en tanto actitud democrática vinculada al Estado social y democrático de Derecho. Esta idea de democracia realmente existente se debe contextualizar con los rasgos de los sistemas democráticos a los que hacen referencia los autores, que comprenden una suerte de: “«democracias autoritarias», en las que vastos segmentos de la población, generalmente los pobres, la población rural y los miembros de las minorías étnicas, son tratados por los gobiernos elegidos democráticamente en forma no muy diferente a la utilizada por los regímenes autoritarios del pasado²⁹¹”.

²⁸⁹ Linares, Sebastián “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *Revista Mexicana de Sociología*, 70 N°3, 2008, p. 512.

²⁹⁰ Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana: *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, op.cit.p.37.

²⁹¹ Couso, Javier, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, op.cit, p. 32.

Señalan, además, que la legitimidad del poder democrático no sólo puede venir de la regla de la mayoría, pues el voto es un *mecanismo de rendición de cuentas vertical*, que ha demostrado ser insuficiente por esporádico y manipulable, y por tanto no se basta a sí mismos para asegurar la vigencia del orden institucional y democrático, en este sentido es que se resalta la importancia de los *mecanismos horizontales de rendición de cuenta*; en tanto control entre entidades estatales, como el que ejerce los jueces frente al ejecutivo y legislativo, a través de este tipo de litigios representativos del activismo dialógico²⁹².

Como advertíamos al enunciar los factores que impulsan el activismo judicial progresista, y con voluntad de enfatizar los aspectos centrales de la identidad de la propuesta, creemos que son dos: los *contextos de vulnerabilidad social* en los que surge, también señalábamos que ello era relevante no sólo de cara a comprender los orígenes del fenómeno, sino que también, a la ahora de fundamentarlo y justificarlo. Así el presupuesto fáctico del activismo dialógico más interesante -que hemos representado a través de los casos analizados en el capítulo 2- es precisamente dichos contextos de vulnerabilidad. Acompañados, y este es el segundo aspecto, de un dramático *bloqueo institucional o político*, es decir de la incapacidad del poder público para generar mecanismos políticos destinados a poner fin a vulneraciones de derechos que, en muchos casos, ni siquiera gozan de una adecuada visibilización pública. Una ilustración clara de ello viene dada por la aludida figura *estado de cosas inconstitucional* que la Corte constitucional colombiana ha venido desarrollando desde hace algún tiempo.

Otro aspecto que cabe destacar, es que el fenómeno que intentamos ilustrar ha

²⁹² Los conceptos de mecanismos de rendición de cuentas horizontales y verticales es realizada con inspiración en la obra de Guillermo O'Donnell. Para este autor La poliarquía, aunque no esté formalmente institucionalizada, marca una inmensa mejoría respecto de regímenes autoritarios de todo tipo. Lo que falta, sin embargo, es otra dimensión de la obligación de rendir cuentas, que llamo 'horizontal': los controles que las agencias del Estado se supone que ejercen unas sobre otras. Todas las poliarquías institucionalizadas incluyen varias agencias dotadas de autoridad legalmente definida para sancionar acciones ya sea ilegales o de alguna manera inapropiadas cometidas por otros agentes. Esta es una expresión del Estado de derecho en una de las áreas donde es más difícil de implantar, vale decir, sobre los agentes del Estado, especialmente funcionarios de alto rango. La idea básica es que las instituciones formales tienen límites bien definidos y legalmente establecidos que delimitan el ejercicio adecuado de su autoridad, y que hay agencias del estado que tienen poder para controlar y corregir los quiebres de esos límites, cometidos por cualquier funcionario o agencia (...) A diferencia de esto, en la mayoría de las nuevas poliarquías existe muy poca obligación de responder (por violaciones del Estado de derecho) Vid. O'Donnell, Guillermo, "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política", en *Revista Española de Ciencia Política*, N°11, 2004, p.11-31.

generado en la academia un impulso por desarrollar ámbitos de estudios normalmente secundarios para los saberes jurídicos. Pues, además de los interesantes debates que se deben generar en el ámbito de la fundamentación filosófico política, y una vez que se supera el obstáculo de la cuestionable legitimidad judicial para participar de las reivindicaciones políticas de la forma que plantea el activismo dialógico, viene una cuestión no menor, de connotación no sólo práctica. Nos referimos a estudios destinados reflexionar sobre los remedios, la visión dominante cree que se trata de una labor extrajurídico, los efectos que este olvido tiene son graves, pues la falta de preparación ha generado que algunos casos emblemáticos de jurisprudencia progresista tengan muy poco impacto o que con el tiempo pasen a la historia, cuestión que, como hemos señalado, también ha contribuido a las clásicas críticas contra el activismo judicial. En esta línea ha surgido interés por la construcción de indicadores de goce efectivo de los derechos y la necesidad de que los jueces y sus equipos de trabajo tengan mayores conocimientos que les permitan implementar y participar de un debate sobre medidas que en muchos casos precisaran de conocimientos interdisciplinarios, en definitiva esta cuestión es central para superar la incapacidad de la cortes y de los ciudadanos, organizaciones y entidades gubernamentales y parlamentarias al participar de los proceso de transformaciones estructurales.

En definitiva, La tesis central del activismo dialógico es: "si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia". Siendo bien valorados sus efectos no directos e instrumentales por el contexto de bloqueo institucional en el que se fundamenta: "el Derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones no sólo 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 cortes²⁹³".

²⁹³ Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana: *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*, op. cit. p. 22.

5. CONSIDERACIONES FINALES.

Finalizaremos este capítulo enunciando de manera más esquemática las principales críticas y argumentos a favor del activismo dialógico.

Creemos que la principal crítica en contra del activismo dialógico viene dada desde la óptica de su legitimidad. Hemos visto que éste, en muchos casos comprende un proceso de judicialización de la política, precisando más esta idea diremos que comprende: “el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales²⁹⁴”.

La crítica que cuestiona la legitimidad del poder judicial por aceptar este proceso de judicialización de la política, se sustenta en pilares del modelo institucional occidental, como lo son: la separación de poderes, la teoría democrática, la tesis de la imparcialidad judicial, independencia y seguridad jurídica en conexión con el principio de legalidad. Todos estos pilares tensionan la posibilidad de que el poder judicial asuma un rol vinculado al cambio social.

Así, la más elemental comprensión del mecanismo de control del poder planteado por la teoría de la división de poderes, es decir, que el gobierno se divide en tres poderes con funciones diversas de modo que se genere un equilibrio de fuerzas, saca a la luz que este mecanismo se vería amenazado fuertemente si un poder, en este caso el judicial, comienza a asumir funciones de otros poderes –el ejecutivo y legislativo–.

Junto al desequilibrio de poderes, con la judicialización de la política se produciría una amenaza letal para un sistema democrático y al ideal de autogobierno que a él subyace, pues se trasladaría a un escenario integrado por autoridades que no son los representantes elegidos por el pueblo, los jueces, la toma de decisiones en temas centrales para la política pública, siendo que la sede legitimada para ello es por antonomasia el parlamento²⁹⁵.

²⁹⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, op. cit., p. 53.

²⁹⁵ El principal autor que desarrolla este argumento es Jeremy Waldron. Vid. Waldron Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005

En conexión con lo anterior, se señala que este activismo judicial dialógico y progresista atenta contra el principio de independencia judicial e imparcialidad, pues los jueces deben mantenerse alejados de las pretensiones e intereses de externos en general, sean estos: otros jueces, legisladores, autoridades de la rama de poder ejecutiva y de los intereses de ciertos sectores de la población, lo que no sólo vale para efectos de ser inmunes a las presiones de grupos fácticos sino que también para ONG y otras organizaciones que velen por objetivos aparentemente irreprochables. Así la independencia se erige como principio fundamental para que los jueces puedan desempeñar la labor jurisdiccional con imparcialidad y con sujeción a las normativas, rasgo central de su labor. La propuesta del activismo dialógico, extiende de manera exorbitante las labores judiciales, a tal punto que el juez se aleja de estos principios fundamentales, acercándolo de forma peligrosa a la política.

También se observa una crítica de dimensión práctica: el poder judicial no se encuentra institucionalmente preparado para asumir una labor tan exigente como la que le plantea el activismo dialógico; se genera una sobrecarga que no puede, si quiera a largo plazo asumir, aumentándose los riesgos de ineficacia de sus decisiones y de error judicial. Es más: “se podría llegar a una perversa combinación de las enormes deficiencias del aparato judicial con su gran protagonismo: así, las primeras se cubren con el segundo, esto es, las deficiencias funcionales del aparato judicial son en cierta medida compensadas por una intervención excepcional de los jueces en los grandes debates políticos²⁹⁶.” El protagonismo político de los jueces no puede ir acompañado de ineficiencia funcional real.

Desde otra perspectiva, el activismo dialógico y las energías que las organizaciones de la sociedad civil despliegan para darle origen puede ser un espejismo, sin repercusiones estructurales reales y por consiguiente un aplazamiento indeseable de las reformas estructurales que según los sectores más progresistas se deben adoptar para alcanzar el ideal de una sociedad más justa. Es más, puede incentivar la apatía hacia la utilización de los canales políticos tradicionales, cuestión especialmente grave en países con sistemas democráticos tan débiles como los latinoamericanos.

Desde sectores más progresistas, como también ya lo hemos adelantado, las críticas suelen venir desde una desconfianza hacia el Derecho, por ser un núcleo de expresión de

²⁹⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, op. cit., p.66.

los intereses del poder hegemónico que contribuye a que las injusticias sociales existan, es más el supuesto carácter contrahegemónico del Derecho que se defiende es tomado con celo y cautela a partir de ciertas constataciones que vendrán ya no sólo de la clásica tesis de que el poder judicial es un poder de clase, sino que además serán amplificada porque en Latinoamérica el fortalecimiento del poder judicial ha sido promovido por Agencias Internacionales que las han financiado, por ejemplo en Banco mundial o la Agencia Internacional de Estados Unidos para el desarrollo (USAID) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Por tanto, quienes han destinado importantes sumas de dinero a los poderes judiciales han sido los grupos de presión hegemónicos, por lo que se podría plantear una empatía *prima facie* entre poder judicial e interés hegemónico²⁹⁷”.

No obstante, todas estas contundentes críticas que hemos querido enunciar y cuyo análisis más profundo nos sumergirían, inevitablemente, en los debates más complejos y prolíficos de la filosofía del Derecho contemporánea, algunos connotados profesores de Latinoamérica esgrimen argumentos favorables al modelo de judicatura planteado por el activismo judicial dialógico. En el intento por defender su legitimidad, no se suele evitar enfrentar las críticas que legitimidad se formulan, que como hemos dicho, es el centro de la discusión filosófico política más exigente que plantea. En este sentido, las tendencias de argumentación giran alrededor de relecturas que se realizan de los conceptos que constituyen los pilares institucionales que se han enunciado: la teoría de la división de poderes, de la independencia judicial, seguridad jurídica y teoría democrática. En ciertos casos se plantean relecturas, propiamente tal, y en otros, ciertas distinciones que pueden contribuir a situar mejor la discusión y así enriquecer el debate que ante el activismo dialógico precisa desarrollarse.

²⁹⁷ Villegas García, Mauricio y De Sousa Santos, Boaventura, “Colombia, ¿el grado cero de la emancipación social? Entre los fascismos sociales y la emancipación social” en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004, p. 65. Esta situación se enmarca en el conocido *Consenso de Washington*, también conocido como *consenso neoliberal* que originó la organización de la economía global orientándola a: la liberalización de los mercados, des-regulación, privatización, minimalismo estatal, control de la inflación, primacía de las exportaciones, recortes de gasto público, reducción de déficit público, concentración de poder en multinacionales y poder financiero de bancos transnacionales; el segundo consenso es relativo al Estado, el Estado débil; el tercer conceso es el democrático liberal y el último se refiere a la primacía del Derecho y de los tribunales de justicia. Cfr. Boaventura de Sousa Santos y 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. Uprimny : se apoyan las reformas, a fin de favorecer la inversión extranjera, pues sin poder judicial independiente no habría seguridad jurídica ni estabilidad en los contratos y ni protección de la propiedad.

En cuanto a los argumentos relativos a la división de poderes, una de las defensas que se han realizado viene dada por la teoría *colaboración armónica entre poderes*. Como vimos, ésta es utilizada por la Corte colombiana en sus sentencias, como la T-025²⁹⁸. Así, se suele esgrimir que en un Estado Social de Derecho²⁹⁹, los pilares institucionales se enriquecen con exigencias de igualdad material, por lo que se precisa tomar una distancia relativa de las interpretaciones más canónicas de los principios del Estado de Derecho en lo referente a la separación de poderes³⁰⁰.

Distancia relativa, porque no se trataría de abandonarla, pero sí de comprenderlas bajo el prisma de un Estado en el que sus distintos poderes se comprometen, en el ejercicio de sus distintas funciones y colaborándose a trabajar para lograr la realización de sus finalidades materiales; la remoción de los obstáculos sociales que impiden la realización de los principios de libertad e igualdad material y por ello, la eliminación de la exclusión social y la pleno respeto de la dignidad humana. Un poder judicial que se desarrolla a espaldas de otros poderes, sin involucrarse con las realidades de exclusión, se apartaría indebidamente de las exigencias del Estado Social, que en los casos que hemos analizado no sólo se desprende de ciertas normativas legales a las que se quiere dar preferencia, sino que es una compromiso de rango constitucional.

Respecto de las críticas que se plantean desde la óptica de la independencia judicial, suele ser necesaria una distinción. El fenómeno que se ha venido denominando judicialización de la política puede tener dos sentidos: uno indeseable, y otro que es, en buena medida, inevitable.

El *indeseable*, se refiere a la utilización de la expresión 'judicialización de la política' para significar el fenómeno de filtración de intereses políticos particulares en sede judicial, cuestión que precisa ser impedida, para dar contenido real al principio de independencia judicial. Esto se logra diseñando estructuras judiciales horizontales, es decir, es un tema que

²⁹⁸ Vid. p. 91.

²⁹⁹ Un Estado Social de Derecho como aquella forma de Estado que surge para criticar el individualismo y abstencionismo estatal que caracterizan el modelo liberal²⁹⁹. Cfr. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8ª edición, Taurus, 1992. p. 84y ss.

³⁰⁰ "Las características generales que corresponden, como exigencias más básicas e indispensables, a todo auténtico Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas: a) imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; b) división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; c) legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial; d) derechos y libertades fundamentales: garantías jurídico formales y efectiva realización material." Cfr. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, op. cit. p. 31 y ss.

tiene que ver con el diseño de gobierno del poder judicial y la necesidad de que éste comprenda mecanismos para alejar de su integración y del ejercicio de sus funciones a los intereses políticos contingentes de ciertos grupos particulares que puedan estar interesados en realizar tráfico de influencias en su interior. Esta forma de entender la expresión judicialización de la política, representa una aberración que precisa ser eliminada, a través de un diseño institucional que garantice de forma estructural e institucional el principio de independencia³⁰¹. Cuestión fundamental para que pueda desarrollarse la otra acepción de la expresión en comento; la inevitable; “al transformar a la judicatura en una arena política más se introducen incentivos irresistibles para que los gobiernos intervengan el poder judicial. Por ello, alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, antes de que se haya institucionalizado firmemente la independencia de la judicatura, conlleva el riesgo de que en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia³⁰²”.

La otra forma de comprender esta idea de 'judicialización de la política'; la *inevitable*, entiende por tal el fenómeno en virtud del cual el poder judicial se pronuncia sobre temas que son de debate propios de los otros poderes del Estado. Sobre esto, utilizaremos la expresión *preferentemente* para significar, un modelo de poder judicial que se pronuncia sobre temas que son *preferentemente* tratados en dichos otros poderes, pero que desde la constitucionalización de los derechos y la realidad de violaciones masivas de estos, sumadas al fenómeno de bloque institucional, al que hemos hecho referencia, tienen en la sede jurisdiccional entrada inevitable y que se traduce en un activismo judicial progresista que al asumir rasgos dialógicos elimina gran parte de las críticas que, de forma tradicional, se pueden realizar a un activismo judicial que se inmiscuye en los temas de políticas públicas.

Desde el prisma democrático, se defiende el activismo judicial dialógico proponiendo no verlo como un atentado a la democracia, sino que como un garante de sus precondiciones, como guardián de la continuidad del proceso democrático.

En este contexto, es necesario distinguir las discusiones relativas a las tensiones entre derechos y democracia, que en buena medida protagonizan la reflexión filosófico-jurídica

³⁰¹ Este es, precisamente, la propuesta en: Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

³⁰² Couso, Javier, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, op.cit. p. 46.

contemporánea, de la discusión sobre la fundamentación del activismo judicial dialógico. Pues, muchas de las críticas que se realizan al activismo judicial parecen realizarse desde la óptica de la primera discusión enunciada, y en este ámbito, de lo que se ha venido en denominar *objeción contramayoritaria*, esta objeción tiene que ver con quien tiene la última palabra en el sistema democrático de un Estado constitucional de Derecho actual; decantándose por la opción del parlamento y discutiendo, por ende, con quienes optan por el tribunal constitucional³⁰³.

Como intentamos explicar, esta discusión, interesante y fina, no es el centro de la discusión que acá nos ha interesado desarrollar, toda vez que el activismo dialógico no excluye la posibilidad de asumir una postura que ve la objeción contramayoritaria y por tanto se acerca más a la postura de autores como Waldron³⁰⁴. A su vez, tampoco excluye la posibilidad de sostener una postura más cercana a autores como Ferrajoli y defender argumentos para que la última palabra en el sistema democrático contemporáneo la tenga un tribunal constitucional³⁰⁵.

En otras palabras, defender un activismo judicial dialógico no implica, necesariamente, defender que quien tiene que tener la última palabra en el sistema democrático sea un tribunal constitucional, pero tampoco lo excluye. De alguna manera es una propuesta que se podría compatibilizar, con más o menos dificultades, con las dos opciones. Otra cosa es que podamos ver una mayor coherencia argumentativa en unos u

³⁰³ En este sentido, Jeremy Waldron vendría a representar un muy buen ejemplo de la segunda opción —es decir el parlamento y por consiguiente, principal exponente de la crítica contramayoritaria— y Ferrajoli un buen ejemplo de la primera.

³⁰⁴ Este es precisamente el giro de pensamiento que encontramos, de manera patente, en autores como Roberto Gargarella. Efectivamente este autor ha experimentado un cambio interesante en su forma de razonar respecto a las relaciones entre la judicatura y la democracia que, como es sabido, forman parte de las reflexiones que más le han interesado. La variación consiste en que en su primera etapa, manifestada principalmente, por su *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial* sostenía una defensa de lo que denomina el “verdadero radicalismo”, (como punto medio entre el radicalismo populista y el conservadurismo elitista) y veía como posibilidad de mejorar las vulneraciones que el activismo judicial genera para el ideal del autogobierno y la división de poderes, la técnica del reenvío. Sin embargo, observando el modelo de activismo que en este trabajo hemos querido ilustrar, el autor va sofisticando su postura, de modo de establecer una mejor conexión entre democracia deliberativa y activismo a la que realizaba en los tiempos que redactó la obra citada. Así, la idea de diálogo interogánico y las especiales virtudes del poder judicial para tener un rol promotor del debate público, lo han seducido a tal punto que ya en sus últimos trabajos sobre este tema las ha defendido. Las dos etapas que se señalan se pueden ver claramente al confrontar: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, op.cit. con: Gargarella, Roberto, “¿democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, op.cit.

³⁰⁵ Abrahimovich, Víctor, Curtis Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, GPS, Madrid, 2006, p.85.

otros, sin embargo, lo central es que son discusiones diversas y que por consiguientes ameritan ser debidamente distinguidas.

Con una adecuada detención se puede observar esta dualidad entre los distintos autores que hemos ido trabajando. Por ello, al hablar de la compatibilidad de la propuesta con la teoría democrática encontraremos sensibilidades académicas en ambas direcciones.

Algunos partiendo de una visión sustantiva de la democracia, que resalta a los derechos humanos como precondition fundamental de ella y el papel que tienen a nivel procedimental y substancial, porque su protección es necesaria para que las personas puedan desarrollarse de manera autónoma y libremente decidir sus planes de vida, cuestión elemental y configuradora de los rasgos esenciales de la noción de dignidad humana fundamento último de los derechos humanos, se centran apoyan en la ferrajoliana tesis de la *legitimidad democrática substancial*: con la protección de los derechos fundamentales se protege la continuidad e imparcialidad del proceso democrático³⁰⁶.

Otros, más centrados en la propuesta democrática deliberativa se centraran en la defensa del activismo dialógico desde la óptica del las virtudes epistémicas del diálogo y de la relevancia de que este se desarrolle a nivel inter-orgánico. Así, enfatizarán la defensa de este activismo por contribuir a un diálogo público que, como hemos visto, es una precondition central de la propuesta deliberativa. Junto a ello, desde la óptica de la democracia deliberativa se defiende el modelo por las innovaciones institucionales que ésta sugiere, que permiten ver al poder judicial como promotor del diálogo necesario, especialmente en contextos de bloqueo institucional, en el que los órganos políticos pierden capacidad de reacción frente a las vulneraciones con origen estructural; la intervención judicial puede ser óptima para efectos de catalizar una renovación democrática.

Otro argumento a favor plantea que el ejercicio de acciones legales es una forma de *accountability social*. Por tal se entiende una forma obtener la rendición de cuentas de la autoridad pública “es decir, a la capacidad de obligarlos a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ella³⁰⁷”. En su versión social, la

³⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, en *Democracia y garantismo*, Edit. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p.212 y ss.

³⁰⁷ Smulovitz, Catalina, “Justiciabilidad y Accountability social en Argentina”, Trabajo presentado en el XXII Internacional Conference de la Latin American Studies – Washintong D.C., septiembre 2001. En este mismo texto distingue la Accountability del poder político: legal y política. La primera se dirige a garantizar que las acciones de los funcionarios públicos se enmarquen legal y constitucionalmente. La segunda-política- indaga la capacidad del electorado de hacer que las políticas gubernamentales respondan o se adecuen a sus preferencias.

accountability comprende un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos así como en acciones mediáticas, tienen por objeto monitorear el comportamiento de los funcionarios públicos, exponer y denunciar actos ilegales de los mismos y activar operaciones de agencias horizontales de control. Estas pueden canalizarse por vías institucionalizadas y por vías que no lo son. Las estrategias judiciales son ejemplo de las primeras y la movilización social o las denuncias mediáticas son representativas de las segundas. Las sanciones que se pueden lograr a través de ellas son heterogéneas, primando las opiniones que las ven como meras generadoras de efectos simbólicos, más allá de ello, buscan ante todo activar las condiciones necesarias para dar lugar a sanciones que vayan más allá del efecto simbólico³⁰⁸ y logren producir una modificación de un política pública que se considera socialmente perjudicial.

Frente a la dimensión crítica que plantea los riesgos de regresividad de la acción política de las organizaciones de la sociedad civil, es decir, que esta forma de intervención, inhiba la articulación de acciones colectivas de mayor espectro e impacto político, los autores suelen reconocer estos riesgos sin embargo, plantean que hay que entenderlas como parte de una estrategia mayor que ha logrado tener resultado y que desafía de forma interesante a organizaciones sociales y académicos: la judicialización tiene potencialidades pero igualmente riesgos. El desafío es entonces potenciar sus posibilidades democráticas y minimizar sus efectos perversos, lo cual, desde el punto de vista académico, debería llevarnos a tratar de investigar más específicamente ¿cuales son las judicializaciones democratizantes y cuales, por el contrario son democráticamente riesgosas “en determinados contextos, el derecho, en general, y la justicia constitucional, en particular, pueden llegar a constituir instrumentos de emancipación social. Pero no por ello el derecho pierde su faceta de dominación social: las potencialidades emancipadoras de la justicia constitucional son limitadas y el predominio de las estrategias judiciales tiene

³⁰⁸“En contextos democráticos, los actores políticos necesitan y valoran su reputación dado que la acción descoordinada de los ciudadanos en el momento de votar se decide, entre otras razones, en base a información reputacional que los ciudadanos tienen acerca de dichos agentes. Por lo tanto y dado los reclamos judiciales, las protestas sociales y las denuncias mediáticas tienen la capacidad de modificar la información reputacional acerca de dichos agentes, el potencial punitivo de la misma no puede ser ignorado” Smulovitz, Catalina, op. cit., p. 11.

riesgos sobre el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. En todo caso, estos riesgos deben ser contrastados con las potencialidades progresistas de la justicia constitucional, que intentamos describir y sistematizar en el apartado anterior. Dos consecuencias derivan de esta conclusión. Una académica: la conveniencia de desarrollar estudios comparados que permitan una mejor comprensión contextual de las posibilidades y límites de estas estrategias judiciales. Y otra política: la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales amplias. La realización de las promesas emancipadoras de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces de la corte constitucional³⁰⁹”.

Para finalizar estas consideraciones críticas, sólo señalar que hemos intentado ilustrar una realidad jurídica relevante que se está dando en países de latinoamericanos, que goza de una dimensión práctica y teórica en gestación, plagada de tensiones, que invita a continuar reflexionando y prestan atención a los debates que a ella subyacen sin dogmatismos y con la máxima voluntad de diálogo entre los argumentos contrarios a estas prácticas y los más favorables a sus posibilidades para la generación de cambios sociales.

³⁰⁹ Uprymni, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, op.cit., p. 509.

CONCLUSIONES. USO ALTERNATIVO DEL DERECHO Y ACTIVISMO DIALÓGICO: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

El uso alternativo del Derecho y el activismo dialógico son dos versiones diversas de reflexión y práctica respecto de la labor judicial. De reflexión pues ambos han atraído a diversos profesores que se han interesado por comprenderlos, originando diversos textos que, aunque escasos, intentan explicarnos aspectos relevantes para su comprensión. Y práctica porque ambos han logrado romper los gigantescos contornos del texto para, efectivamente, inspirar prácticas judiciales que han generado sentencias representativas de una verdadera vanguardia judicial progresista.

Ambos modelos de activismo judicial son representativos de un progresismo que se caracteriza, principalmente, porque el juez se vincula con el caso de manera consciente de que el escenario social en el que le corresponde ejercer su función está caracterizado por la exclusión social y por la voluntad de aportar, desde el ejercicio de sus funciones, a que ella disminuya.

Sin perjuicio de ellos, la proyección que esto tiene en ambos modelos de activismo es diversa:

En el caso del uso alternativo del Derecho, se manifiesta en la voluntad por utilizar una herramienta interpretativa que otorga prevalente lugar a los contenidos progresistas de las nuevas constituciones. Ello porque éste surgió en complejos momentos de transición normativa, en los que un nuevo texto constitucional convive en contradicción con una serie de normativas de menor jerarquía. Entonces, en ese contexto, la técnica que se defendió era desarrollar una interpretación que dote de un rol preferente al Derecho de rango constitucional.

Por consiguiente, los problemas de lagunas y antinomias son de los más representativos de su propuesta, más aún cuando el control de constitucionalidad no es difuso y la cultura jurídica aún no está en completa sintonía con la nueva etapa constitucional del país.

En cambio, el progresismo que inspira el activismo dialógico, es diverso porque además de surgir con posterioridad a los procesos constitucionales en los que se han

incorporado normas con contenidos materiales a las cartas magnas, surge, también, con posterioridad a la promulgación de una serie de leyes y reglamentos de una abundancia que no deja de sorprender y en total sintonía con la normativa constitucional.

Por ello este activismo es más representativo de los grandes problemas de la eficacia jurídica, que de lagunas y antinomias. Una ineficacia característica de muchos países subdesarrollados, en los que el contenido social de las constituciones promete un Estado activo y comprometido con el desarrollo de la protección de los derechos humanos, pero paradójicamente, las diversas reformas económicas de fuerte tenor neoliberalizante han ido esculpiendo un Estado cada vez más inerte para desempeñar su labor constitucional.

Ambos modelos de activismo judicial son representativos de antiformalismo jurídico, porque demuestran una visión del Derecho que se integra, interpreta y aplica considerando factores de diversa índole y no sólo por el contenido de las normas jurídicas. Un énfasis fundamental merece nuestra convicción de no entender que el antiformalismo del que hablamos plantee que el juez se aleje del contenido de la norma, porque ni el uso alternativo del Derecho, ni el activismo dialógico son, por definición anti-normativistas. De todas formas, ambos casos nos alejan de la imagen del juez que sólo considera las diversas fuentes formales del derecho para realizar una no problemática labor hermenéutica, y nos acerca a otro que, además de ellas, considera el contexto de los hechos, teniendo como brújula los valores de un Estado social como herramientas centrales del ejercicio de sus funciones.

En cuanto al presupuesto filosófico, también hay puntos de encuentros, y también hay matices. En ambos detectamos una visión de relativa desconfianza hacia lo jurídico; la expresión uso alternativo del Derecho, no lleva la palabra *alternativo* como muestra de especial confianza a la judicatura, y en el caso del activismo dialógico, hemos visto que desde la sociedad civil se ha utilizado la expresión litigio *estratégico*. Ambas expresiones sin indicativas de una misma sensibilidad de desconfianza ante un poder judicial, más caracterizado por conservador que por progresista y de un ordenamiento jurídico que demora en aumentar su contenido social el que, cuando crece, lo hace en tensión con otras normas que son el correlato de sistemas económicos que no están caracterizados precisamente por promover la superación de la exclusión. Entonces, dichas expresiones – *alternativo* y *estratégico*- expresan una sensibilidad de cuidado, de caminar a paso lento, buscando el mejor momento, los mejores argumentos, preparando una relojería de litigio,

que nada salga mal, para ver si es que, tal vez, se logra un precedente emblemático. Como si estuviesen escuchan la voz de Marx que les dice: cuidado el Derecho es un instrumento del poder hegemónico, por aquí váyase con cuidado.

En esta misma línea, no deja de ser interesante que la conexión que se establece entre activismo dialógico y democracia deliberativa, también nos parece mostrar una sensibilidad neomarxista. La democracia deliberativa es la proyección contemporánea más interesante de la teoría democrática, que se erige con voluntad de criticar y contribuir a mejorar una teoría democrática cimentada en un paradigma liberal, que ha demostrado ser insuficiente para organizar de manera pacífica nuestras sociedades. Ahora bien, la teoría de la democracia deliberativa ha sido impulsada por autores que participan de movimientos denominados marxistas analíticos (como Elster), liberales igualitarios como (Rawls) y Habermas cuya ascendencia intelectual marxista es latamente conocida, entre otros.

Otro encuentro dice relación con las teorías críticas, vimos que el uso alternativo del Derecho es una teoría crítica del derecho, pues bien no sabemos si el activismo dialógico es propiamente una teoría crítica del Derecho, es muy pronto para determinarlo. Pero, lo que sí podemos afirmar, es que para comprenderlo tenemos que recurrir a posturas epistemológicas que estén abiertas a la posibilidad de estudiar el fenómeno más allá de su manifestación normativa, así dar cuenta del fenómeno dejando de lado los prejuicios.

Es más, suele ser recurrente que los pocos autores que están preocupados por contribuir a su fundamentación sean además calificados de sociólogos jurídicos, constitucionalistas críticos y otros calificativos similares que evocan profesores que a través de sus trabajos reflejan una persistencia por indagar el contexto social de los hechos y de las víctimas recurriendo a diversos estudios desarrollados por otras áreas del conocimiento, tales como: sociología, economía, criminología, ciencia política, entre otros. Estos conocimientos cumplen un rol fundamental no sólo para comprender los hechos del caso y así constatar las vulneraciones de una forma más contextualizada y profunda, sino que, además, para la elaboración de las medidas que han de adoptarse para superar las vulneraciones de derechos fundamentales que se presentan ante el juez y mejor dicho, para participar del diálogo que en este ámbito se debe dar con herramientas intelectuales que le permitan ejercer el rol de mediador de dicho proceso de manera eficiente y reflexiva. Son autores que están re-pensando el poder judicial con voluntad de contribuir a la generación de cambios estructurales en la institucionalidad.

En definitiva creemos que los vasos comunicantes que hay entre ambas propuestas de activismo judicial son varios, sin embargo creemos que el activismo dialógico representa una versión más interesante y sofisticada del activismo judicial que proponía el uso alternativo del Derecho, con mayores posibilidades de replicarse y de enfrentar en el ámbito teórico mayores y mejores respuestas y críticas. El mayor enriquecimiento teórico se manifiesta no sólo en los ribetes más interesantes que se incorporan a la reflexión sobre el activismo judicial, sino que, principalmente, por los procesos de ejecución a los que ha dado lugar.

Ambos modelos nos plantean el desafío de reflexionar sobre el rol del poder judicial en un Estado Social de Derecho, y cómo ello precisa de un correlato institucional que permita a la judicatura ejercer sus funciones velando por el efectivo cumplimiento de sus sentencias.

La tesis inicial de la investigación ha sido que la propuesta del uso alternativo del Derecho y sus manifestaciones fácticas y teóricas más recientes, se constituyen como vías de acción y reflexión que pueden contribuir a que los jueces asuman un rol activo en la satisfacción de las demandas de justicia social esgrimidas por las víctimas de los conflictos sociales que nuestras sociedades atraviesan. Hemos podido comprobar que ello efectivamente ha sido así. Sin embargo, la ausencia de efectos directos relevantes, el carácter des-institucionalizado del diálogo inter-orgánico y la vulnerable estabilidad de los factores condicionantes, nos conduce a tomar relativa distancia del optimismo irreflexivo ante la labor judicial progresista. Si ésta no encuentra conexión en una estructura de poder y en una cultura jurídica que sea capaz de construir garantías institucionalizadas del ejercicio de este modelo de judicatura, se corre el riesgo de que ese mismo activismo pueda desvanecerse tan rápido como la niebla en el desierto.

No obstante, la respuesta que podemos dar a esta hipótesis es sólo relativa, pues una posicionamiento adecuado precisa un diálogo fecundo con las diversas tensiones que hemos enunciado. En este sentido sólo surgen una serie de preguntas que nos ayudan a cimentar los caminos de futuros desarrollos de esta investigación, reiterando que la definición del problema central de la propuesta en países de periferia tiene que ver ante todo con los problemas de la eficacia jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHIMOVICH, VÍCTOR, COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales en el debate democrático*, GPS, Madrid, 2006.
- ABRAHIMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ALBA M, RUBIAL, “La sociedad civil en el proceso de reformas a la Corte Suprema Argentina”, en *Revista Mexicana de Sociología*, V. 70, Nº 4, octubre-diciembre 2008, Universidad Autónoma de México.
- 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.
- ARRIMADA, LUCAS, “Sin frenos ni contrapesos, democracia deliberativa: muchas más allá del presidencialismo y parlamentarismo”, en *La democracia deliberativa a debate*, Coord. Leonardo Garcia Jaramillo, Universidad EADIF, Medellín, 2011.
- ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN, *Marxismo y filosofía del derecho*, Fontamara, México, 1993.
- BARCELLONA, PIETRO, edit. *L' uso alternativo del diritto, Vol. 1: Scienza giuridica e análisis marxista*, Laterza, Bari 1973; Vol. 2: *Ortodossia Giuridica e pratica política*, Laterza, Bari, 1973.
- BOBBIO, NORBERTO. “Formalismo jurídico” en *El problema del positivismo jurídico*, [trad.] Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992.
- BUENO DE CARVALHO, AMILTON, *Direito alternativo na jurisprudência*, Acadêmica, São Paulo, 1993.
- CARCOVA, CARLOS, “Teorías jurídicas alternativas”, en *Sociología jurídica en América Latina*, Oñati Proceedings, Oñati, 1991.
- CARRINO, AGOSTINO, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «critical legal studies»”, Trad. Elena Beltrán Pereira, en *Doxa* Vol. 12, 1992.
- CASAMAGLIA, ALBERT, “La retórica de critical legal studies. Impresiones de un lector español”, *Revista Doxa*, núm. 11, 1992.

- CESAR DE SOUZA, ARTUR, “Interculturalidade e fontes do direito a ética da racionalidade do outro como princípio e criterio objetivo na análise da interculturalidade e sua relação quanto à legitimação das fontes do direito”, en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, coord. María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón, Félix Vacas Fernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 253 y ss
- CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.
- CICERÓN, MARCO TULIO, “En defensa de Lucio Murena” en *Discursos*, Trad. Jesús Aspa Cereza, revisión de Javier Fresnillo Núñez, Gredos, Madrid, 1995, p 422.
- COSTA, PIETRO, “La alternativa tomada en serio”, en *Anales de la cátedra de Francisco Suarez*, 1980.
- 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.
- CORREA, OSCAR “Alternatividad y derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho”, en *Crítica Jurídica*, Instituto de investigaciones jurídicas N° 13, México, 1994.
- DÍAZ, ELÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8ª edición, Taurus, 1992.
- ELSTER, JON, *Una introducción a Karl Marx*, trad. por Mario García Aldonate, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1991.
- EBERHARD, CHRISTOPH, “Alguna implicaciones de los enfoques alternativos”, en *El Otro Derecho*, N°30, 2004.
- ESPEJO YASIC, NICOLÁS, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Coord. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y Cesar Rodríguez Garavito, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.
- FAIRSTEIN CAROLINA, KLETZEL, GABRIELA Y GARCÍA REY, PAOLA, “En busca de un remedio judicial efectivo”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Coord. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y Cesar Rodríguez Garavito, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010, p. 30.

- FERNÁNDEZ BUEY, FRANCISCO., “Marx y los marxismos Una reflexión para el siglo XXI” en *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*, Comp. Atilio A. Boron, Javier Amadeo y Sabrina González, CLACSO, Buenos Aires, 2006.
- FERRAJOLI, SENESSE Y ACCATTATIS, “Por una Magistratura Democrática”, en *Política y justicia en el Estado capitalista*, edit. por Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano”, en *Política y justicia en el Estado capitalista*, Ibáñez Andrés, P [edit.], Fontanella, Barcelona, 1978.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Jurisdicción y democracia”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, en *Democracia y garantismo*, Edit. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008.
- FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales*, V edición, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007.
- FISS, OWEN, *El derecho como razón pública*, trad. de Esteban Restrepo Saldarriaga, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GARGARELLA, ROBERTO, “¿democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, N° 28, 2006.
- GARGARELLA, ROBERTO, *Teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 2008.
- GENY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. de Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000.
- GONZÁLEZ VICÉN, FELIPE, “Filosofía y revolución en los primeros escritos de Marx”, en *De Kant a Marx (estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del derecho*, Tomo III, Rivadeneira, Madrid, 1973.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tomo I, Uguina, Madrid, 1971.
- HOLMES, OLIVER W., *La Senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

- HORKHEIMER, MAX, “Teoría tradicional y teoría crítica”, Introducción de Jacobo Muñoz, Paidós Ibérica, Barcelona 2000.
- JACQUES, MANUEL, “Legalismos y derechos humanos, un desafío para el uso alternativo del derecho”, en *Oñati Proceedings*, Oñati, 1991.
- JHERING, RUDOLF VON, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomás Banzhaf, Civitas, Madrid, 1994.
- KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la ciencia del derecho”, trad. de W. Goldschmidt, en VVAA, *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, p. 332.
- KENEDY, Duncan, entrevista *¿Son los abogados realmente necesarios?*, recogida en *Desde otra mirada, textos de Teoría Crítica*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- KOLAKOWSKI, LESZEK, *Las principales corrientes del marxismo: su nacimiento, desarrollo y evolución*, trad. Jorge Vigil, Alianza, Madrid, 1983.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, Marcelino, Ariel, Barcelona, 1994.
- LINARES, SEBASTIÁN “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *Revista Mexicana de Sociología*, 70 N°3, 2008, p. 512.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS, “¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?” En *Claves de Razón Práctica* N°72, Madrid, 1997, p. 33. Cfr. Perfecto Andrés Ibáñez “¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del «uso alternativo del derecho»”, en *Jueces para la democracia*, 2006.
- LÓPEZ CUÉLLAR, NANCY Y OLARTE OLARTE, MARÍA CAROLINA “Incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional colombiana: aparentes garantías, silenciosos incumplimientos”, en *Vniversitas* N° 113, 2007, Bogotá.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, “El formalismo Jurídico de la teoría Jurídica estadounidense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001.
- 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.
- LOSANO, MARIO, *Función Social de la propiedad y latifundios ocupados. Los sin tierra de Brasil*, Madrid, Dykinson, 2006.

- LLEWELLYN, KARL, “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en VV.AA., *El ámbito de lo jurídico*, Trad. de Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Crítica, Barcelona, 1994.
- MEJIA QUINTANA, OSCAR, “Modelos alternativos de democracia deliberativa: una aproximación al estado del arte”, *Co-herencia*, Vol. 7, N^o 12, 2010.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. Pedro Saba, Gedisa, Barcelona, 2003.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, “Justicia de clases”, publicada originalmente en la revista Mensaje, número 187, Santiago, marzo-abril de 1970. Disponible en <http://www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com/> [Último acceso 20 junio 2011].
- O'DONNELL, GUILLERMO, “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, en *Revista Española de Ciencia Política*, N^o11, 2004.
- PECES BARBA, GREGORIO, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos. Fernández Liesa, C. y Angel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Boletín oficial de Estado (BOE), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.
- PÉREZ LLEDÓ, JUAN, *El movimiento critical legal studies*, Tecnos, Madrid 1996.
- PRESSBURGER, T. MIGUEL, "El derecho a favor de los pobres", en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, Purrua, Mexico, 2002.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.
- RECASÉNS SICHES, LUÍS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1980.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Coor. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, Siglo del hombre, Bogotá, 2010.

- ROSAS DE ANDRADE, LEDIO, *O Movimento de direito alternativo brasileiro*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996.
- SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El movimiento del derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993.
- SEGURA, MANUEL, “Kantorowicz y la renovación jurídica”, *Revista Xurídica da universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 2 N° 2 1993.
- SENESE, SALVATORE, “La institución Judicial en Italia de la segunda post guerra hasta hoy”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, edit. por Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978.
- SOLAR CAYÓN, JOSÉ, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria : escritos jurídicos*, VVAA, Santander, Universidad de Cantabria, 2003.
- SOUZA, MARÍA DE LOURDES, *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- 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.
- 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.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA., *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de Carlos Ramírez, Mauricio García, Elvira del Pozo, y Carlos Morales, revisión de traducción por Carlos Lema Añón, Trotta, Madrid, 2009, p. 50 y ss.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y VILLEGAS GARCÍA, MAURICIO, “Colombia, ¿el grado cero de la emancipación social? Entre los fascismos sociales y la emancipación social” en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004.

- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y VILLEGAS, MAURICIO, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio jurídico*, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001,
- SÁNCHEZ RUBIO, DAVID, “Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad”, en *Derecho alternativo y crítica jurídica*.,
- SMULOVITZ, CATALINA, “Justiciabilidad y Accountability social en Argentina”, Trabajo presentado en el XXII Internacional Conference de la Latin American Studies – Washintong D.C., septiembre 2001
- TREVES, RENATO, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de María José Añon Roig, Manuel Atienza y J.A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998.
- . UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta”, en *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*, Rosaristas, Bogotá, 1997.
- UPRIMNY, RODRIGO Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, edit. por Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, Norma, Bogotá, 2004.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°6, año 4, 2007.
- VV.AA, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogido*, Ed. Miguel Carbonnell, Trotta, Madrid, 2007.
- VV.AA, *Los jueces contra la dictadura: Justicia y política en el franquismo*, Tucur, Madrid, 1978. Contiene una selección de textos políticos emitidos desde Justicia democrática.
- WALDRON, JEREMY, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WOLKMER, CARLOS ANTONIO, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Facultad de Derecho de la universidad autónoma de San Luis de potosí, San Luís de Potosí, 2006.

- WOLKMER, ANTONIO, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, Porrúa, México D.F., 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.