II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

LITIGIO ESTRUTURAL NO ESTADO INCONSTITUCIONAL DAS COISAS, A ARISTA COLOMBIANA.

LITIGIO ESTRUCTURAL DENTRO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, LA ARISTA COLOMBIANA.

Jackeline Cecilia Saravia Caballero

Resumo

O conceito de litígio estrutural teve uma evolução irrefutável desde que Chayes o descreveu como um novo modelo de litígio em matéria civil que atualmente é conhecido como litígio. de reforma estrutural e cujo objetivo principal é remover do sistema jurídico uma prática inconstitucional que é o produto de ações ou omissões de vários agentes do Estado e viola múltiplos direitos de forma contínua. Neste contexto, qual é o papel do juiz? De acordo com o princípio da estrita separação de poderes, o juiz deve ter uma posição restritiva e abster-se de decidir questões políticas, no entanto , existem posições conflitantes que garantem que os juízes devem ordenar remédios, projetá-los e implementá-los a fim de impedir a violação estrutural dos direitos a múltiplos afetados. O Tribunal Constitucional colombiano dentro de sua decisão chegou a este número chamando-o "Estado das coisas inconstitucionais", mantendo a jurisdição na ação de tutela e estabelecendo um processo de acompanhamento para cumprir as ordens emitidas em busca da garantia dos direitos de os afetados, conseguindo fracassos com profundas repercussões sociais e políticas, que tiveram grande impacto na vida dos cidadãos colombianos.

Palavras-chave: Litígios de reforma estrutural, Ativismo judicial, Divisão de poderes, Prática inconstitucional, Estado de coisas inconstitucional, Ação de tutela

Abstract/Resumen/Résumé

El concepto de litigio estructural ha tenido una evolución fehaciente desde que Chayes lo calificó como un nuevo modelo de litigio en materia civil que actualmente se conoce como litigio de reforma estructural y cuyo objeto principal es remover del ordenamiento jurídico una práctica inconstitucional que es producto de acciones u omisiones de diversos agentes estatales y viola múltiples derechos de forma continua.En este contexto, ¿cuál es el rol del juez? Según el principio de separación estricta de poderes, el juez debería tener una postura restrictiva y abstenerse de decidir cuestiones políticas, sin embargo, hay posturas encontradas que aseguran que los jueces deben ordenar remedios, diseñándolos e implementándolos con el fin de detener la conculcación estructural de derechos a múltiples afectados. La Corte Constitucional Colombiana dentro de sus fallo ha acudido a esta figura denominándose “Estado de Cosas Inconstitucional” conservando la competencia en la acción de tutela e instaurando un proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes que emite en búsqueda de la garantía de los derechos de los afectados, logrando fallos con repercusiones

sociales y políticas profundas, que han que han tenido gran impacto en la vida de los ciudadanos colombianos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Litigio de reforma estructural, Activismo judicial, División de poderes, Práctica inconstitucional, Estado de cosas inconstitucional, Acción de tutela

LITIGIO ESTRUCTURAL DENTRO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL, LA ARISTA COLOMBIANA.

Jackeline Saravia Caballero*

Resumen:

El concepto de litigio estructural ha tenido una evolución fehaciente desde que Chayes lo calificó como un nuevo modelo de litigio en materia civil que actualmente se conoce como litigio de reforma estructural y cuyo objeto principal es remover del ordenamiento jurídico una práctica inconstitucional que es producto de acciones u omisiones de diversos agentes estatales y viola múltiples derechos de forma continua.En este contexto, ¿cuál es el rol del juez? Según el principio de separación estricta de poderes, el juez debería tener una postura restrictiva y abstenerse de decidir cuestiones políticas, sin embargo, hay posturas encontradas que aseguran que los jueces deben ordenar remedios, diseñándolos e implementándolos con el fin de detener la conculcación estructural de derechos a multiples afectados. La Corte Constitucional Colombiana dentro de sus fallo ha acudido a esta figura denominándose "Estado de Cosas Inconstitucional" conservando la competencia en la acción de tutela e instaurando un proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes que emite en búsqueda de la garantía de los derechos de los afectados, logrando fallos con repercusiones sociales y políticas profundas, que han que han tenido gran impacto en la vida de los ciudadanos colombianos.

Palabras Claves: litigio de reforma estructual, Activismo judicial. división de poderes, práctica inconstitucional, Estado de cosas inconstitucional, acción de tutela.

Construcción de un concepto innovador.

El primer concepto que se maneja del tema lo dio Chayes y lo denominó "litigio de derecho público" calificándolo como un nuevo modelo de litigio en materia civil, el cual versa como mecanismo de discusión sobre el alcance de llevar a cabo una política de gobierno y no como mecanismo de arreglo de disputas privadas.

La característica más sobresaliente es que el objeto del litigio es la reivindicación de políticas constitucionales o legales y no demandas acerca de disputas privadas sobre derechos privados, es decir, se pasa de dos partes claramente diferenciadas, a solventar problemas de discusión de políticas públicas dentro de los estándares del derecho público:

> "las características distintivas del modelo de derecho público son muy distintas de las del modelo tradicional. La estructura de partes es expandida y amorfa, sujeta a cambios durante el curso del litigio. La relación adversarial tradicional está cubierta y combinada con procesos de negociación y mediación en todos los estadios. El juez es la figura principal en la organización y guía del caso, y se apoya no sólo en las partes y sus abogados, sino también en un amplio abanico de figuras extrañas al caso special masters, expertos y demás personal de supervisión-. Más importante aún, el tribunal de juicio se ha erigido en el creador y administrador de formas complejas de continuos remedios, que tienen efectos amplios sobre personas que no han sido parte en el caso y que exigen el continuo involucramiento del juez en su administración e implementación. Desegregación de escuelas, discriminación en el empleo y casos de derechos de personas privadas de libertad vienen rápidamente a nuestra mente como avatares de esta nueva forma de litigio. Pero sería equivocado suponer que el nuevo modelo se limita a estas áreas…"[1].

Fue en 1979 cuando Fiss se refirió al tema llamándolo "litigio de reforma estructural" nombre con el que se conoce en la actualidad y lo definió como:

> "un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales. El juez intenta dotar de sentido a nuestros valores constitucionales a través de la actuación de estas organizaciones…el foco de la reforma estructural no está en incidentes particulares o transacciones, sino en las condiciones de la vida social y el rol que las grandes organizaciones juegan en su determinación (…) el tema sobre el que gira el caso o el foco del proceso judicial es (…) una condición social que amenaza importantes valores constitucionales y la dinámica organizacional que crea y perpetúa esa condición"[2].

---

[1] CHAYES, Abram. "*The role of the judge in public law litigation*" en Harvard Law Review, vol. 89, núm. 7, 1976, págs.1281-1284. (Traducción propia).

[2] FISS, Owen. "*The Supreme Court, 1978 Term. foreword: The Forms of Justice*", en Harvard Law Review, vol. 93, núm. 1, 1979, pág. 21. Véase en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers> [con acceso 3 de mayo de 2018]. (Traducción propia).

Por su parte, Fuller lo llamó "litigio policéntrico" argumentando que son casos que involucran causas diversas y complejas entre grupos diferentes y ofrecen participación a los afectados, aunque, resulte imposible acceder a cada uno[3].

Elementos diferenciadores del litigio estructural.

En este nuevo modelo que se presenta, algunos de los rasgos típicos del proceso judicial cambian. El objeto del litigio es remover una práctica inconstitucional del ordenamiento jurídico, eliminando o modificando las condiciones que ocasionaron esa realidad social. Esa práctica inconstitucional, vale la pena recordar, es producto de acciones u omisiones de diversos agentes estatales y viola múltiples derechos de forma continua.

Las formas del litigio bilateral cambian debido a que, las partes, como se mencionó, serán distintas. Por un lado, en la figura del demandante se caracteriza por ser colectiva, personas que se les viola derechos por la misma falla estructural, además, se va a encontrar que víctima, portavoz y beneficiario no serán la misma persona, es decir, las víctimas van a ser parte del grupo, que a su vez, tendrá un portavoz (que puede o no puede pertenecer a este) y, además, el beneficiario de la decisión no siempre tiene que coincidir con ese grupo de víctimas, por ejemplo, si un Colombia un desplazado interno por la violencia que pertenece a una etnia indígena, interpone una acción de tutela, la Corte Constitucional Colombiana aplicará el fallo y tendrá que ser así para todos los desplazados forzados, no sólo para los que pertenecen a esa etnia indígena.

En lo referente a la otra parte, el demandado, difícilmente una entidad es la que produce la falla estructural, aunque existan "malhechores individuales". También se diferencia entre portavoz, causante del daño y destinatario, dado que el causante del daño no es el objeto de la forma del litigio, porque lo más importante no es el incidente, sino las acciones u omisiones que se han constituido como prácticas sostenidas, de las instituciones involucradas en el tema, que ocasionan ese daño y los costos y cargas que eso trae consigo.

[3] FULLER, Lon. "*The Forms and Limits of Adjudication"* en Harvard Law Review, vol. 94, núm. 2,1978, pág. 368. Véase en < http://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf> [con acceso 4 de mayo de 2018].

En este orden de ideas, el Tribunal tiene como objeto del litigio que las condiciones sociales que causan el daño dejen de existir, dado que no es suficiente con ajustar la situación a como era en el pasado, sino que la Corte debe asegurarse de emitir medidas encaminadas a que en el futuro estas condiciones no se presenten. Así, afirma Fiss que en el litigio estructural existe una fase inicial, media pero casi que no tiene un aparte final, porque el objeto hace que se presente una relación larga entre el juez y las instituciones, debido a que hay que diseñar e implementar remedios judiciales que eliminen del ordenamiento la negación de los derechos de los ciudadanos afectados, por tanto, no duda en afirmar que "la jurisdicción del tribunal dura hasta tanto persista la amenaza"[4].

El desafío lo constituye el diseñar los pasos que pongan fin a esa situación de manera permanente, corrigiendo las políticas públicas o previendo la aplicación de políticas distintas que se constituirán en el remedio judicial efectivo y justo, con una particularidad, el remedio debe estar sometido a revisión, dado que, al involucrar amenaza y valores constitucionales tan amplios, es difícil afirmar con precisión un remedio particular. Siguiendo a Tushnet el remedio será fuerte o débil dependiendo el enfoque que se le haya dado a los derechos, dado que, así será su exigibilidad judicial y ello se evidencia con el grado de amplitud y obligatoriedad de la orden que se emite[5].

En este contexto, ¿cuál es el rol del juez? Según el principio de separación estricta de poderes, el juez debería tener una postura restrictiva y abstenerse de decidir cuestiones políticas, puesto que, no tiene legitimidad popular, y estas cuestiones corresponden a las instituciones elegidas mediante el voto popular. Sin embargo, hay posturas encontradas, dado que, también otra parte de la doctrina asegura que cuando existan casos donde hay derechos que se violan, por no diseñar o ejecutar políticas públicas, los jueces deben ordenar remedios, diseñándolos e implementándolos.

Cabe anotar que las decisiones que se toman en el litigio estructural son de carácter distributivo, dado que el juez debe comenzar por recabar información, debido a que, es imposible que tenga toda la información y conocimiento necesario para solucionar casos tan complejos. Por lo tanto, debe conseguir información confiable y precisa para que se puedan

---

[4] FISS, Owen. "*The Supreme Court, 1978 Term. foreword: The Forms of Justice*". *Op. cit,* págs. 23-27.

[5] TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Edit. Princeton University Press, Princeton, 2009, págs. 79-85.

diseñar los remedios, sin embargo, no son solo las partes las que le van a brindar la información sobre el caso, el juez también va a invitar a que participen diversos actores, como representantes de instituciones académicas y de la sociedad civil en general, tal como por ejemplo, lo ha hecho la Corte Constitucional Colombiana con la Comisión de Seguimiento en la sentencia T-025 de 2004[6].

Es esa etapa de recabar información, todos los actores relevantes del proceso van a encontrar espacios de discusión de los que se espera que surja algún acuerdo, y el juez va a actuar de mediador entre ellos. Luego, debe definir las reglas del proceso, ordenar la presentación de planes y celebrar audiencias públicas encaminadas a encontrar soluciones que hagan cesar la violación de derechos. El juez supervisará y dirigirá el proceso, pero los que directamente van a encontrar la solución y a planificar las políticas, serán las partes[7].

En resumen, el litigio estructural se caracteriza por la multiplicidad de actores; la calificación de estructural de la conculcación de derechos; la exigencia de diseñar un remedio que debe ser sometido a planificación e implementación de largo alcance, todo lo anterior, permeado por la necesidad de respeto de la división de poderes[8].

Aristas del proceso en Colombia.

La promulgación en 1991 de la Constitución Colombiana, con espíritu progresista e innovador, radicó un punto de inflexión en Latinoamérica, denominado Nuevo Constitucionalismo en América Latina, debido a que, después del cambio constitucional colombiano, otros países como Ecuador, Bolivia y Venezuela, también introdujeron procesos

---

[6] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-025; M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004.

[7] BASCH, Fernando. "Breve introducción al litigio de reforma estructural. (Documento base para el Seminario "Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural)", Buenos Aires, 2010, págs. 11-14. Véase en < http://www.vancecenter.org/vancecenter/images/stories/vancecenter/breveintroduccionallitigiodereformaestructural.pdf> [con acceso 11 de mayo de 2018].

[8] COURTIS, Christian. "El caso "Verbitsky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", Colapso del sistema carcelario, ABRAMOVICH, Victor (CELS) (Dir.), Edit. XXI Siglo editores, Buenos Aires, 2005, pág. 113.

constituyentes, con procesos propios, encaminados a recuperar la soberanía popular y a propender por los derechos de los ciudadanos[9].

Años después de emitida la Constitución, estas fuerzas políticas que surgieron para la conformación de la Asamblea Constituyente se fueron debilitando, lo que conllevó a que algunas desaparecieran y otras quedaran sin la capacidad de ejercer un poder real. Lo anterior, aunado a la incapacidad política y administrativa ordinaria para resolver problemas urgentes y que en algunas ocasiones las políticas de gobierno no concordaban con el Estado Social de Derecho, ha conllevado al uso, en múltiples oportunidades, de la acción de tutela para lograr el cumplimiento de la Carta Magna.

Es así, que la Corte cumpliendo su deber de revisión de fallos de tutela ha podido definir el concepto, alcance, objeto, y procedencia de la misma, lo que, teniendo en cuenta el poder de la Corte y la eliminación de las barreras de acceso a la justicia que dio cabida a la participación de grupos marginales de la sociedad, dio las bases para la revolución de derechos que no se hubiera logrado solo con la Constitución de 1991[10].

Así, en un escenario de apertura económica neoliberal, violencia endémica, crisis de representación política, de movimientos sociales y oposición débil, la Corte, más allá de la acción de tutela ha tenido la oportunidad de, cómo se dijo anteriormente, pronunciarse sobre distintos temas en el país, los cuales, además, casi siempre son sensibles y difíciles. Es así, como la Corte ha podido seguir luchando por el proyecto ambicioso e idealista que introdujo la Constitución de 1991, convirtiéndose en una "súper Corte" con autoridad y capacidad de anular decisiones de otras Cortes y las otras ramas del poder"[11].

Está situación derivó en que sus fallos han logrado repercusiones sociales y políticas profundas, que han que han tenido gran impacto en la vida de los ciudadanos colombianos

---

[9] NOGUERA FERNANDEZ, Albert y CRIADO DE DIEGO, Marcos. "*La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina",* en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol.13, núm. 1, 2011, págs.19-27.

[10] WILSON, Bruce, "*Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia*", en Journal of Politics in Latin America Vol. 1 núm. 2, 2009, pág. 71. Véase en http://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jpla/article/view/40/40 [con acceso el 16 de smayo de 2018].

[11] UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "The Enforcement of social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?, GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Coord), Edit. Aldershot, England. Págs. 127-151.

por lo que han avivado la opinión pública con opiniones favorables y desfavorables[12] y no es extraño que hoy en el país la expresión "judicialización de la política colombiana" sea familiar a cualquier ciudadano. Esta expresión se define como:

> "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 jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales"[13]

Los ciudadanos la aprecian como una Corte cercana que percibe sus necesidades y, al contrario, muchos grupos empresariales y hasta el gobierno mismo, han tildado su jurisprudencia de populista e irresponsable, acusándolo de emitir fallos que desestabilizan la economía, intentando hasta limitar sus funciones[14].

El activismo judicial que ha ejercido se clasifica en ideológico y de recuperación. El primero surge cuando la existencia de un derecho es discutida y el juez busca conferir legalmente derechos específicos, ya sea innovando y reconociendo derechos que nunca antes habían sido conferidos o, garantizando derechos que han sido protegidos pero están amenazados por fuerzas políticas.

El activismo remedial se presenta cuando, si bien, el reconocimiento de los derechos no está en duda, su aplicación se exige por decisiones judiciales que son criticadas porque se considera que invaden competencias de otros poderes del Estado. Estas decisiones a su vez, pueden ser positivas o negativas, por ejemplo, cuando consagran prohibiciones son negativas pero cuando exigen al Estado el deber de hacer algo, se tornan positivas. Estas últimas muchas veces encuentran resistencias por restricciones presupuestarias o dificultades administrativas.

La actitud progresista de la Corte la ha llevado a asumir costos políticos difíciles de estimar en el contexto de fragmentación social colombiano y para evaluar la magnitud de los mismos, deben ser sopesados en cada caso. Los bloques contrarios a la Corte no han logrado

---

[12] CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales.* Edit. Legis, Bogotá, 2008, págs. 238-350.

[13] UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "*La Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*" en SUR- Revista Internacional de Derechos Humanos, núm. 6, págs. 53-69.

[14] CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales, Op. cit*, págs. 238-250.

estructurar una estrategia que logre desarticular su poder, sin embargo, el hecho de no tener a la opinión pública a su favor sí le puede comenzar a afectar y a quitar protagonismo.

Las críticas no se han hecho esperar. Uprimny las clasificó en anti técnicas, antidemocráticas, y perjudiciales para los derechos sociales. Las primeras hacen referencia a que los jueces deciden las malas políticas económicas al no tener en cuenta las restricciones presupuestarias. Las segundas tienen que ver con la falta de representación popular, debido a que, los magistrados no son elegidos por los ciudadanos y, por ello, no deberían tomar decisiones propias de los organismos de elección popular. Por último, las perjudiciales a los derechos sociales se enmarcan en el desgaste que supone para el ciudadano las movilizaciones sociales y la sobrecarga de la justicia al tener que resolver temas que no son su mayor responsabilidad.

Sin embargo, se coincide con Uprimny en que, a pesar que puede que los jueces no tengan conocimientos económicos profundos, un juez no ignora los efectos macroeconómicos de sus decisiones, pero las consecuencias financieras de los fallos no pueden convertirse en excusa para no desconocer los derechos de los ciudadanos, porque pasarían de ser autoridades independientes a cuerpos políticos, desvirtuando la cohesión social normativa del derecho[15].

No obstante, hay que tener presente, como se mencionó, que una de las características de la acción de tutela es que el fallo tiene efectos *interpartes* o, lo que es lo mismo, "sólo favorece o perjudica a las partes que hayan intervenido en el proceso"[16].

> Art. 86: "las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta"[17].

---

[15] UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "*La Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*" en SUR- Revista Internacional de Derechos Humanos, núm. 6, págs. 53-69.

[16] PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano.* Edit.Temis, Bogotá, 2004, págs. 279-279.

[17] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, de 20 de julio de 1991, GC núm. 116.

Sin embargo, el Tribunal en desarrollo de su jurisprudencia ha emitido fallos de tutela con diferentes efectos, que lo que buscan es extender el alcance de la decisión del caso concreto. Estos son: *inter partes, inter pares, inter comunis,* o los del estado *de cosas inconstitucional* y, por último, el "*erga omnes*". El *inter partes ya se* mencionó anteriormente*; el inter pares* se presenta cuando se decide inaplicar una norma y la resolución adoptada tiene efectos respecto de todos los casos semejantes, es decir *inter pares;*[18] La sentencia va a surtir efectos a futuro en todos los procesos con identidad de materia, para asegurar la efectividad de la Carta Magna[19].

En cuanto al efecto *inter comunis*, el alcance de la decisión aplica a terceros que no fueron parte del proceso, pero, comparten circunstancias comunes, es decir, pertenecen a un grupo de sujetos que denominamos comunidad como lo puede ser los pensionados, las madres cabeza de familia, etc.

> "Por lo anterior, en esta oportunidad la decisión de la Corte señala efectos *inter comunis* frente al proceso de liquidación obligatoria de la CIFM, en consideración a que todos los pensionados pertenecen a una comunidad, en situaciones de igualdad de participación, y con el fin de evitar entre ellos desequilibrios injustificados"[20].

También se encuentra, el que se hace referencia al efecto de los fallos cuando se acude a la figura jurisprudencial usada por la Corte y que se denomina *estado de cosas inconstitucional*. Como se pudo observar en estas sentencias, los alcances de la decisión de tutela han ordenado la adopción de políticas públicas o diversos programas a personas que no acudieron a la jurisdicción por medio de la interposición de una tutela, pero, que se encuentran en la misma situación y más adelante van a acudir a la acción de tutela.

---

[18] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 071; M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 27 de febrero de 2001.

[19] BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto. *De la interpretación legal a la interpretación constitucional.* Edit. Ibañez, Bogotá, 2010, pág. 255.

[20] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1023; M. P. Jaime Córdoba Triviño, 26 de septiembre de 2001.

En estos casos además, el mismo Tribunal, debido a la magnitud del problema, conserva la competencia instaurando un proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes que emite en búsqueda de la garantía de los derechos de los afectados[21].

Después de enunciar esos cuatro efectos en los fallos que puede tener la acción de tutela, se quiere afirmar que actualmente en Colombia la jurisprudencia que se emite en sede de revisión de fallos de tutela por la Corte Constitucional, constituye precedente judicial en el país, así solo tengan efectos *inter pares* o cualquiera de los anteriormente mencionados, por lo tanto, en la práctica esos fallos de tutela tienen efectos "*erga omnes*", aunque la Corte no lo señale.

En Colombia, el Tribunal Constitucional ha actuado en estos veintisiete años como el órgano de cierre de las jurisdicciones, ya que los distintos operadores jurídicos del país se acogen a sus decisiones e incluso a reflexiones que el juez constitucional incorpora en la decisión de los fallos.

Por esto se considera que en la Constitución de 1991, con la independencia que se le dio a la Corte, no solamente se creó un Tribunal autónomo, sino también creador de derecho, debido a que su jurisprudencia adquirió fuerza vinculante, aunque en un principio la Corte fue tímida y "declaró inexequible una disposición que decía que la jurisprudencia en materia constitucional sería criterio auxiliar obligatorio"[22].

No obstante, no hay que olvidar que la Corte Constitucional en sus fallos de acción de tutela se encuentra sometida al imperio de la Constitución y de su papel de garante de los derechos fundamentales, que es el principal fundamento de la legitimidad de sus actuaciones y de la jurisdicción como autónoma de demás poderes, debido a que los derechos fundamentales se deben garantizar de manera incondicionada, porque son los que fundamentan la democracia sustancial y son la base de la independencia del poder judicial, más que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley[23]

---

[21] RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. "El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009)", Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord); Edit.Uniandes, Bogotá, 2009, pág. 27.

[22] CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Op. cit,* Pág. 108.

[23] CÁRCOVA, Carlos María. *"Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada",* en revista Jueces para la democracia, núm. 24, 1995, pág. 2.

Es así como se concibe y se exige que las Cortes y, especialmente la Constitucional, cuando actúa en el ámbito de revisión de tutelas sea imparcial, independiente y coherente con la Carta fundamental, más aún, cuando en ese escenario se erige como última instancia y en caso de ser procedente esa acción de tutela, la decisión final que se tome será la decisión que se debe tener en cuenta en materia de precedente.

No obstante, dentro del activismo judicial la Corte inicia con un rol de supervisora sobre las acciones u omisiones del poder ejecutivo en casos como por ejemplo, la protección de derechos de los desplazados forzados. Así, el tribunal le ha indicado al Gobierno los derroteros que debe seguir al fijar los criterios que determinaran cuando se considera protegido el derecho.

Estos procesos han propiciado un constitucionalismo asistencialista que, aunque no se logré la protección material de los derechos, llena de esperanza a los afectados porque sienten que por fin alguien los escucha, los representa y los protege. La Corte, a través del litigio estructural, ha generado optimismo y esperanza en la situación de millones de personas dentro del país, y esto es un elemento decisivo para cualquier intento de cambio social[24], como el que pretende conquistar la Corte.

Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas esferas del país, el sentimiento de impotencia aminora y surge un proceso con espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de políticas públicas.

[24] FROMM, Erich. *La revolución de la esperanza: hacia una tecnología humanizada,* Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, págs. 9-34.

BIBLIOGRAFÍA.

BASCH, Fernando. “Breve introducción al litigio de reforma estructural. (Documento base para el Seminario "Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural)", Buenos Aires, 2010, págs. 11-14. Véase en < http://www.vancecenter.org/vancecenter/images/stories/vancecenter/breveintroduccionallitigiodereformaestructural.pdf> [con acceso 11 de mayo de 2018].

BLANCO ZUÑIGA, Gilberto Augusto. *De la interpretación legal a la interpretación constitucional.* Edit. Ibañez, Bogotá, 2010, pág. 255.

CÁRCOVA, Carlos María. *“Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada”,* en revista Jueces para la democracia, núm. 24, 1995, pág. 2.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales.* Edit. Legis, Bogotá, 2008, págs. 238-350.

CHAYES, Abram. “*The role of the judge in public law litigation*” en Harvard Law Review*,* vol. 89, num. 7, 1976, págs.1281-1284.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, de 20 de julio de 1991, GC núm. 116.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 071; M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 27 de febrero de 2001.

- Sentencia SU-1023; M. P. Jaime Córdoba Triviño, 26 de septiembre de 2001.
- Sentencia T-025; M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004.

COURTIS, Christian. “El caso “Verbitsky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, Colapso del sistema carcelario, ABRAMOVICH, Victor (CELS) (Dir.), Edit. XXI Siglo editores, Buenos Aires, 2005, pág. 113.

FISS, Owen. “*The Supreme Court, 1978 Term. foreword: The Forms of Justice*", en Harvard Law Review, vol. 93, núm. 1, 1979, pág. 21. Véase en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers> [con acceso 3 de mayo de 2018]. (Traducción propia).

FROMM, Erich. *La revolución de la esperanza: hacia una tecnología humanizada,* Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, págs. 9-34.

FULLER, Lon. "*The Forms and Limits of Adjudication"* en Harvard Law Review, vol. 94, núm. 2,1978, pág. 368. Véase en < http://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf> [con acceso 4 de mayo de 2018].

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Coord), Edit. Aldershot, England. Págs. 127-151.

NOGUERA FERNANDEZ, Albert y CRIADO DE DIEGO, Marcos. "*La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina",* en Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol.13, núm. 1, 2011, págs.19-27.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano.* Edit.Temis, Bogotá, 2004, págs. 279-279.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. "El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009)", Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord); Edit.Uniandes, Bogotá, 2009, pág. 27.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Edit. Princeton University Press, Princeton, 2009, págs. 79-85.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "The Enforcement of social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?,

- "*La Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*" en SUR- Revista Internacional de Derechos Humanos, núm. 6, págs. 53-69.

WILSON, Bruce, "*Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia*", en Journal of Politics in Latin America Vol. 1 núm. 2, 2009, pág. 71. Véase en http://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jpla/article/view/40/40 [con acceso el 16 de smayo de 2018].