

III. LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA EN LOS PODERES DEL ESTADO

¿LOS TRIBUNALES COMO ANTIGUOS PARLAMENTOS? —EL LUGAR DONDE LAS DECISIONES DEBEN SER TOMADAS EN TIEMPO DE CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA—

Benedetta BARBISAN*

SUMARIO: I. Introducción. El Poder Judicial y la crisis de representación política: ¿una metamorfosis constitucional? II. Entre los planteos individuales y los reclamos comunes: la función judicial y el rol legislativo en el ECtHR y el derecho de casos del Tribunal Constitucional colombiano. III. Entre demandas individuales y querellas comunes: sentencia judicial y rol legislativo en el contexto de crisis de representación política.

I. INTRODUCCIÓN. EL PODER JUDICIAL Y LA CRISIS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA: ¿UNA METAMORFOSIS CONSTITUCIONAL?

En nuestros días, la consideración otorgada al Poder Judicial resulta fastuosa. La literatura del derecho constitucional le dedica profusos estudios: algunas jurisdicciones experimentan una corriente siempre creciente de nuevos aportes. Los jueces y los integrantes de las cortes suprema o tribunales constitucio-

* Profesora adjunta de derecho constitucional comparado en la Universidad de Macerata. El presente artículo se ha beneficiado de los debates y comentarios postulados en el Coloquio BIANUAL de la Asociación Italiana de Derecho Comparado (AIDC), “Ius Dicere in a Globalised World”, celebrado en Nápoles en junio de 2017, y en el Congreso Internacional de Teoría Constitucional, “Democratic Decision-Making and Constitutional Form”, que tuvo lugar en Córdoba (Argentina) en septiembre de 2017. También, fue muy estimulante la invitación en septiembre de 2017 de la Escuela de Magistratura de Salta a exponer estas ideas a sus afiliados. La autora desea agradecer a Nicola Paccamiccio por su asistencia en la investigación y a Giuliano Amato, Ignacio Colombo Murúa, Patricia Colombo Murúa, Justin Orlando Frosini, James Gardner, Christopher McCrudden, Pablo Riberi, Sofia Sagüés y, como siempre, a Cesare Pinelli por su generoso aliento, esclarecedores comentarios y paciente atención.

nales son vistos a menudo como heraldos de la libertad, sujetos que dejan una marca indeleble en la vida diaria de tantas minorías invisibles y olvidadas. En resumen, hacen justicia armonizando la cultura de la mayoría con viejas y nuevas pretensiones de derecho.

Los jueces parecen estar involucrados en una misión común, a pesar de las variaciones nacionales y jurídicas y, en cierta medida, parecen hablar un idioma universal. Recuerdo haber debatido el rol de los tribunales con Margaret H. Marshall, la entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de Massachusetts, y esta es exactamente la manera en que ella describió la posición de los jueces: involucrados en la misma empresa cultural (más amplia que la dimensión jurídica); desafiados por asuntos recurrentes y en la búsqueda de soluciones comunes. Cuando hablamos, en el otoño de 2003, eran las semanas posteriores a que se diera a conocer el trascendental caso *Goodridge v. Department of Health*¹ —caso que reconocía a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse en Massachusetts— con una opinión de la mayoría firmada por la misma jueza Marshall—. Sólo cinco meses antes, la Suprema Corte de Estados Unidos había allanado el camino para esta decisión al revocar con *Lawrence v. Texas*² la ley de sodomía en Tejas y, por extensión, invalidaba las leyes de sodomía en otros trece estados, logrando que la libertad sexual homosexual estuviera garantizada constitucionalmente en todo el país. *Lawrence*, de algún modo, había llegado a escena incluso de manera más disruptiva, habiendo derogado el precedente establecido en *Bowers v. Hardwick*³ —aun cuando, en los dieciséis años transcurridos desde 1986, varias cortes supremas estatales⁴ ya habían desarrollado la metáfora de laboratorio que el juez Brandeis había pergeñado—. ⁵ Esto es, fueron conscientes de que los tribunales estatales son libres de interpretar sus propias Constituciones y, por lo tanto, de otorgar más protección a los derechos individuales que la Constitución federal.⁶ Ellos juzgaron repetidamente en

¹ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

² 539 U.S. 558 (2003).

³ 478 U.S. 186 (1986).

⁴ Fueron la suprema corte de Kentucky —*Commonwealth of Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (1992); el tribunal de apelaciones de Tennessee— *Campbell v. Donsundquist*, 926 S.W.2d 250 (1996); la suprema corte de Montana —*Gryczan v. Montana*, 942 P.2d 112 (1997); y la suprema corte de Georgia— *Powell v. State*, 510 S.E.2d 18 (1998).

⁵ “Laboratorio de la democracia” es una frase utilizada por el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Louis Brandeis, en *New State Ice Co. v. Liebmann* (285 U.S. 262 (1932)), para describir cómo “un estado puede, si así lo eligen sus ciudadanos, servir como laboratorio; y probar experimentos económicos y sociales nuevos sin riesgo para el resto del país”.

⁶ Friesen, J., “State Courts as Sources of Constitutional Law: How to Become Independently Wealthy”, 72, *Notre Dame Law Review* 1065, 1997. Véase Brennan, Jr., William J.,

contra de *Bowers*. Entre otras cosas, *Lawrence* también había sido una de las primeras decisiones en las cuales la Suprema Corte de Estados Unidos había citado abiertamente un juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dudgeon v. United Kingdom*,⁷ remarcando que mientras *Bowers* había afirmado que confiaba en valores que los Estados Unidos compartían con una “civilización más amplia”, los valores de *Bowers* habían empero estado refutados en *Dudgeon* y, más tarde, rechazados también en *Norris v. Ireland*⁸ y en *Modynos v. Cyprus*.⁹ *Lawrence*, finalmente, en una comunión ideal, se había reinsertado en aquella civilización más amplia que proponían los jueces de Estrasburgo. Como resultado final, este proceso de estratificación judicial, que duró casi dos décadas, finalmente produjo las primeras licencias de matrimonio de parejas del mismo sexo emitidas en Massachusetts en mayo de 2004.

Según lo conversado en la legislatura de Massachusetts con la jueza Marshall, en las audiencias con vistas a la legislación sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo había sido este diálogo indirecto de voces judiciales entrelazadas —a veces de acuerdo y otras en desacuerdo—, lo determinante. Es posible, de tal suerte, que la especial comunidad de jueces pueda de algún modo contribuir efectivamente a explicar la presente popularidad que tiene el Poder Judicial. Después de todo, ¿qué otro organismo o actor institucional, caracterizado por una camaradería profesional análoga, puede jactarse hoy en día de tener la misma atención de parte de los académicos y un reconocimiento universal comparable?

Sin embargo, esto es algo más que una pregunta retórica: el peso de los tribunales en todo el mundo difiere sorprendentemente a partir de la escasa calidad y favor de otras instituciones públicas, especialmente aquellas que representan al pueblo, bendecido y agobiado con la responsabilidad política. Cabe cuestionarse entonces qué observaciones son apropiadas para explicar este éxito judicial cuando éstas se contextualizan en función del marco provisto por la crisis de representación política, crisis que parece tornar a las otras instituciones inadecuadas para resolver las demandas públicas que surgen a causa de la distancia que separa a las concretas posibilidades reparatorias del derecho, en función de las necesidades de sujetos y de grupos, de las demandas reales propuestas por el pueblo. Contrariamente,

“State Constitutions and the Protection of Individual Rights”, 90, *Harvard Law Review* 489, 1977.

⁷ Aplicación núm. 7525/76.

⁸ Aplicación núm. 10581/83.

⁹ Aplicación núm. 15070/89.

en la imaginación colectiva, los tribunales parecen más adecuados que las legislaturas y los gobiernos para satisfacer y dar respuesta a los reclamos de agraviados en toda causa donde hayan requerido la actuación de la justicia. Como lo escribió claramente el juez Anthony Kennedy en el caso *Obergefell v. Hodges*, que en 2015, eventualmente, extendió la protección de la Constitución federal a los matrimonios del mismo sexo: “cuando un nuevo entendimiento revela el desajuste entre las protecciones de la Constitución y una restricción jurídica establecida, debe abordarse el mismo como un llamado a la libertad”.¹⁰ Y así, los interlocutores naturales no parecen ser otros que los tribunales.

La idea central del presente artículo es que, en la presente crisis de representación y de las instituciones representativas (cuando menos votamos, estamos menos proclives a enrolarnos en partidos políticos, mientras en la política “resuena con el murmullo de la política antipolítica; de la representación antirepresentativa”;¹¹ también, cuando los problemas públicos se vuelven tan complejos que los representantes son cada vez más incapaces de involucrarse, y menos aun de resolver los asuntos importantes de nuestros tiempos; cuando la incertidumbre del presente se convierte en una fuerza individualizante poderosa en virtud de la cual “los desastres más terribles golpean al azar, eligiendo sus víctimas con una lógica bizarra o sin ninguna lógica, esparciendo sus golpes de forma caprichosa, de manera que no hay forma de anticipar quién será condenado y quién se salvará”);¹² el Poder Judicial puede convertirse en depositario de las esperanzas de justicia que parecen constituir el núcleo de la representación política de hoy en día.

En este contexto, la dinámica de este fortalecido énfasis en el Poder Judicial merece ser traída a la luz, a través del análisis de los mecanismos por medio de los cuales los tribunales son capaces de ejercer influencia sobre la resolución tentativa de los problemas sistémicos, con motivo de peticiones individuales, confrontando los conceptos tradicionales del constitucionalismo, como la división de poderes y la responsabilidad política.

Con este objetivo, y en escenarios constitucionales afectados, por varias razones vinculadas con la crisis de la representación política, cuando los reclamos se presentan al Poder Judicial, son asumidos, sin lugar a dudas, como el síntoma y la manifestación de un padecimiento común. Así, luego, es necesario diseñar técnicas jurisdiccionales especiales que permitan a los tribunales, abordar temas generales o reclamos comunes subyacentes detrás

¹⁰ 576 U.S. (2015), 11.

¹¹ Tormey, Simon, *The end of Representative Politics* 2, 2015.

¹² Bauman, Zygmunt, *The Individualized Society* loc 428, 2001.

de cada apelación individual. Con respecto a esto, guardan especial significado los procedimientos y modos de acceso implementados por el Tribunal Constitucional de Colombia (por medio de la *acción de tutela* y con la *doctrina del Estado de situación inconstitucional* —DESI—). Asimismo, cabe notar la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en más ECtHR) con el *procedimiento de juicio piloto*, el cual se caracteriza por haber marcado un cambio desde la sentencia individual a un rol de tipo legislativo.

Estos casos son ejemplos dentro de una misma categoría de transformaciones. Aquí se unen los reclamos individuales con las pretensiones colectivas, habilitándose al mismo tiempo, resolver la demanda individual, y abordar problemas sistémicos que afectan a una cantidad más vasta de individuos, reunidos por defecto de servicios, estructuras e instituciones públicos que, por variadas razones, no han sido atendidos por el Poder Legislativo o el Ejecutivo. Con un cierto grado de provocación, es como si estos tribunales se ven hoy como algunos parlamentos ingleses antiguos, es decir, como organismos complejos, dentro de los cuales los elementos judiciales y legislativos, las funciones jurídicas y políticas, parecen verse mezcladas.

Es tan sólo una idea falazmente enraizada en la mentalidad de la gente que los primeros parlamentos ingleses sólo tenían como propósito principal la legislación. Ésta es una idea inadecuada que ve su función como un desarrollo derivado del principio de la representación política. Por el contrario, en sus comienzos, los parlamentos ingleses solían tener los roles judicial y representativo juntos, y sólo con el progreso de esta institución se privilegió el carácter legislativo y representativo como su *raison être*.

Del tal modo, ¿están los organismos judiciales contemporáneos destinados a remontar contracorriente hacia las bases mismas del constitucionalismo para transformarse nuevamente en una mezcla de componentes judiciales y representativos? ¿Seremos acaso testigos durante un lapso prolongado de un ostensible cambio constitucional por el cual el Poder Judicial tome provecho de esa confianza transferida por la gente desde instituciones representativas hacia organismos más profesionales? ¿Es posible que ello permita a los tribunales adquirir un papel más influyente y relevante para resolver padecimientos de impacto colectivo abordando peticiones individuales?

La pregunta de fondo del presente artículo es, entonces, si el resurgimiento de esta combinación entre la resolución de casos judiciales individuales y medidas correctivas pueden ayudar a atacar problemas estructurales atrapados dentro del trasfondo de la crisis de representación política, y si esta situación, dentro del mediano y el largo plazo, puede estar indicando una metamorfosis constitucional.

Tanto la Carta Europea de los Derechos Humanos (ECHR), aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (EctHR), como las normas constitucionales aplicadas por el Tribunal Constitucional colombiano, no asoman, en verdad, como excepcionalmente transformadoras en materia de adjudicación de derechos ni en materia de activismo legislativo judicial. No hace falta decirlo, empero, cada interpretación judicial trae consigo un elemento de innovación y repercusiones políticas.¹³ Lo que parece importante aquí, en cualquier caso, es que estos tribunales han ido redefiniendo sus técnicas para entrar en diálogo con las otras ramas del poder.

Con *la crisis de representación política* como telón de fondo, más importante aún, es que, involucrados en un mismo plan, lo han hecho alentando, guiando, impulsando ciertas políticas públicas que son definidas por otras autoridades públicas. Según una suerte de heterogénesis de propósito, luego, el resultado posible de estas técnicas, instaladas dentro de la crisis de representación política, apuntan a desbordar los objetivos originales para intentar resolver disputas de manera más eficiente. Así, la intención es superar los confines de los casos concretos para abordar temas generales y problemas de políticas públicas.

Muchos otros ejemplos podrían haber resultado útiles para probar la tesis del presente artículo y no sólo la jurisprudencia del ECtHR y del Tribunal Constitucional colombiano. Hay seis razones, sin embargo, que hicieron que la selección de dichos tribunales fuera significativa.

En primer lugar, como se ha dicho anteriormente, ambos cimeros tribunales contemplan mecanismos para desplazarse desde el caso individual hasta el problema sistémico: es el *procedimiento de juicio piloto* para el ECtHR y es la *acción de tutela* junto con la *doctrina del Estado de situación inconstitucional* (DESI) para el Tribunal Constitucional colombiano. El primero es un mecanismo de aplicación genérica utilizado por el ECtHR desde 2004. Con relación a un mismo país, la intención es disminuir el número de trámites por el mismo asunto y evitar demoras en su trabajo. La segunda es un mecanismo de acción individual tutelar dentro de la esfera del Poder Judicial, y eventualmente del Tribunal Constitucional, que, habiendo sido establecido por la Constitución de 1991 (por medio de la acción de tutela), ha permitido al máximo tribunal colombiano administrar reparaciones estructurales (por medio de la DESI).

En segundo lugar, en ambos casos, estas dos técnicas de sentencia piloto y de la tutela efectiva a través de la DESI, ya estaban de alguna ma-

¹³ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, 12, *German Law Journal* 979, 2011.

nera reguladas respectivamente por la doctrina de la ECHR y en la misma Constitución colombiana de 1991. Sea como fuere, los dos tribunales han desarrollado sendas doctrinas para profundizar el efecto de sus decisiones y guiar políticas públicas que no han llegado en tiempo oportuno.

En tercer lugar, ambos tribunales funcionan dentro de sistemas de normas que garantizan el acceso individual a la tutela jurisdiccional. Tal característica, sin duda, es una fortaleza en ambos sistemas con relación a otros dispositivos judiciales alternativos. A propósito de ello, el artículo 34 de la ECHR estipula que

...el Tribunal puede recibir solicitudes de cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos que aleguen ser víctimas de alguna violación de los derechos estipulados en la Convención o los Protocolos complementarios, perpetrados por parte alguna de los Estados miembros. Las Partes Contratantes se comprometen a no obstaculizar de ninguna manera el ejercicio efectivo de este derecho.

La acción de tutela, a su turno, es un mecanismo remedial estipulado por el artículo 86 de la Constitución colombiana, que prescribe:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La acción de tutela se ha sido diseñada para facilitar el acceso a la justicia y a la adjudicación de derechos. En verdad, teniendo prioridad respecto de otros procedimientos, se trata de un medio que no es costoso, y medio siendo expedito, debe estar resuelto dentro de los diez días corridos desde su presentación. El mismo no debe ser obligatoriamente deducido por un abogado ni debe tratarse de un caso particular donde necesariamente estén afectados los intereses del demandante. Es, sencillamente, un remedio judicial que permite fortalecer las demandas de actores públicos, y también privados. En suma, la acción de tutela garantiza que todo ciudadano pueda gozar de remedios preestablecidos para la protección de sus derechos a través de un rápido acceso a un juez y, eventualmente, al mismo Tribunal Constitucional.

De suerte que, una vez que estos tribunales toman distancia respecto del objetivo original del reclamo individual, se vuelve entonces factible que

algunos problemas sobre la protección real de los derechos del agraviado puedan todavía ser percibidos como resultado de los efectos más generales que, en aras del bienestar común, la misma sentencia judicial pudiera estar prohiendo.

En cuarto lugar, los tribunales son “populares” y gozan de una buena reputación, en el sentido de que han tenido un aumento considerable de requerimientos presentados cada año: para el caso del ECtHR, sólo al comparar los primeros seis meses de 2016 y 2017, los requerimientos han aumentado de 24,650 a 37,550, con un incremento de un 52%. Si se observan también, los requerimientos decididos en el mismo periodo de tiempo fueron 18,632 en 2016 y 36,237 en 2017, con un aumento del 94%. Los juicios sustanciados (997 contra 1,192) han crecido un 20%, mientras que las decisiones con las cuales las solicitudes fueron rechazadas o declaradas inadmisibles, pasaron de 17,635 a 35,045 (un aumento del 99%).¹⁴ Por otro lado, una visión general del trabajo del ECtHR desde 1959 hasta 2016 muestra que el Tribunal ha realizado 19,500 juicios, pero, a pesar de que el número de juicios ha decrecido con el tiempo, lo cierto es que se han examinado más requerimientos.¹⁵ En 2010, el presidente del ECtHR, Jean-Paul Costa, abrió el año judicial remarcando que si el Tribunal hubiera dejado de aceptar nuevos casos en ese momento, habría llevado unos buenos quince años abordar el volumen total de los reclamos registrados.¹⁶

En el caso del Tribunal Constitucional colombiano, en 2014 se presentaron 498,240 pedidos de tutelas en todo el país, y el Tribunal revisó sólo un pequeño porcentaje de ellas (789). Si observásemos también la tendencia desde los comienzos de la intervención del Tribunal en 1991, el número total de procesos por tutelas ha aumentado de manera notable y consistente, al pasar de 20,181 en 1993 a 131,764 en 2000 y 344,468 en 2008.¹⁷

Entre 1993 y 2004, los datos comprueban que los pedidos de tutelas presentadas al Tribunal Constitucional pasaron de 20,000 a 198,000. En la justicia administrativa, en 2004 las solicitudes de tutelas llegaban a ser el 74.69% de la totalidad de las peticiones presentadas, mientras que la justi-

¹⁴ Estos datos son extraídos de informes estadísticos disponibles en el sitio web del ECtHR, en particular, *ECtHR Statistics 1/1-30/6/2017 (compared to the same period of 2016)*, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2017_ENG.pdf.

¹⁵ *Overview ECHR 1959-2016*, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592016_ENG.pdf.

¹⁶ Informe Anual del ECtHR de 2010, disponible en: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>.

¹⁷ Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases 14-15*, 2017.

cia administrativa tenía registros del 25.31%. Los datos se vuelven aún más reveladores cuando se considera que desde 1992 el Tribunal Constitucional ha reconocido la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través del procedimiento de tutelas, siempre que éstos estén vinculados a un derecho fundamental como puede ser la vida o la dignidad humana. Los derechos reclamados —como los DESC— a través del procedimiento de las llamadas “tutelas”, confirman, de paso, la demanda social por la justicia constitucional en Colombia.¹⁸

Ciertamente, estos datos básicos sin mayor meticulosidad permiten, empero, dar crédito tanto a la conciencia entre los ciudadanos sobre qué recursos existen y cómo pueden ser implementados a como quizá, qué mecanismos y vías son efectivamente apropiados para dar curso a las demandas individuales. La pregunta sobre si este “éxito” creciente está motivado por la desconfianza del pueblo hacia los poderes representativos es una cuestión que va más allá de lo que puede explicar el presente artículo. Sin embargo, la mera probabilidad de que hoy pueda existir alguna correlación entre los dos factores o de que la misma pueda desarrollarse incluso en el futuro cercano es suficiente para que valga la pena la exploración de esta especulación.

En quinto lugar, es claro que estos dos tribunales operan en dos contextos constitucionales muy distintos; uno es un tribunal constitucional y el otro es un tribunal supranacional. Ambos actúan en dos realidades también distantes. Sin embargo, es interesante ver que tanto un tribunal supranacional como un tribunal constitucional han desarrollado instrumentos para potenciar su capacidad de persuasión a las instituciones domésticas y a otros poderes. El objetivo común es introducir reformas necesarias y a veces políticamente sensibles. En este sentido, las instituciones del Consejo de Europa y el ECtHR auspiciaron el procedimiento del “juicio piloto” para preservar la eficiencia de su trabajo y para robustecer la efectividad de la ECHR. De todos modos, lo hicieron también con el objetivo de proyectar mayor influencia política a nivel nacional. Del otro lado, el Tribunal Constitucional colombiano aprovechó el procedimiento establecido para la acción de tutela (y la DESI) con la intención de recalibrar el vínculo entre las normas abstractas con las necesidades reales extraídas del derecho, la política y la sociedad.

Por otra parte, existen algunas similitudes con respecto a las dificultades del poder político y la manifestación de la crisis de representación política:

¹⁸ Los datos son extraídos de Iturralde, Manuel, “Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change”, en Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism in the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, 380, ff. 2013.

en ambos contextos son atacadas. En Colombia, la mayoría de las promesas encarnadas en la Constitución de 1991 no fueron honradas. Y así, la tan anhelada paz no pudo ser inmediatamente alcanzada. La reconfiguración institucional nunca ocurrió, en tanto que el Congreso permaneció primero monopolizado por los dos partidos tradicionales (liberal y conservador) y luego pasó a estar sitiado por grupos y movimientos activos,

...muchos de corta duración y sin una plataforma ideológica sólida. Más aun, el Congreso continuó viéndose plagado de escándalos... El resultado de estos factores revela que el Congreso no se ha convertido en una ventana de influencia poderosa y coherente para la creación de políticas públicas. El poder ejecutivo sigue siendo el lugar de poder, aun cuando hoy es controlado por un tribunal constitucional poderoso.¹⁹

El Tribunal, entonces, ha permanecido como la principal institución encargada del desarrollo de una cultura constitucional.

En términos más generales, puede afirmarse que el contexto político en el que ha operado el Tribunal —con un presidente extremadamente poderoso; un Congreso perceptiblemente débil, disfuncional, y clientelista; y frente a ante desafíos recurrentes por fallas regulatorias y escaso rendimiento burocrático—, el activismo del Tribunal ha sido un lógico desenlace.²⁰

La situación alrededor del ECtHR es diferente, aunque con la recurrencia de algunos temas subyacentes. Me refiero a los problemas que causaron el establecimiento de los juicios piloto: de hecho, los primeros juicios pilotos afectaron casi exclusivamente a países de Europa del Este, que por entonces estaban inmersos en su transición desde un régimen comunista a un sistema de gobierno democrático. Por caso: Polonia,²¹ Bosnia y Herzegovina,²² Rumania,²³ Rusia,²⁴ Moldavia,²⁵ Ucrania,²⁶ con el agregado de Grecia.²⁷ Lo cierto es que todos estos casos están caracterizados por un sentido de ex-

¹⁹ Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional...*, cit., p. 17.

²⁰ *Ibidem*, p. 18.

²¹ Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland* (GC) (22 June 2004) and Eur. Court. H. R., *Hutten-Czapska v. Poland* (GC) (19 June 2006).

²² *Ibidem*, *Suljagic v. Bosnia and Herzegovina* (3 November 2009).

²³ *Ibidem*, *Maria Atanasiu and Others v. Romania* (12 October 2010).

²⁴ *Ibidem*, *Burdov v. Russia no. 2* (15 January 2009).

²⁵ *Ibidem*, *Olaru and Others v. the Republic of Moldova* (28 July 2009).

²⁶ *Ibidem*, *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine* (15 October 2009).

²⁷ *Ibidem*, *Athanasiou and Others v. Greece* (21 December 2010).

tendida disfunción burocrática y una falta real de capacidad estatal. Pero la sentencia piloto no se ha limitado sólo a esos países, sino que ha involucrado incluso a Bélgica, Alemania, Italia y al Reino Unido. Todos ellos, ocasionalmente, han protagonizado esta experiencia. De modo que, a pesar de obvias diferencias, la comparación entre estos dos tribunales y, de ambos escenarios, muestra una misma concepción del Poder Judicial, típica de los países del “Sur global”, y también la situación de un tribunal supranacional altamente influyente.

Finalmente, la comparación entre estos dos tribunales es particularmente viable porque ambos han dictado fallos sobre los derechos fundamentales de las personas en prisión. Naturalmente, éste no es el único tema tratado por el ECtHR con la sentencia piloto y por el Tribunal Constitucional colombiano por medio del procedimiento de la tutela (y la DESI); estos tribunales han analizado las condiciones inhumanas y/o degradantes de detención;²⁸ han tratado violaciones recurrentes sobre el derecho a la protección de la propiedad²⁹ o el derecho a sufragar de reclusos condenados,³⁰ o han esclarecido el prolongado incumplimiento —sin mecanismos remediales— de las decisiones del tribunal,³¹ o se han avocado a la duración excesiva de los procedimientos —sin mecanismos judiciales domésticos³²—; o resuelto la falta de regularización del estatus de residencia de aquellas personas ilegalmente desplazadas del registro de residentes permanentes.³³

La acción de tutela sólo ha sido diseñada para proteger “derechos constitucionales fundamentales”. Ello es así, aun cuando la Constitución no propone una definición clara sobre cuáles derechos se corresponden

²⁸ *Ibidem*, *Ananyev and Others v. Russia* (10 January 2012), *Torreggiani and Others v. Italy* (8 January 2013), *Neshkov and Others v. Bulgaria* (27 January 2015), *Varga and Others v. Hungary* (10 March 2015), *W.D. v. Belgium* (6 September 2016), *Rezmives and Others v. Romania* (25 April 2017).

²⁹ *Ibidem*, *Broniowski v. Poland* (GC) (22 June 2004); *Hutten-Czapka v. Poland* (GC) (19 June 2006), *Suljagic v. Bosnia and Herzegovina* (3 November 2009), *Maria Atanasiu and Others v. Romania* (12 October 2010), *Manushage Puto and Others v. Albania* (31 July 2012), *M.C. and Others v. Italy* (3 September 2013), *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Serbia and Slovenia* (GC) (16 July 2014).

³⁰ *Ibidem*, *Greens and M. T. v. the United Kingdom* (23 November 2010).

³¹ *Ibidem*, *Burdov v. Russia (no. 2)* (15 January 2009), *Olaru and Others v. the Republic of Moldova* (28 July 2009), *Yurik Nikolayevich Ivanov v. Ukraine* (15 October 2009), *Gerasimov and Others v. Russia* (1 July 2014).

³² *Ibidem*, *Rumpf v. Germany* (2 September 2010), *Athanasίου and Others v. Greece* (21 December 2010), *Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria* and *Finger v. Bulgaria* (11 May 2011), *Ümmühan Kaplan v. Turkey* (20 March 2012), *Michelioudakis v. Greece* (3 April 2012), *Glykantzi v. Greece* (30 October 2012), *Rutkowski v. Poland* (7 July 2015), *Gazsó v. Hungary* (16 July 2015).

³³ *Ibidem*, *Kurić and Others v. Slovenia* (GC) (26 June 2012).

con esa definición, salvo lo prescrito por el artículo 85, que sin incluir a los DESC enumera los derechos inmediatos reconocidos. Sin embargo, la lectura abierta y no estrictamente ceñida al texto de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional ha permitido la justiciabilidad de los derechos sociales a través del procedimiento de la tutela. Precisamente, este es uno de los logros más sobresalientes alcanzados por el Tribunal, que, por caso, habiendo reconocido el derecho a la salud como derecho fundamental, logró que algunos aspectos de éste pudieran ser obligatorios por medio de la tutela.³⁴ Este punto de vista se confirma, también, respecto del derecho al acceso al agua para consumo humano.³⁵ Y, en lo que respecta al DESI, por primera vez, éste utilizó esta vía para tratar la sobrepoblación y otras condiciones lacerantes en las prisiones del país.³⁶ Pero donde mejor se advierte —y a más amplia escala— esta alternativa, fue en un caso donde personas desplazadas internamente demandaron la intervención del Tribunal.³⁷

En lo que sigue, entonces, el presente artículo ilustrará dos ejemplos de planteos individuales y reclamos comunes (B): el primero alude a la jurisprudencia del ECtHR valiéndose del procedimiento de juicio piloto (B.I), y el segundo refiere al Tribunal Constitucional colombiano que resuelve una acción de tutela combinada con la DESI (B. II); luego, se expondrá el fenómeno de la judicialización de los tribunales (C), y analizando en ello tres factores que inducen una posible metamorfosis constitucional del Poder Judicial en tiempos de crisis de representación política: la política de derechos como fuerza individualizante (C.I); la percepción de las instituciones que diseñan las políticas públicas (C.II), y la debilidad de la política representativa (C.III). Considerado todo esto, el presente artículo explorará la posibilidad de que algún día puede tener lugar una metamorfosis constitucional. Ésta marcaría que los tribunales se conviertan en un híbrido: un tanto organismo judicial, otra tanta institución legislativa, reemplazando las instituciones representativas tradicionales. La razón de esta transformación estaría marcada por la intención de atraer la confianza de la gente. (D). ¿Están acaso los tribunales destinados a reconvertirse en lo que alguna vez supieron ser los antiguos parlamentos británicos en el comienzo de su historia?

³⁴ Decisión T-760 of 2008 (per Justice Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁵ Decisión T-418 of 2010 (per Justice Mauricio González Cuervo).

³⁶ Decisión T-153 of 1998 (per Justice Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁷ Decisión T-025 of 2004 (per Justice Manuel José Cepeda Espinosa).

II. ENTRE LOS PLANTEOS INDIVIDUALES Y LOS RECLAMOS COMUNES: LA FUNCIÓN JUDICIAL Y EL ROL LEGISLATIVO EN EL ECtHR Y EL DERECHO DE CASOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

1. *El procedimiento de juicio piloto del ECtHR*

Desde comienzos de 2000, dentro de las bases de la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR), y, notablemente, en el artículo 46(1), el cual prevé que “Las partes contratantes se comprometen a cumplir con la sentencia del Tribunal en cualquier caso del que sean partes”, el ECtHR ha podido desarrollar el aludido procedimiento de juicio piloto. El primer fallo piloto tuvo sentencia en 2004 en el caso *Broniowski v. Poland*. En este caso, se analizó la situación de las propiedades situadas en las provincias del este de Polonia, las cuales, durante la preguerra eran conocidas como “Borderlands”. Estas propiedades incluían grandes territorios de lo que hoy en día es Bielorrusia, Ucrania y Lituania. En septiembre de 1939, esas regiones fueron invadidas por la Unión Soviética; luego, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y al fijarse el límite este de Polonia a lo largo del río Bug, el gobierno polaco asumió la obligación de compensar a todas las personas (estimadas en más de un millón) que habían sido repatriadas de Borderlands. Vale decir, el gobierno debía indemnizar a quienes habían tenido que abandonar sus propiedades, que en toda su extensión alcanzaban casi un 20% de todo el territorio polaco. En 2004, cuando se sustanció la sentencia piloto, se estimó que los reclamos pendientes en el ECtHR sobre el tema afectaban a más de 80,000 personas.

En su decisión, el ECtHR argumentó que la supuesta violación de los derechos del querellante

...se originaba en un problema extendido que es resultado de la mala legislación y la mala práctica administrativa polaca responsables de haber afectado y de que se siga afectando a un gran número de personas. El impedimento injustificado del “gozo pacífico de las posesiones” del peticionante no es el resultado de un incidente aislado ni atribuible al curso particular de los acontecimientos en este caso, sino que fue más bien la consecuencia de la conducta administrativa y regulatoria de parte de las autoridades hacia una clase identificable de ciudadanos, es decir los demandantes del río Bug... al respaldar tal valoración, el Tribunal concluye que los hechos del caso revelan la existencia, dentro del orden jurídico polaco, de una falla como consecuencia de la cual se le ha negado —y se le sigue negando— a toda una clase de individuos el gozo pacífico de sus posesiones. También hace notar que las deficiencias en

la ley y en la práctica nacional advertidas en el caso individual del demandante pueden dar origen a numerosas y bien fundados planteos subsiguientes.³⁸

En este sentido, y como resultado del primer experimento de procedimiento de juicio piloto, en Polonia fue sancionada una nueva legislación en la materia. Cabe notar que dicha legislación reguló también los litigios aún pendientes.

Al implementar la primera sentencia piloto, el ECtHR tuvo en cuenta la resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En mayo de 2004, al debatir el efectivo cumplimiento de la Carta Europea de Derechos Humanos (ECHR) a nivel nacional, el Comité de Ministros propuso al ECtHR “identificar en sus sentencias toda violación a la Convención en lo que considere un problema sistémico subyacente y/u origen común de dicho problema; en particular, para ayudar a los Estados a encontrar una solución adecuada, identificar aquello que pudiera ser la causa que diera lugar a todas esas demandas”.³⁹ Respecto al ECtHR, esa resolución remarcaba que la misma “debía ser interpretada en el contexto de la creciente cantidad de casos donde el Tribunal se encontraba involucrado como resultado de una misma causa estructural o sistémica”.⁴⁰ El objetivo original del procedimiento de juicio piloto era entonces evitar o reducir los perjuicios derivados de la demora en tratar cientos e incluso miles de reclamos análogos sobre el mismo asunto. Todo ello, naturalmente, impactaba en la mora del Tribunal. Debe considerarse, además, que “el Tribunal no sólo necesita emitir un juicio fundado en todos estos casos, sino que también éste debía determinar una compensación equitativa y razonable por los daños sufridos por el demandante”.⁴¹

Como lo señaló el Tribunal en el juicio *Broniowski*, la cantidad abrumadora de planteos con respecto a repetidos casos “representa una amenaza a la futura efectividad de los mecanismos de la Convención”.⁴² Así, al seleccionar sólo una o varios planeos en un campo determinado, la sentencia

³⁸ Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland* (GC), párr. 189.

³⁹ Resolución Res (2004)3 sobre juicios que revelan problemas sistémicos subyacentes, 12 de mayo de 2004. Véase Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Guaranteeing the effectiveness of the European Convention on Human Rights. Collected Texts, pp. 80 y 81, 2004.

⁴⁰ Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland*, párr. 190.

⁴¹ Janneke Gerards, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”, in Claes, Monica *et al.*, *Constitutional Conversations in Europe* 371 (2012).

⁴² Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland*, párr. 193.

piloto fue una técnica inventada por el ECtHR para intentar manejar su carga laboral de manera más eficiente y diligente.

Lo que debe notarse, sin embargo, es que al ECtHR típicamente “no se le requiere que examine *in abstracta* la legislación impugnada, sino que debe circunscribirse a las circunstancias del caso que tiene ante sí”, y el procedimiento de juicio piloto contradice abiertamente este punto de vista, en la medida en que éste supera la latitud del caso individual para abordar el problema estructural que subyace, obligando al Estado a encontrar, si no la solución, al menos los medios para alcanzarla.

Es difícil decir cuán negativo puede volverse este procedimiento para la autoridad del Tribunal en el futuro, ya que muchos Estados han comenzado a murmurar desconfiados sobre el poder adquirido por el EctHR, a través de la acción de este tipo de procedimientos.⁴³ En efecto,

...la práctica antigua de emitir sentencias que no exigen explícitamente un cambio legislativo apenas si dejan al tribunal una opción secundaria aun cuando ésto asegure un equilibrio entre el poder del tribunal y la independencia del estado. Puede decirse entonces que, admitir exigencias explícitas de cambio legislativo de algún modo altera dicho equilibrio justificando los reclamos de que el tribunal está excediendo su mandato. Vale decir que, entre la creación de medidas intermedias y los juicios piloto, el tribunal ha incrementado su influencia sobre los estados contratantes, aun cuando no ha habido cambios relevantes en la Convención.⁴⁴

Desde 2004, los casos de sentencias piloto han sido 28; diez entre 2004 y 2010 y 18 entre 2011 y junio de 2017 (con un incremento del 80%); todos ellos involucrando a dieciocho países diferentes del Consejo de Europa (Albania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Moldavia, Polonia, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovenia, Turquía, Ucrania, y Reino Unido).

Pero ¿cómo opera el procedimiento de juicio piloto? Cuando varios planteos que comparten una raíz común son presentados, el Tribunal puede seleccionar una o más causas para darle tratamiento prioritario bajo el procedimiento “piloto”. Aquí, la tarea del Tribunal no sólo se restringe a decidir si ha habido una violación de los derechos de la ECHR, sino tam-

⁴³ Gerards, Janneke, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Right sas an Instrument for Dialogue”, en Claes, Mónica *et al.*, *Constitutional Conversations in Europe* 372 fn. 16 (2012).

⁴⁴ Wallace, Stuart, “Much Ado About Nothing: The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights”, 1, *European Human Rights Law Review*, 2011, pp. 71 y 79.

bién debe identificar el problema sistémico, dándole al gobierno nacional indicaciones sobre las medidas necesarias para resolverlo. Si en los primeros años había alguna incertidumbre acerca de cómo distinguir entre un juicio piloto completo y uno no piloto —o semipiloto—, a partir de febrero de 2011, la introducción de la regla 61 en el Reglamento del Tribunal, definitivamente estableció un marco regulatorio preciso. Desde entonces, a través de una sentencia piloto, el Tribunal identifica el problema que han originado, o pueden originar, solicitudes similares, y ordena también medidas vinculantes para que el Estado demandado se avoque a la solución del problema.⁴⁵ Por otro lado, la regla 61 estableció que el procedimiento consta de tres etapas —fase previa, juicio, y ejecución— y cuenta también de varios pasos: primero, la identificación de un mal funcionamiento sistemático de legislación doméstica o de una práctica administrativa. Segundo, una evaluación que determine por qué este problema estructural puede dar origen a una cantidad importante de reclamos debidamente fundados. Tercero, el reconocimiento de que necesitan tomarse reformas sistemáticas junto a la sugerencia sobre qué reformas deben ser implementadas para solucionar las fallas estructurales, y, finalmente, la suspensión de todos los otros planteos individuales pendientes que tengan la misma causa convencional. Este instrumento, en resumen, es utilizado para ayudar a las autoridades nacionales a eliminar los problemas sistémicos o estructurales innegables, dada la gran cantidad de reclamos que denuncian las mismas graves disfunciones. Por consiguiente, “al extenderse el procedimiento de demanda individual por medio de la revisión judicial de la legislación, la naturaleza jurídica de los juicios piloto revela características que combinan efectos individuales y generales dentro el orden jurídico doméstico”.⁴⁶

A través de este medio, el ECtHR tiene por objetivo determinar la posible violación de derechos de la ECHR en el caso particular bajo examen. La citada Corte utiliza la sentencia piloto para identificar el mal funcionamiento de la legislación doméstica —que es causa de las violaciones de derechos—, y atina a dar instrucciones al gobierno nacional para corregir dicho déficit, induciendo, de paso, la creación de soluciones domésticas extensibles a otras demandas aún pendientes.

Atento la regla 61(6)a, este procedimiento permite congelar todas las otras demandas sobre ese asunto a condición de que el gobierno actúe pres-

⁴⁵ Glas, Lize R., “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice”, 34, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 41, 2016.

⁴⁶ Fyrnys, Markus, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, 12, *German Law Journal*, 2011, pp. 1231 y 1233.

tamente para corregir las disfunciones que causan el problema estructural. Esta instancia adicional funciona como un medio de persuasión hacia el gobierno afectado por los problemas sistémicos. Es un modo de instarle para que los resuelva. Sin embargo, el ECtHR puede también “descongelar” en cualquier momento las demandas pendientes cuando así lo exija el interés de la justicia:

(l) la procédure de l’arrêt pilote repose sur une idée-force: lorsqu’un grand nombre de requêt concerne le même problème, les requérants obtiendront plus rapidement un redressement si un recours effectif est mis en place au niveau national que si chaque affaire est traitée individuellement à Strasbourg.⁴⁷

Para facilitar la implementación efectiva de sus juicios, el ECtHR requiere a los gobiernos nacionales que tomen algunas medidas que permitan eliminar las violaciones sufridas por los demandantes. Según la regla 61(4), se establece un periodo de tiempo (seis, doce, dieciocho o veinticuatro meses desde los cuales el juicio se vuelve definitivo) a partir del cual se espera que tales medidas entren en vigencia en acuerdo o bajo la supervisión del Comité de Ministros.

El procedimiento de juicio piloto se complementa con la regla de ejecución de sentencia. Ambos extremos suponen la transmisión de la decisión definitiva al Comité de Ministros que, supervisando la citada ejecución de sentencia, con una mayoría de dos tercios de representantes, puede recurrir al ECtHR cuando el gobierno nacional rehusara cumplir el juicio definitivo en el cual fue parte.

Si, a través del procedimiento de juicio piloto, el ECtHR está habilitado a conectar un reclamo individual con un problema estructural del orden jurídico doméstico, en el caso, con la norma que regula la ejecución de sentencia, éste monitorea el progreso de las reformas sobre fallas estructurales en el orden jurídico nacional. En pocas palabras, la conjunción de estos dos mecanismos hace posible que la petición individual que introduce una problemática particular pueda también dar impulso a la intervención del ECtHR con respecto al gobierno nacional emplazado a eliminar la disfunción estructural. El ECtHR, de tal suerte, controlará indirectamente el progreso de la intervención doméstica a través del Comité de Ministros a cargo de supervisar la ejecución de las sentencias finales. De esta manera, las otras demandas pendientes —y temporariamente “congeladas”— ante

⁴⁷ *La procédure de l’arrêt pilote. Note d’information du greffier*, párr. 6, 2009, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_FRA.pdf.

el ECtHR, a la luz del principio de subsidiariedad, podrán valerse de todas las medidas correctivas implementadas por los gobiernos nacionales para corregir los mencionados problemas sistémicos.⁴⁸

La práctica de estos años no permite comprender a ciencia cierta por qué el Tribunal decide activar el procedimiento en algunas situaciones sistémicas y no lo hace en otras. El volumen de peticiones pendientes y su ritmo de crecimiento no parecen ser elementos decisivos para definir la habilitación del procedimiento. Más aún, el procedimiento de juicio piloto ha sido utilizado inclusive para temas negativos en materia de derechos humanos. Por caso, lo fue respecto a la mejora de las leyes polacas de propiedad, las cuales, para nada, constituyen una *cause célèbre* para el movimiento de derechos humanos.⁴⁹

Es asimismo un misterio por qué una demanda en particular es distinguida y preferida entre todo un gran conjunto de planteos de la especie.⁵⁰ “Un riesgo asociado es que el Estado demandado sólo establezca una solución para personas en la misma situación que la actora, en vez de hacerlo con relación a todas las personas en situaciones comparables y, de tal suerte, así quede limitado el alcance de la solución”.⁵¹ Por otro lado, la identificación del problema sistémico no siempre está combinado con el debido y profundo análisis de su naturaleza y de las causas que lo motivaron.

Luego de trece años de práctica de procedimiento piloto, lo que puede decirse es que el objetivo perseguido con esta técnica no sólo es evitar las posibles demoras y ofrecer una rectificación más rápida a los planteos en cuestión. Lo que ésta ha logrado es, más bien, ayudar a los 47 Estados europeos ratificantes de la ECHR a resolver problemas sistémicos y/o estructurales a nivel nacional. Cuando el ECtHR se da cuenta de que hay numerosos reclamos pendientes sobre la misma violación de derecho, advierte también que puede dar precisión y fallar con antelación uno o más casos por medio de una solución aplicable no sólo a aquellos casos en cuestión, sino también a todos los reclamos sobre el mismo asunto.

⁴⁸ Eur. Court. H. R., *Bourdiv v. Russia* (no. 2).

⁴⁹ Wallace, Stuart, *Much Ado About Nothing: The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, p. 78.

⁵⁰ La regla 61(2)c establece sólo que se le da prioridad a toda aplicación seleccionada para un tratamiento de sentencia piloto según la regla 41, que “no se refiera explícitamente a «sentencias piloto», mientras que la sentencia piloto de apelación ha sido adoptada *ex post facto*, está claro que cualquier juicio que identifique un problema sistémico, piloto o no, será priorizado” (Wallace, Stuart, *Much Ado About Nothing...*, cit., 2011, pp. 71 y 72).

⁵¹ Glas, Lize R., “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice”, p. 49.

Si en verdad, a lo largo de su historia, el ECtHR ha tenido que lidiar con un creciente y excesivo número de demandas, otra dificultad adicional ha estado vinculada con la predisposición de los Estados contratantes en dar cumplimiento a sus fallos. Y si el procedimiento de juicio piloto ciertamente ha contribuido a dar solución a cuestiones críticas derivadas de la sobreabundante carga de trabajo que la afecta, el mismo, empero, ha servido también para alentar la disposición de los Estados a cumplir sus decisiones a resultas de “su fuerza dialógica”,⁵² o, mejor aún, por su potencial conversacional.

El primer elemento dialógico tiene que ver con la aptitud de “ser oído”. Y esto atañe al gobierno nacional, aunque, especialmente también, lo es cuando lo que está en juego es políticamente sensible a las ONG, o a otras partes al interior del Estado; o a otras organizaciones dispuestas a presentarse como *amicus curiae*. En tal hipótesis, para lograr fundamentos robustos, el suministro de información recabada en juicios pilotos importa dotar a la sentencia con exhaustiva evidencia con respecto al obstáculo sistémico subyacente. El diálogo, de tal modo, es protagonizado principalmente por el Comité de Ministros y el gobierno nacional, en tanto que el Tribunal permite al Estado involucrado arbitrar libremente los medios más apropiados para remediar la violación en la ejecución de la sentencia. Esta libertad, empero, puede convertirse en una fuente de problemas antes bien que una solución, toda vez que hay ciertos problemas estructurales cuya complejidad y amplitud en la solución permiten muy diversos caminos. Ésta es la razón por la cual la ya citada Resolución 2004 (3) alienta al ECtHR a involucrarse en un diálogo más directo con las autoridades domésticas. Atento ello,

...el Tribunal parece haber tomado con mucha determinación esta sugerencia, deshaciéndose de su anterior reticencia a dar claridad a las soluciones deseadas... Ahora que el Tribunal se expresa con mayor claridad sobre la existencia de problemas sistémicos y sobre las posibles soluciones, la tarea del Comité de supervisar la ejecución de las sentencias se ha facilitado notablemente.⁵³

El segundo elemento dialogal se refiere a la supervisión de la ejecución de sentencia. En particular, con relación a la Secretaría del Comité de Ministros, la cual está a cargo de la asistencia en la preparación del plan de acción:

⁵² Gerards, Janneke, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”, en Claes, Monica *et al.*, *Constitutional Conversations in Europe*, 2012, p. 375.

⁵³ *Ibidem*, pp. 376 y 377.

...mientras que el papel de la Corte es el de identificar un problema estructural e indicar la dirección general en la cual se puede encontrar una solución, la Secretaría del Comité junto con las autoridades nacionales deben pensar y proporcionar sugerencias concretas de reforma. Inclusive, es posible movilizar otros organismos del Concejo de Europa para ayudar a superar las dificultades relacionadas con la ejecución de una sentencia. El conocimiento de la Comisión de Venecia y/o del Oficial Para los Derechos Humanos bien pueden estar incluso apuntalados por la intervención de ONGs nacionales y otras partes interesadas dispuestas a debatir en mesas redondas y seminarios sobre las reformas necesarias. De esta manera, el estado recibe ayuda para encontrar soluciones adecuadas de manera positiva y alentadoras.⁵⁴

Es, entonces, la acción mancomunada del ECtHR y del Comité de Ministros lo que proporciona a las autoridades nacionales, recomendaciones políticas y sugerencias para evaluar medidas pertinentes. Y, finalmente, es la pericia para zanjar dificultades la forma en que estos problemas son resueltos. Más recientemente, incluso la Asamblea Parlamentaria se ha involucrado en el proceso. Lo ha hecho para presionar al Estado cuando éste es reticente o lento en la ejecución de una sentencia que le afecta.

Finalmente, el tercer elemento dialógico refiere a las relaciones que tienen lugar una vez que ha sucedido la ejecución de sentencia, especialmente las que protagonizaran el ECtHR y el Comité de Ministros, que, aun sin estar completo, tiene capacidad de tomar decisiones. En lo que respecta al ECtHR y las autoridades nacionales,

La Corte parece mostrarse muy permisiva y deferente en esta etapa, al aceptar un nivel relativamente bajo en el cumplimiento de los estándares de la Convención siempre que ello sea necesario para cumplir con las exigencias establecidas por la sentencia piloto. No obstante, la paciencia y comprensión de la Corte no son ilimitadas. Si nuevas demandas revelaran que el estado ha caído una vez más en las fallas sistemáticas, la Corte, ciertamente, intervendrá nuevamente. En tal hipótesis, aun cuando el procedimiento permita la interacción y el diálogo entre los estados y la Corte, ésta va a tener la última palabra en esta instancia.⁵⁵

En conclusión, el procedimiento de juicio piloto puede activar mecanismos por los cuales las instituciones nacionales pueden tomar participación y solucionar los problemas que les aquejen. De tal suerte, cuando de manera particular la política no logra —o le resulta difícil— atraer la

⁵⁴ *Ibidem*, p. 384.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 392.

atención pública hacia las disfunciones que afectan el sistema; cuando ésta no puede atraer la acción política y los recursos públicos para resolver tales disfunciones, la intervención del ECtHR y del Comité de Ministros —acompañando a las instituciones domésticas—, puede en conjunto escapar a la indolencia política y, de tal modo, puede eludir la aversión pública hacia esta clase de políticas que permiten atacar cualquier falla endémica en las sociedades involucradas.

2. *La acción de tutela y la Doctrina del Estado de Situación Inconstitucional (DESI) en el derecho de casos del Tribunal Constitucional colombiano*

El inicio de la historia constitucional colombiana estuvo marcado por la adopción de la Constitución conservadora y centralista de 1886. Esta Constitución consagraba sólo unos pocos derechos constitucionales, lo cual permite explicar algunas de sus fallas estructurales. Más acá en el tiempo, pasado una etapa oscura plagada de conflictos armados y signada por la guerra contra los carteles de la droga; tras la tregua alcanzada con el cartel de Medellín, la nueva Constitución promulgada por una convención en 1991 inauguró transformaciones sustanciales en el ámbito económico, político y social. “La definición de Colombia como estado basado en la justicia social fue la principal innovación en este sentido, como lo fue también la consagración de un amplio rango de derechos”.⁵⁶ Los aludidos derechos están agrupados en tres capítulos principales: los derechos *fundamentales*; los derechos económicos, sociales, y culturales, y finalmente, los derechos colectivos y ambientales.

Una suerte de debate tuvo lugar, específicamente, sobre qué derechos podrían consolidarse a través de una acción de protección (la acción de tutela). Esto es, la pregunta era qué criterios podrían determinar si un derecho era inmediatamente “operativo” o si éste requería un esfuerzo hermenéutico. Como lo remarcó el Tribunal Constitucional en su caso T-496 de 1992, un derecho constitucional debe considerarse fundamental si es el resultado de su directa aplicación desde la Constitución “sin requerir una política normativa de intermediación... En este esquema, el juez constitucional toma un rol principal, toda vez que el mismo goza de un margen considerable de libertad para determinar, en cada caso, cuándo pueden identificarse

⁵⁶ Ariza, Libardo José, “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Intervention in the Penitentiary System in Colombia”, *Constitutionalism of the Global South*, *cit.*, 135, nt. 14, 2013.

derechos fundamentales, definiendo de paso los remedios específicos para su protección”.

Desde que se estableció el Tribunal Constitucional colombiano con la Constitución de 1991, éste ha imprimido un profundo impacto en diversas áreas de la sociedad y de la política pública. Durante la duración de la anterior Constitución de 1886, Colombia ya había experimentado una larga tradición de revisión judicial, administrada por la Corte Suprema, la cual jugó un papel significativo en el derecho público durante la mayor parte del siglo veinte. Su actuación había destacado en disputas entre los partidos políticos, estableciendo el Estado de derecho en Colombia. Sin embargo, en los muchos años del Frente Nacional —el régimen establecido en 1957 por los líderes de los partidos conservador y liberal—, la Corte Suprema fue también duramente criticada por bloquear los importantes esfuerzos por un cambio constitucional.⁵⁷

La Asamblea Constituyente de 1991 transformó completamente la visión normativa de la Constitución: no sólo puso énfasis en los derechos socioeconómicos para reducir la pobreza, sino que recalcó la importancia de la igualdad y se concentró en la idea de un “Estado social de derecho”. Esta tendencia incluía ciertamente la noción de Estado de derecho, aunque también una dimensión de democracia-social sobre la cual se asentaba el *Estado social de derecho*, que venía a reemplazar al antiguo *Estado de derecho*. Este cambio, por lo tanto, proporcionó una red de protección para los más pobres afectados por niveles descomunales de indigencia.⁵⁸ El Tribunal Constitucional, que hizo uso muy extensivo de este concepto, de algún modo, quizá, consolidó esta idea como el logro más impactante de la Asamblea Constituyente de 1991. Vale notar que la Constitución confirió una variedad importante de competencias al añadir mecanismos de reclamo individual por medio de la acción de tutela, la cual facilitaba su intervención activa al interior de la política pública.

Como se mencionó anteriormente, la tutela es una clase particular de *amparo*, *i. e.* una instancia constitucional individual o una acción especial que asegura la protección de derechos constitucionales fundamentales, que a juicio de los redactores constitucionales debían contar con garantías concre-

⁵⁷ Sobre el desarrollo de la adjudicación constitucional en Colombia, véase Cepeda-Espinosa, Manuel José, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, 3, *Washington University Global Studies Law Review*, 2004, p. 529.

⁵⁸ Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases* (2017).

tas y no solamente teóricas.⁵⁹ Es difícil reconocer a ciencia cierta qué clase de individuos, grupos, actores sociales o movimientos que bregaron por la emancipación social han sido específicamente beneficiados por las *tutelas*. Lo cierto es que

... estos grupos y organizaciones han llevado ante el Tribunal *casos estructurales*, instando la protección de sus derechos fundamentales cuando los mismos han sido ignorados por los poderes ejecutivo y legislativo. En estos casos se ven afectados un número considerable de personas cuyos derechos fueron violados en circunstancias en que varias instituciones del estado son responsables de tales vulneraciones (muy especialmente a través de políticas públicas defectuosas o ante la completa ausencia de las mismas); exigiendo fallos complejos a través de los cuales, más allá de los demandantes, varias instituciones estatales se ven instadas a proteger los derechos de toda la población involucrada.⁶⁰

En una de las primeras y más sorprendentes decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional en sus inicios, T-406 de 1992, una tutela que aludía a derechos socioeconómicos fue la excusa para inaugurar un espacio activista del Tribunal con relación a la política y la sociedad colombiana. En ese caso, el Tribunal protegió el derecho a la salud pública, a la dignidad y a la vida humana de los habitantes de un barrio de Cartagena, donde la instalación de un sistema de cloacas suspendida por el derrame de aguas servidas causó olor nauseabundo y contaminación ambiental. El Tribunal ordenó la finalización de las obras en un periodo razonable de tiempo, durante el cual el contratista debía evitar todas las molestias y daños provisorios. Además, la doctrina constitucional establecida en este fallo se extendió a todos los casos similares en los cuales algunas obras públicas sin terminar tuvieran un impacto sobre la salud pública. Ésta fue la sentencia en la cual el Tribunal, de alguna manera, reemplazó el principio rígido de separación de poderes dando prioridad al goce de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos. Así, el nuevo Estado *social* de derecho desplazó al Estado de derecho tradicional.

El Tribunal declaró que

... los cambios sociales y jurídicos habían producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa dado el incremento del volumen de las leyes, sino también un cambio cualitativo, teniendo en cuenta el aumento de la nueva manera de interpretar el derecho, cuya concepción clave puede resumirse de

⁵⁹ Cepeda Espinosa, Manuel José, *La tutela. Materiales y reflexiones sobre su significado*, 1992.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 385.

la siguiente manera: *la pérdida de la importancia sagrada del texto jurídico entendido como la emanación de la voluntad popular por una mayor preocupación hacia la justicia material y por aquellas soluciones que reposan en los hechos específicos en juego...* De ahí la importancia enorme que el juez constitucional adquiere en el estado social de derecho.

La complejidad del sistema, tanto en término de los hechos que se están siendo reglamentados como de las regulaciones en sí mismas, vuelve absurda cualquier pretensión racional que pretenda vincular todo posible conflicto con una solución jurídica correspondiente. En el sistema jurídico del estado social de derecho, nos enfrentamos de manera dramática al problema de la necesidad de adaptar, corregir, y condicionar la aplicación de la ley por medio de la intervención judicial. Pero esta intervención *se manifiesta no sólo como un mecanismo necesario para resolver una disfunción, sino también y, sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad; en otras palabras, para favorecer la actuación de la justicia (de la comunicación entre derecho y realidad)...*

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica del estado contemporáneo ha traído como consecuencia una disminución de la capacidad regulatoria de las abstractas normas generales. En estas circunstancias, el texto jurídico pierde su posición tradicional predominante, mientras los principios y decisiones judiciales, considerados previamente fuentes secundarias dentro del sistema normativo, adquieren así una importancia excepcional. Esta redistribución tiene lugar, sobre todo, por razones funcionales: debido a que el derecho ya no puede determinar todas las soluciones posibles por medio de las previsiones jurídicas, se necesitan entonces criterios (principios) e instrumentos teleológicos para lograr una solución concreta; con jueces que puedan lograr una mejor comunicación con la sociedad.⁶¹

Fue un paso importante en el uso de las tutelas, el que tuvo lugar luego de que el Congreso sancionó la Ley 100 en 1993. La citada ley creó el Sistema General de Seguridad Social como sistema mixto público-privado, el cual introducía un plan de salud contributivo para aquellos que tenían la capacidad financiera de pagarlo, y un plan subsidiado para aquellos con dificultades económicas. Ambas categorías de ciudadanos tenían derecho de acceso a un paquete de servicios obligatorios dispuestos por el gobierno como Plan Obligatorio de Salud (POS). La idea era que, con el tiempo, el grueso de los servicios subsidiados se adaptara a aquel de los contributivos. No obstante, el haber tenido efectos exitosos la implementación de la Ley

⁶¹ T-406 of 1992 (per Justice Ciro Angarita Barón) (traducción inglesa extraída de Manuel José Cepeda Espinosa y David Landau, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, 2017, pp. 27 y 28.

100 de 1993 recibió críticas constantes, al no haber logrado que el POS subsidiado alcanzara la misma magnitud que el plan contributivo.

Para comienzos de la década de 2000, un concierto de factores generaron una expansión muy rápida en la cantidad de acciones de tutela presentadas al Tribunal Constitucional para la protección del derecho a la salud. Desde 1999 a 2008, las demandas en materia de salud representaron un porcentaje creciente de todas las tutelas, al pasar de 21,301 a 142,957, 42% de la totalidad de las acciones de tutela. Al menos la mitad de los planteos eran sobre tratamientos o medicamentos excluidos por el programa. Las estadísticas demuestran asimismo que los demandantes ganaron la mayoría de los casos.⁶² “La jurisprudencia del Tribunal fue cambiando con el tiempo. En vez de realizar una evaluación individual sobre si una determinada situación impactaba en el mínimo vital en disputa, la misma pasó a evaluar si su adjudicación implicaba un alivio, de manera más categórica, para el agraviado”. En aquellos años, entonces, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ayudaron decididamente a mejorar algunos de los problemas del sistema de salud. Al mismo tiempo, fue tan elevado el número de individuos que se vieron obligados a recurrir a los tribunales, que el volumen de tutelas terminó saturando la agenda del Tribunal Constitucional.

En este escenario, el Tribunal emitió la Decisión T-760 de 2008. Siguiendo el voto del juez Manuel José Cepeda Espinosa, el modelo de solución individualizada fue sustituido por un enfoque estructural, que permite resolver los aspectos críticos del sistema de salud. La doctrina de la “conectividad” según la cual el derecho a la salud sólo era susceptible de tutela si el mismo estaba conectado con otros derechos fundamentales —como la dignidad humana o la vida—, fue entonces desplazada por un modelo de protección directa del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental. Por consiguiente, el Tribunal dictó dos conjuntos de decisiones: uno para resolver los casos individuales y otro en vistas de la totalidad del sistema.

En una clase limitada de tutelas, entonces, el Tribunal Constitucional ha invocado la doctrina del *Estado de Situación Inconstitucional* (DESI), que aplica a un persistente fenómeno sistémico y problemático que justifica la adjudicación de soluciones estructurales sustanciales. En otras palabras, cuando hay una violación reiterada de los derechos fundamentales de muchas personas como resultado de actos u omisiones de las autoridades o por defecto de factores estructurales que los desatan, el Tribunal puede declarar un es-

⁶² Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, 2017, p. 170.

tado de situación inconstitucional que permita la emisión de una gran cantidad de medidas estructurales además de medidas individuales para beneficio de los demandantes. El DESI, básicamente, por ejemplo, implicó que la masiva violación de los derechos constitucionales de los reclusos era tan extendida que había conformado una realidad inconstitucional causada como consecuencia de las deficiencias de los mecanismos institucionales. Se había producido un auténtico bloqueo institucional. Como resultado de ello, en primer lugar, “el Tribunal tomó provecho del reclamo individual de fácil acceso para los individuos, para acceder a buena información que revelaba los problemas generalizados que había en la sociedad colombiana”.⁶³ Seguidamente, asume funciones tanto para la creación de políticas públicas como para la asignación de recursos, y para la implementación de los DESC; todas competencias que normalmente son propios del Poder Legislativo. De esta manera, en resumidas cuentas, la combinación de la tutela con el DESI permitió al Tribunal desempeñar un rol activo, promoviendo y generando soluciones públicas. Lo hizo no obstante la inactividad e ineficiencia de las otras instituciones representativas, o a pesar de haber otras instituciones más directamente responsables ante el pueblo.

El Tribunal Constitucional supo tomar en cuenta que tratándose de cláusulas abiertas, algunos derechos constitucionales necesitaban estar adaptados a los cambios sociales. Ciertamente, es ésta una de las razones por las cuales siempre ha defendido

Un enfoque no formalista para la definición de derechos fundamentales, declarando que, como tales, los derechos fundamentales son susceptibles de aplicación inmediata y no son solamente aquellos que se encuentran expresamente prescriptos en el texto constitucional. [Este enfoque] tuvo un mayor desarrollo cuando el Tribunal estableció que los DESC... pueden ser exigidos a través de la *acción de tutela* cuando exista conexión entre la violación de esos DESC y un derecho fundamental involucrado con su implementación inmediata.⁶⁴

Con respecto a esto, es revelador el porcentaje de tutelas concedidas por el Tribunal Constitucional comparado con aquel de la Suprema Corte y del Concejo de Estado: entre 1992 y 1995, el porcentaje de los más altos tribunales de jurisdicciones ordinaria y administrativa fue respectivamente de 6.34% y 8.31%. Existe una marcada diferencia, entonces, que revela una

⁶³ Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, 51 *Harv. Int’l L. J.* 321, 2010, p. 360.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

clara división entre la Suprema Corte y el Concejo de Estado, por un lado, y el Tribunal Constitucional, por el otro. Los primeros estaban convencidos de que el amplio uso de las tutelas iba a poner en peligro al Estado de derecho, razón por la cual sostuvieron posturas afines al formalismo jurídico. El Tribunal Constitucional, en cambio, estaba convencido de que este mecanismo contribuiría significativamente a la protección efectiva de los derechos fundamentales. Éste entendía que “una visión del derecho más progresista — y constitucionalizada — importaba asegurar la aplicación directa de la Constitución y la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos”.⁶⁵

III. ENTRE DEMANDAS INDIVIDUALES Y QUERELLAS COMUNES: SENTENCIA JUDICIAL Y ROL LEGISLATIVO EN EL CONTEXTO DE CRISIS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Mutatis mutandis, tanto en la doctrina judicial del ECtHR como en la del Tribunal Constitucional colombiano, una cantidad de planteos han sido la ocasión a través de los cuales los jueces abordan fallas estructurales y sistémicas que estaban afectando a grupos más débiles o minorías desaventajadas de la sociedad. Estas instancias ponen al tribunal supranacional como problema constitucional,⁶⁶ y sirven también para poner en cuestión la visión clásica y formalista de la responsabilidad política y la división de poderes. Inmersos en la crisis de representación política, el rol asumido por los tribunales sirve de inspiración, aliento, guía, contralor y presión a favor de reformas necesarias. Tales reformas son ciertamente imprescindibles para que individuos o grupos afectados por problemas endémicos irresueltos o desatendidos por otras instituciones públicas puedan tener adecuado tratamiento. Así, cuando la búsqueda de justicia y/o la protección de derechos fundamentales se ven ignoradas o son denegadas por los interlocutores políticos, los jueces deben asumir protagonismo.

En la década de 1990, como categoría conocida y repetida de casos donde estaba cuestionada la excesiva duración de los procesos, la intervención del ECtHR merece atención. En efecto, en respuesta a la requisitoria de demandantes italianos —aunque el problema involucraba al menos a la mitad de los Estados miembros del Concejo de Europa—, el Tribunal de Auditoría de Italia advirtió que sería más económico dejar que todos los ca-

⁶⁵ Iturralde, Manuel, *Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change*, p. 382.

⁶⁶ Con respecto a esto, véase Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *Whose Name? A Public Theory of International Adjudication*, 2014.

fos fueran resueltos en Estrasburgo antes bien, que dedicarse a reformar el sistema judicial italiano.⁶⁷ En tales circunstancias, entonces, los individuos que sufrían violaciones a sus derechos convencionales por la acción u omisión de las instituciones domésticas tomaron la intervención del Poder Judicial como un recurso más simple, receptivo y confiable que el que hubiera deparado el involucramiento de los poderes Legislativo y/o Ejecutivo de la nación. De manera análoga, con la expectativa de lograr mayor consideración que la que presumiblemente recibirían de los organismos políticos domésticos, los reclusos detenidos en condiciones inhumanas y degradantes también llevaron sus demandas ante el ECtHR.

De igual manera sucedió con los individuos que recurrieron al Tribunal Constitucional colombiano. Habiendo experimentado que sus derechos fundamentales habían sido ignorados por los poderes Ejecutivo y Legislativo al punto que “el acceso a la justicia constitucional en Colombia habíase vuelto un mecanismo potente, promisorio de redistribución del poder político y social, ocurre asimismo que, aquellos grupos excluidos del debate público y quienes fueron marginalizados por un injusto y desigual orden económico y social, encontraron en la justicia constitucional su vía preferida”.⁶⁸

Otro tema ineludiblemente relacionado es el impacto real de las decisiones judiciales con relación a las reformas legislativas que solucionan fallas sistémicas reveladas en procesos judiciales, podemos mencionar el caso *Torreggiani v. Italia*, por ejemplo. Este precedente resulta paradigmático en esta inteligencia.⁶⁹ Aludiendo al sistema penitenciario colombiano, no existe total consenso sobre el alcance y valor del caso T-153 de 1998. Este precedente, en la opinión de algunos, representa un hito de la justicia penal en la historia jurídica de las cárceles en Colombia. Aun cuando el peso real de la decisión fue limitado al no haberse determinado un mecanismo de monitoreo que permitiera verificar la implementación de la sentencia,⁷⁰ su importancia sigue siendo significativa en la medida en que el mismo mejoró la protección de los detenidos.⁷¹ En este sentido, ante problemas claramente

⁶⁷ Wildhaber, Luzius, “Pilot Judgments in Case of Structural or Systemic Problems on the National Level”, en Deutsch, Ulrike y Wolfrum, Rüdiger (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* 69, 2009.

⁶⁸ Iturralde, Manuel, *Access to Constitutional...*, cit., p. 370.

⁶⁹ Favuzza, Federica, “Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy”, 17, *Human Rights Law Review*, 2017, p. 153.

⁷⁰ Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, 89 *Texas Law Review*, 2011, pp. 1669-1675.

⁷¹ Ariza, Libardo José, “The Economic and Social...”, cit., p. 132.

sistémicos, se puede notar cómo la incorporación de políticas urgentes de parte del Poder Judicial se ha transformado en una necesidad que permite aliviar la situación de tantos individuos afectados por la inacción o ineptitud o pusilanimidad política de los poderes Legislativo y Ejecutivo. De tal suerte, la intervención de los tribunales se ha convertido en la única vía para obtener justicia, si no en términos sociales, al menos en términos de justicia individual.

Entre otras posibles consideraciones, esta es la causa principal —si no una de las razones— por la cual la desconfianza hacia los representantes, administradores y políticos es más fuerte que la desconfianza hacia los jueces.⁷² Y, a la vez, esto explica “la expansión del dominio de los tribunales —o de los jueces— en detrimento de los políticos y/o funcionarios. Es decir, esto explica la transferencia de competencias que afectan derechos, desde los legisladores, el gabinete, o los funcionarios públicos hacia los tribunales”.⁷³ El fenómeno es reconocido como la *judicialización de la política*, que ha sido históricamente ocasionada por una suma de factores de fondo, como, por ejemplo, el nuevo rol de los legisladores y administradores en los regímenes totalitarios en Europa, y respecto a Estados Unidos, por las consecuencias positivas a favor de grupos desaventajados —especialmente los afroamericanos—, que los fallos de la Corte “Warren” trajeron consigo.⁷⁴

No huelga decirlo: los tribunales que ejercen el control de constitucionalidad de las normas están normalmente equipados con competencias que les permiten mantener a la legislatura dentro de los límites estipulados, al tiempo que están dotados con atribuciones para hacer cumplir los mandatos constitucionales: de manera indiscutible, de tal modo, estos tribunales están naturalmente habituados a ejercer una cierta influencia sobre la política; están acostumbrados, hasta un cierto punto, a tener participación en la toma de decisiones públicas. El hecho que el presente artículo intenta poner de manifiesto es diferente. Teniendo en cuenta la falta de confianza hacia políticos y representantes que ha repercutido en una extendida sensación de crisis en materia de representación política, lo que se destaca es que el Poder Judicial ha pasado a atraer y centralizar la credibilidad de la gente en su búsqueda de justicia (individual y/o social). De alguna manera, estas circunstancias explican por qué la acción política sobre la base de la

⁷² Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn, “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”, en Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995, p. 2.

⁷³ Vallinder, Torbjörn, “When The Courts Go Marching In”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995, p. 13.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 22.

confianza de la gente ha mudado desde las instituciones tradicionales hacia el Poder Judicial.

Son tres las condiciones políticas y sociales que han permitido mejorar la aludida “judicialización de la política”. En primer lugar, ello ha sucedido por la transformación de nuestras sociedades con todos sus vínculos laborales; con los problemas globalizados, los cuales son enfrentados por parte de una política demasiado débil, y por medio de políticas demasiado ineficaces e impotentes. Además, ello sucede en circunstancias donde la incapacidad de los ciudadanos para defender sus derechos e intereses individuales es ostensible. En segundo lugar, sucede porque la política de derechos se ha convertido en un factor activo que magnifica la individualización de las luchas sociales, al tiempo que reduce toda pretensión colectiva a una dimensión individual, arrastrando la política a los estrados de la justicia. En tercer lugar, ello también acontece porque la representación política ha pasado a ser percibida como la búsqueda de justicia individual. En resumidas cuentas, la interacción de estos tres factores es lo que crea el espíritu de este tiempo: el telón de fondo sobre el cual está ocurriendo la metamorfosis constitucional donde el Poder Judicial en su centro. Pues bien, pasemos ahora a examinar cada una de estas condiciones entrelazadas por separado.

1. Cómo la política de derechos arrastra a la política a los tribunales

En política, la discusión sobre los derechos cumple una función práctica esencial. Ello es especialmente así cuando diversos movimientos procuran fortalecer o brindar apoyo a asuntos que asoman moral o materialmente necesarios. En efecto, cuando un planteo es introducido bajo la forma que otorga el “derecho”, naturalmente, el mismo adquiere un toque de nobleza que permite dar cobertura a la aspiración ideal que, en búsqueda de reconocimiento jurídico, está fomentando o favoreciendo esa intención.

Muy probablemente, esto se debe a que el siglo XX —y el joven siglo XXI en el mismo sendero— ha marcado la era donde la nobleza de los derechos ha logrado por fin tener reconocimiento. Esta conquista, de paso, ha rescatado la historia moderna de la vergüenza y la humillación de su negación secular. De manera tal que la búsqueda de los derechos humanos universales logrados por medio de la Declaración de 1948; con los catálogos de derechos consagrados en las Constituciones redactadas después de la Segunda Guerra Mundial; a través de la dignidad humana reconocida en casi todos los documentos constitucionales y cuasiconstitucionales que entraron en vigencia en la segunda mitad del siglo pasado; a través de la consuma-

ción de los derechos sociales y económicos establecidos en muchas Constituciones; con la emancipación de los afroamericanos en Estados Unidos —recuérdese Rosa Parks y las sentadas organizadas en Greensboro, *Brown v. Board of Education*,⁷⁵ la Gran Marcha a Washington, el proyecto de *Gran Sociedad* liderado por Johnson por medio de la Ley de Derechos Civiles y la Ley de Derechos de Voto—; todo eso, en definitiva, marca una trayectoria jurídica progresista excepcional. Sin soslayar, por cierto, el reconocimiento de tantos nuevos derechos, desde el derecho al aborto hasta la reciente legalización del matrimonio del mismo sexo en una gran cantidad de sistemas jurídicos. Naturalmente, y en este sentido, el impactante *Obergefell v. Hodges*⁷⁶ marca un punto cumbre en la tendencia.

Al traer de vuelta el clima de aquellas décadas en lo que respecta al reconocimiento de nuevos derechos, el camino hacia una revolución asoma ejemplar en las potentes memorias que Anthony Kronman utiliza para abrir su libro sobre educación. Dichas palabras dan cuenta del abandono de la universidad durante un año por parte del autor, que había decidido trabajar para la organización de los Estudiantes para una Sociedad Democrática. Trátese de un movimiento que congregó a una generación de Norteamérica y las realidades signadas por el racismo y la pobreza. “Nos sentíamos en contacto con la historia. Creíamos estar participando de acontecimientos mucho más grandes que nuestras vidas individuales. Era una idea emocionante que hacía que el resto de nuestras vidas —y la de la Universidad en particular— parecieran triviales en comparación con el ideal”.⁷⁷ El nombrado se mudó a un departamento en el norte de Chicago con otros cuatro camaradas organizadores. Se juntaron con la esperanza de apoyar el matrimonio interracial de los pobres. Ésta era la forma en que estos jóvenes asumieron su parte en la revolución de los derechos. Y de tal suerte, entonces, es esta era, caracterizada por el reconocimiento de nuevos y trascendentales derechos, la que permite fortalecer reclamos deliberadamente ignorados o que nunca antes hubieran podido ser presentados en términos de derechos.

El complejo contexto histórico en el cual se dio la discusión en torno a los derechos no estaría bien retratado si no consideráramos otra faceta que revela su carácter empoderante. Esto es, si no aludiéramos en líneas generales a la ideología de derechos humanos, la cual cobró relevancia en la escena internacional en la década de 1970, en tiempos de descolonización. Sin embargo,

⁷⁵ 347 U.S. 483 (1954).

⁷⁶ 576 U.S. (2015).

⁷⁷ Kronman, Anthony T., *Education's end. Why our Colleges and Universities Have Given up on the Meaning of Life 2*, 2007.

...los derechos humanos en vez de estar asociados a liberación poscolonial y a procesos de emancipación de nuevas naciones, la mayoría de las veces aludían a la protección individual en contra del estado. Amnesty International se volvió nuevamente visible y, por su labor, como modelo de estos nuevos ideales, esta entidad ganó el Premio Nobel de la Paz en 1977. La popularidad de esta nueva forma de activismo transformó para siempre la militancia a favor de las causas humanitarias, generando con ello un nuevo hito signado por la defensa internacional de la ciudadanía. En Occidente quedó atrás el sueño de revolución. Ello sucedió tanto en los llamados países centrales, como en los del tercer mundo que alguna vez éstos dominaron. Y así, se empezaron a adoptar tácticas novedosas a partir de un derecho internacional de los derechos humanos que, se convirtió en el mecanismo de cumplimiento de renovadas y utópicas normas.⁷⁸

Al interior de este ambiente, un nuevo movimiento social y, más importante, un discurso común alrededor de los derechos individuales, se erigió en una nueva promesa por un futuro mejor, después del

...colapso de otras anteriores utopías: ora de carácter internacionalistas, ora basadas en el estado. Estas utopías estaban asentadas en sistemas de creencias cuya promesa principal era un modo libre de vida. Sin embargo, lejos de iluminadas esperanzas emancipatorias del capital y el imperialismo; pareciéndose más bien a oscuras tragedias, las mismas conducían inexorablemente a una ciénaga sangrienta. Y precisamente, frente a la traición ideológica y al descalabro político, girando alrededor de los derechos individuales, fue que finalmente irrumpió el mencionado internacionalismo.⁷⁹

En pocas palabras, en la actualidad, la discusión sobre los derechos se ha transformado en el vocabulario dominante dentro de la lucha política. Luego, al estar los tribunales en el centro mismo del debate, donde la eminencia de los derechos es indiscutible, nos hemos convertido en testigos esenciales del papel y el desarrollo de los derechos humanos. En este escenario, el avance del constitucionalismo a lo largo de los siglos ha hecho que hoy los jueces protagonicen y compartan la empresa común y universal de mejorarlos, por encima de otras instituciones del Estado. La intervención judicial, por lo tanto, ha tenido un impacto notable —a veces, ésta ha sido incluso revolucionaria— en la vida cotidiana. Y en este sentido, los individuos han aprendido que el Poder Judicial puede marcar la diferencia, sobre todo cuando otros organismos políticos parecen despreocupados o

⁷⁸ Moyn, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, 2012, p. 43.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

paralizados para dar respuestas a sus reclamos de justicia. Cuando otras instituciones desatienden sus obligaciones con relación a la justicia social, el Poder Judicial, en cambio, está siempre y ciertamente comprometido con la promesa de una justicia efectiva e individualizada. Si los derechos son el vocabulario triunfante de la lucha política y el Poder Judicial es su interlocutor natural en materia de derechos, no caben dudas, la política va de mudanza a los tribunales.

2. *Sociedad individualizada, fuerza política individualizada*

En el mundo occidental, la explosión de la representación como concepto coincidió con el paso del feudalismo a la modernidad.⁸⁰ En el *Leviatán*, Thomas Hobbes lega el primer ensayo desplegando el lenguaje de la representación. Dicho concepto hizo de la representación un derecho sagrado de los ingleses, vinculando aquélla con el destino de las contribuciones públicas originadas por la recolección de impuestos que nutrían las arcas del tesoro. En el prolongado periodo que va desde el siglo diecinueve y la mitad del siglo veinte, la representación política fue consolidándose de manera gradual. En las sociedades edificadas sobre el orden y la disciplina, la razón y la acción, la idea de representación era un reflejo de ese régimen. Pero, en algún momento posterior, algo cambió. En efecto, las sociedades dejaron de ser dirigidas por el orden y las reglas y, de tal suerte, la representación tuvo con ello una radical transformación. En su libro, con clara visión de futuro —*The Individualized Society*—, explorando las causas, Zygmunt Bauman nos invita a repasar ese cambio económico y social.

La gran transformación que llevó a la civilización preindustrial a su visión industrial, resulta reveladora. La separación de los trabajadores a partir del modo en que se ganaban su sustento, por ejemplo, según se tuviera la tierra, implicaba una manera de distinguir una totalidad que diferenciaba a aquellos que la araban y cosechaban sus frutos. A los que araban la tierra, en este sentido, se los consideraba separados de la totalidad a la cual pertenecían para identificárselos como depositarios de una “fuerza laboral” lista para ser utilizada. Se les veía como fuerza que debía ser reconocida como una nueva “fuente de riqueza” potencial. El nuevo orden conceptual, entonces, importaba la emancipación de una forma de vida tradicional enclavada en un orden natural inmutable, un orden predeterminado dentro

⁸⁰ Para una contribución detallada sobre las características principales de las instituciones democráticas modernas, véase Manin, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, 1995.

de un sistema gobernado por el pensamiento y la acción racional. En este sentido, como nunca antes había sucedido, la fuerza laboral —como fuente de riqueza—, pasó a ser un factor que debía ser explotado con máxima eficiencia.

Al interior de esta realidad, la movilidad de la fuerza laboral constituía un costo demasiado alto para los capitalistas. Cuando Henry Ford decidió duplicar los salarios de sus trabajadores, no lo hizo porque quería que compraran sus automóviles. Lo hizo porque su objetivo real, antes que vender automóviles a sus trabajadores, era más bien retenerlos, deteniendo la irritante movilidad de la fuerza laboral. “Tenía que hacerlos tan dependientes del empleo en su fábrica como él mismo dependía de sus empleados para su riqueza y su poder”.⁸¹

De esta manera, capital y fuerza laboral estaban definitivamente unidos en esta pesada modernidad. Ninguno de los dos lados podía hacer ningún movimiento independiente y cambiar por su cuenta. Cada uno debía mantenerse como mercancía: el capital, en su capacidad de comprador constante de fuerza laboral, y los trabajadores —en tanto saludables y fuertes— en posición de vendérsela. En este contexto,

(n)o sorprende que la “re-mercantilización” del capital y de la fuerza laboral se convirtieran en función y principal preocupación de la política y del estado: los desempleados eran verdaderamente un “ejército de reserva de fuerza laboral” que, tanto en las buenas como en las malas, debía ser mantenido en estado de alerta para regresar al servicio activo. El estado de bienestar, un estado forjado para hacer justamente eso, por tal razón, se encontraba genuinamente “más allá de la izquierda y la derecha”. Trátase de un puntal sin el cual ni el capital ni la fuerza laboral podían sobrevivir, mucho menos desplazarse y/o actuar.⁸²

En consecuencia, cuando un joven aprendiz tomaba su primer trabajo, podía estar bastante seguro de que acabaría su carrera en el mismo lugar. El empleo de por vida, de tal suerte, era el horizonte común de los trabajadores, mientras que la existencia de una empresa se extendía bastante más allá de las expectativas de vida de sus empleados.

Pues bien, esta situación ya no existe. La interdependencia mutua de largo plazo ha sido sustituida por una mentalidad de corto plazo y por la desvinculación unilateral que puede hacer el capital causando niveles de incertidumbre sin precedentes. Al respecto, Bauman argumenta que

⁸¹ Bauman, Zygmunt, *The Individualized Society*, 1995, p. 368.

⁸² *Ibidem*, p. 385.

...el concepto de “globalización” se ha acuñado para reemplazar al viejo concepto de “universalización”. A contramano de la naturaleza intencional y controlada que tenía el antiguo concepto, este fenómeno sucede cuando se ha vuelto evidente el surgimiento de enlaces y redes globales independientes. La “globalización”, por lo tanto, representa procesos, cuya propulsión es autónoma, errática y espontánea. No hay nadie sentado en la mesa de control. Nadie se encarga de planear ni mucho menos de hacerse cargo de los resultados finales.⁸³

Como es obvio, todo esto reverbera fuertemente en la crisis de representación política. La pérdida de compromisos, la movilidad extrema, y la pérdida de los lazos laborales, por un lado, se combinan con la incertidumbre, la individualización, la falta de unidad y la ausencia de una acción común, por el otro. Todo junto, luego, repercute en el carácter crítico de los problemas actuales, los cuales no pueden ser resueltos por medio de comprensivas y efectivas políticas públicas. Naturalmente, es obvio que los ciudadanos tampoco parecen poder introducir sus reclamos en otros términos que no sean por medio de planteos individuales o reclamos a sus semejantes.

Tras el ocaso de las ideologías que salieron a dar sentido y guía para enfrentar la complejidad de los problemas o para descubrir el código indescifrable del mundo, la condición posmoderna⁸⁴ volvió al mundo demasiado complicado y a los problemas demasiado intrincados para encontrar respuestas a cada mal. Por otra parte, vale la pena notar que la política y la toma de decisiones siempre tomaron inspiración de la movilización de los grupos y de las organizaciones. De todos modos, ante la falta de cuestionamientos críticos del pueblo, “la política quedó reducida a la «gobernanza». Algo así como un sello de goma que ratifica las políticas y los procedimientos que se han venido definiendo desde otro lado, a nuestras espaldas; más allá de cualquier escrutinio crítico”.⁸⁵

Por lo tanto, ya no hay más tiempo para causas comunes, universales, como aquellas que alguna vez convocaron a la lucha a colectivos de individuos en generaciones pasadas. Todo lo que queda, en cambio, son causas personales, que afectan a individuos incapaces de restringir y adherir sus intereses a los que pudieran tener otros colectivos. Porque, claro, téngase presente que, en tiempos corrientes, la poderosa fuerza individualizante de la incertidumbre provoca divisiones antes bien que unidad

⁸³ *Ibidem*, p. 593.

⁸⁴ Lyotard, Jean-François, *La Condition Postmoderne: Rapport sur le Savoir*, 1984.

⁸⁵ Tormey, Simon, *The End of Representative Politics*, 2015, p. 23.

...la idea de “intereses comunes” se encuentra cada vez más dentro de una nebulosa a punto tal de haberse vuelto incomprensible. Los miedos, las ansiedades y la pesadumbre, de tal manera, se sufren en soledad. No son susceptibles de ser sumadas, ni acumuladas en “causa común” alguna. Las mismas no cuentan con un “abordaje natural”. Luego, lo dicho priva a la tesitura solidaria de su condición pasada en tanto táctica racional. Esto, más bien, sugiere una estrategia de vida bastante diferente de aquella a la que llevaba a la defensa de la clase trabajadora y de las organizaciones militantes.⁸⁶

En estos días, los problemas comunes de los individuos son simplemente *no acumulables*: simplemente, éstos no se suman en una “causa común”... Los problemas pueden ser similares, pero a diferencia del interés común de otros tiempos, los actuales *no* forman una “totalidad que resulta más grande que la suma de sus partes”... La única ventaja que puede traer la compañía de otros sujetos parecidos es confirmar que cada una de las luchas libradas *en soledad* es idéntica a lo que hacen todos los otros a diario. De tal suerte, esto sirve para revitalizar, la afectada determinación, de seguir haciendo justamente eso: luchar en soledad.⁸⁷

Luchar en soledad, en consecuencia, significa reclamar por intereses y necesidades individuales. Ello implica la necesidad de recurrir al Poder Judicial como institución natural, que tiene la capacidad de dar respuesta a esas demandas individuales. Sólo una justicia a la medida, entonces, parece ser la esperanza de un cambio posible.

3. *Política representativa como justicia*

“En tiempos modernos”, escribió Hannah Pitkin en 1967, “casi todos quieren ser gobernados por representantes (aunque no necesariamente por un gobierno representativo convencional); todo grupo o causa política pretende tener representación; todo gobierno dice que los representa”.⁸⁸ En el transcurso de apenas unas pocas décadas, la popularidad del concepto de representación se ha visto casi completamente erosionada. Respecto a los representantes y a la representación, una creciente evidencia sugiere hoy que, muchos de nosotros nos hemos desilusionado —estamos en vías de hacerlo— tanto de la política como de los políticos. Los tiempos que corren son tan instantáneos que la gente ya no espera a las elecciones para

⁸⁶ Bauman, Zygmunt, *The Individualized Society*, 1995, p. 434.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 831-839 (1995). Pero también véase, Beck, Ulrich, *The Risk Society*, 1992.

⁸⁸ Pitkin, Hannah F., *The Concept of Representation*, 1967, p. 2.

expresar lo que piensa. Luego, cualquier sentimiento, argumento o resentimiento puede expresarse y compartirse de inmediato.

No huelga decir que esta inmediatez, en gran medida, contribuye a distanciar a los votantes del mundo de la política representativa: ¿por qué debemos todavía tener representantes cuando es tan fácil expresarse con propia voz y comprometerse con otros? Y así, como lo ha resaltado agudamente Simon Tormey en su libro *The End of Representative Politics*,

...vivimos ahora en tiempos “post-democráticos” o “post-políticos”. La idea de la política, o más precisamente, la de la democracia como forma de gobierno “del pueblo, por el pueblo, para el pueblo” tal como brillantemente Abraham Lincoln plasmó en el Discurso Gettysburg se ha debilitado definitivamente frente al brillo de la globalización, de la desnacionalización, de la “teoría de la elección pública”; frente al neoliberalismo; frente a la apatía entre toda una multitud de males.⁸⁹

Los teóricos liberales del siglo diecinueve consideraron la representación como un mecanismo para mediar las demandas políticas. Ésta debía evitar el surgimiento de agendas radicales que luego tendrían su apogeo con la irrupción de los partidos políticos modernos. Asimismo, otro principio fundamental que también logró consolidarse en esa época es aquel que define la responsabilidad de aquellos que representaban frente a los representados. De esta manera, el pueblo quedó despojado de la pasividad política a la cual estaba acostumbrado para asumir un rol participativo. En este tránsito, el establecimiento de la democracia representativa se transformó en la forma dominante de la democracia.

Durante doscientos años, la pregunta siempre ha sido a *quién* se le puede confiar la representación del pueblo y *cómo* hacerlo. Lo que hoy parece novedoso es el cambio producido por la creciente alienación de las prácticas representativas desde el “quién” y el “cómo” hacia el *por qué* de la representación. Este cambio parece especialmente inevitable desde que el pueblo está transformándose en una masa de individuos crecientemente irrepresentable:

...el pueblo ya no puede ser entendido como una masa homogénea. Se siente que el mismo compone, en cambio, una serie de historias separadas, una acumulación de situaciones específicas. De ahí que las sociedades de hoy se comprenden a sí mismas más en términos de sus *minorías*. Una minoría ya no es meramente “el número menor”. Una minoría se ha vuelto más bien una serie de expresiones fragmentadas de la totalidad social. La sociedad de hoy

⁸⁹ Tormey, Simon, *The End of Representative Politics*, 2015, p. 4.

en día se manifiesta como una larga letanía de condiciones minoritarias. “El pueblo” se ha vuelto una pluralidad de “minoría”.⁹⁰

De esta manera, la individualización equivale a despolitización:

Y tenemos aun representantes y así, muchos de nosotros todavía votamos, reñimos y confrontamos sobre qué hacen, o no, los políticos en nuestro nombre. Pero el aura ya no está; el genio salió de la botella. Ya no creemos en la meta-narrativa de la representación: de que nuestros intereses son mejor atendidos si algunos representan y todos los demás somos representados. Nos estamos volviendo sujetos *irrepresentables*.⁹¹

En consecuencia, la misma política representativa ha cambiado su punto de vista: solía proponer un enfoque lineal, según el cual el proceso político tenía un desarrollo desde la propia organización, la postulación de candidatos a elecciones —para obtener los votos necesarios para ganar la elección— hasta la sanción de ciertas políticas. “Ante todo se trata de competir por el control del estado para luego utilizar el poder del mismo con el objetivo de asegurar una cierta visión de igualdad, justicia, Buena Vida”.⁹² Contrariamente, empero, la política contemporánea se desenvuelve con una dinámica totalmente diferente, ya que “la chispa que a menudo desencadena el deseo de actuar es un sentimiento compartido de *injusticia*”.⁹³

De modo que, según esta reconstrucción, la injusticia se ha convertido en la actualidad en el núcleo de la política representativa. La injusticia es el motor que impulsa el compromiso público y el alineamiento corriente a favor de una causa. Más allá de ello, de acuerdo con Pierre Rosanvallon, cada individuo se encuentra hoy dentro de una potencial minoría, una minoría que muy posiblemente expresa sus propias opiniones de injusticia, personal o social. Y cada individuo aprende también que las luchas en contra de la injusticia no están protagonizadas por homogéneos grupos de individuos militantes que persiguen una misma causa. La lucha se da en soledad, por sujetos comprometidos con sus propios intereses. De manera tal que la acción colectiva individualizada⁹⁴ que caracteriza a nuestras sociedades en el presente, se trata de una causa común que es, sin embargo, causa ex-

⁹⁰ Rosanvallon, Pierre, *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, 2011, p. 4 (ítilica adicionada).

⁹¹ Tormey, Simon, *The End of Representative Politics*, 2015, p. 82.

⁹² *Ibidem*, p. 132.

⁹³ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

⁹⁴ Micheletti, Michele, *Political Virtue, and Shopping. Individuals, Consumerism, and Collective Action*, 2003.

clusivamente defendida por individuos singulares, sujetos que no exhiben mínimos intereses de converger con sus semejantes, sujetos incapaces de siquiera de reunirse con otros. A propósito de ello, entonces, las soluciones frente a la injusticia pueden encontrarse en el ámbito político, por medio de efímeras y muy provisionarias conexiones, que en gran medida traen consigo ineficacias y altas dosis de impopularidad asociadas a la acción de políticos y representantes. Pero tales soluciones, en cambio, pueden provenir de las respuestas del Poder Judicial, que está perfectamente equipado no sólo para atender a los reclamos de injusticia, sino también para proporcionar soluciones personalizadas para cada uno de los individuos agraviados. Si la cuestión política se gesta en términos de injusticia, ciertamente, ésta es un asunto que puede exponerse fácilmente delante de un tribunal donde —con más chances—, es muy posible, se puedan obtener las respuestas necesarias.

4. *Conclusión: ¿los tribunales como antiguos parlamentos?*

El presente artículo ha intentado mostrar dos ejemplos de cómo de acuerdo con la naturaleza de los planteos, mientras llevan a cabo su labor judicial alrededor de demandas individuales, los tribunales involucrados han lidiado con problemas más estructurales. De tal manera, entonces, la búsqueda de justicia de los demandantes, de algún modo, precipita también, un cierto grado de participación de los tribunales en la adopción de medidas públicas, cuyo objetivo final implica acabar con las distorsiones sistémicas denunciadas.

Este fenómeno de abordar al mismo tiempo las demandas individuales y las querellas comunes de parte del Poder Judicial no hubiera sido tan significativo si aquél no hubiera tenido lugar en el escenario de la crisis de la política representativa. Esto es, si tal fenómeno no hubiera tenido lugar en un clima en el cual la representación y los representantes políticos se han convertido en blancos de inusitadas y vehementes impugnaciones, en tiempos donde las expectativas del pueblo se han ido estrechando a un dominio básicamente individualista.

De la misma manera, el principal argumento del presente artículo es que, durante un cierto periodo de tiempo, el Poder Judicial puede atraer la confianza del pueblo buscando justicia en términos individuales y sociales, que ello es posible porque otras instituciones y organismos políticos se muestran ineficientes o más bien incapaces de encontrar respuestas adecuadas. Esta hipotética metamorfosis constitucional indicaría que el Poder Judicial estaría volviéndose el principal beneficiario de la confianza del pueblo, con-

virtiéndose en el receptor natural de una relación especial con individuos afectados en sus derechos. Este cambio, entonces, se vería facilitado por la acción combinada de tres características que se repiten en muchos contextos del mundo donde la representación política se encuentra en debate. Tal como lo notamos anteriormente, los lazos laborales en nuestras sociedades han sufrido una transformación radical, pasando desde un marco de orden, certezas y regulaciones, a una situación de mayor inestabilidad e impredecibilidad. Como lo resaltó brillantemente Zygmunt Bauman, este cambio ha demostrado ser una fuerza individualizante poderosa, a partir de la cual ninguna causa común ya es realmente acumulable. Por eso, en consecuencia, cada uno aprende a luchar en soledad.

Esta forma de individualismo está potenciada por la extendida retórica de los derechos, la cual orienta el contenido del debate público y da forma a nuevas exigencias materiales o moralmente necesarias por el toque de nobleza e inmanencia que las caracterizan. Los planteos con la vestidura de los derechos son naturalmente justiciables *per se*; luego, resulta también natural recurrir a los tribunales para dotarlos de reconocimiento jurídico y, ¿por qué no? hasta cierto punto, político.

En combinación con estos dos elementos, un tercero asume la idea contemporánea de la representación, tal como la distingue Pierre Rosanvallon en su soledad, donde todo individuo es considerado una minoría potencial y, de alguna manera, una minoría despolitizada. Lo que sorprende más aquí, entonces, no es sólo la degradación acompasada de los representantes y de legitimidad de la representación, sino más bien la *irrepresentatividad* de los ciudadanos que ya no creen en la narrativa de la representación. En opinión de Simon Tormey, empero, la representación puede ser iniciada ocasionalmente por un sentido de injusticia; entonces, lo que los individuos buscan en el ámbito público es una respuesta institucional a su búsqueda de justicia. Y la respuesta ideal en términos de pertinencia, eficiencia y personalización se encuentra, fatalmente, en el Poder Judicial más que en otras instituciones colectivas desacreditadas.

Si tomamos todos estos factores juntos, parece bastante evidente que todos evocan la pérdida de autoridad y de actualidad de la representación política frente al crecimiento de la confiabilidad de los jueces. Los tribunales están más dispuestos a hacerse cargo de las esperanzas de cambio, por encima de las legislaturas y de los administradores. Y la existencia de mecanismos como el procedimiento de juicio piloto o la acción de tutela con la DESI, ciertamente, si bien no demuestra el avance concreto de esta metamorfosis constitucional, puede empero sernos útiles al momento de es-

tar del lado de los organismos representativos o, ¿por qué no? para incluso reemplazarlos.

Y ¿qué decir respecto a la pregunta presentada en el título mismo del presente artículo? Los tribunales ¿están realmente destinados a parecerse y a actuar tal como los antiguos parlamentos? Aunque pudiera sonar provocativa, esta yuxtaposición es menos rebuscada de lo que pareciera a primera vista. En efecto, con respecto a los fundamentos y funciones de los parlamentos —en particular los parlamentos ingleses—; entre las ideas más firmemente arraigadas en la mente popular está la idea de que la legislación marcaba el propósito original de su existencia. Ahora bien, ésta es una idea que está tan profundamente arraigada como equivocada.

El libro clásico *The Evolution of Parliament* relata cómo configurándose como alta corte de justicia, el Parlamento inglés tuvo su origen en tiempos de Enrique II, alrededor de mediados del siglo doce. El nombrado convirtió a la corte del rey en matriz del derecho consuetudinario para Inglaterra; hizo de la misma un recurso común para todos sus súbditos que no fueran villanos: al invitarlos y atraerlos desde todos los rincones de Inglaterra, dándoles un ámbito común para que las ideas de derecho y libertad pudieran prosperar.⁹⁵

Eduardo I y Simón de Montfort, en cambio, legaron la matriz de la política común de Inglaterra. Dicho en términos generales, en la segunda mitad del reinado de Eduardo I, al final del siglo trece, recién comenzó a producirse una amalgama entre los representantes de los propietarios (“estados”) y la del común en el “parlamento”. Éstos contemplaban dos clases diversas de encuentros, cuyas amplias disimilitudes en composición y carácter se relacionaban por los métodos y momentos distintos de convocatoria. Sea como fuere, ambos tipos de reuniones se hacían bajo el nombre de “parlamentos”; aun cuando sólo una de ellas era una reunión grande y tumultuosa de arrendatarios sumado a los representantes provenientes de las ciudades y distritos. La otra, por el contrario, era una reunión más pequeña, más regular para el concejo del rey; en ella se contaban los prelados, magnates, jueces, y un grupo selecto de funcionarios que resolvían asuntos judiciales. La principal innovación de Eduardo I fue, precisamente, convocar a estas dos asambleas en el mismo lugar y en el mismo momento. Asegurada por la presencia del rey, la idea era lograr la cooperación entre los integrantes de los “estados” y de los “parlamentos”. Esta innovación representó la principal diferencia constitucional entre los parlamentos ingleses frente a aquellos otros del resto de Europa.

⁹⁵ Pollard, A. F., *The Evolution of Parliament*, 1926, p. 36.

Los condes, los obispos, y los barones; los abades, las abadesas, y las abadías, los condados, las ciudades y los distritos; los jueces, los funcionarios reales, y los extranjeros; los mercaderes y los judíos; los académicos de Oxford y Cambridge; los hombres pobres de este o aquel condado o distrito; e incluso un cuerpo de prisioneros, todos esperan justicia o favores en el parlamento. En efecto, las demandas son en su mayoría de personas individuales u organismos corporativos; no son las demandas comunes del pueblo de Inglaterra. Sin embargo, si suponemos que en promedio una cantidad de personas están interesadas en cada demanda y que, en algunas el número asciende a cientos, veremos entonces que miles de personas, muchas de ellas influyentes, estarían interesadas en la celebración de cada parlamento y tendrían asuntos legales que negociar; asuntos que no podrían ser solucionados en otro lugar.⁹⁶

Está claro ahora cuán engañosa y superficial puede ser la idea de que el parlamento se inventó con fines legislativos. Tampoco fue sólo la obra de un rey ni fue el fruto del ingenio de un hombre o una época. En cambio, fue

...un crecimiento desde las raíces extendiéndose más allá del siglo trece durante un período que data desde antes de la convocatoria a la burguesía o, incluso, con anterioridad a la de los caballeros del condado a Westminster. El tema de los edictos de Simon y Eduardo no dio lugar desde la nada a una nueva institución. Solo se trató de injertar nuevos brotes al viejo tallo de la *curia regis*, derramando savia jurídica al antiguo tallo que alimentaba y mantenía con vida al parlamento medieval. La especie, en efecto, era la misma, porque de otra manera el injerto habría fracasado, toda vez que, siendo el derecho una rama de la política, aun la semilla de la representación tuvo que ser concebida dentro de un marco jurídico. Por otro lado, téngase presente que Enrique II había diferenciado el derecho de la política al transformar la *curia regis* desde una reunión ocasional de barones turbulentos a convertirlo en un tribunal regular de jueces expertos. En síntesis, fue así que, por la obra de Eduardo I la reunión de estos elementos divergentes terminara siendo el alto tribunal del parlamento.⁹⁷

De manera que la visión que considera a los antiguos parlamentos nada más que la evolución del principio de la representación política es, a falta de palabras mejores, equivocada.

Traer de regreso la fase remota del constitucionalismo moderno, cuando la adjudicación de derechos coexistía con los primeros sobresaltos de la representación política en tiempos donde las demandas individuales in-

⁹⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 45.

volucran a una multitud de personas y sus circunstancias, no es prueba alguna de que el Poder Judicial hoy en día haya estado sufriendo la misma metamorfosis. Porque, claro, sabemos que la historia enseña lecciones más sofisticadas que las que dejan las meras repeticiones serviles. Sea como fuere, lo importante aquí —lo que no deberíamos olvidar—, es que el constitucionalismo tal como lo conocemos, ciertamente, puede ser descrito como una colección de inventos o intuiciones diversos que alguna vez fueron introducidos técnicamente en algunos determinados sistemas jurídicos. De todos modos, ello no es óbice para notar que aquél ha sido también el resultado de numerosas transformaciones ocurridas a lo largo del tiempo sin ningún diseño deliberado o superior. El progreso que el constitucionalismo ha proporcionado en los dos últimos siglos y su decidida consolidación en aproximadamente los últimos setenta años no debería hacer desaparecer el hecho concreto de que el constitucionalismo todavía se trata de un proceso. Desde hace dos generaciones, tal como lo conocemos, se trata de un desarrollo cuyos logros constitucionales no se afirmaron de la noche a la mañana.

Cuando, gozando de la confianza pública —sobre la rémora de desilusiones acaecidas por defecto de la clásica política representativa—, el Poder Judicial encuentra a su disposición nuevas y poderosas herramientas para abordar problemas estructurales, no resulta improbable advertir que este fenómeno pueda terminar precipitando un cambio constitucional gradual. Muy especialmente, si tenemos en cuenta otros factores que permiten comprender que algo serio ha ocurrido. Vale decir, con relación a nuestras democracias y su capacidad de respuesta, algo más sutil de lo que generalmente estamos en condiciones de percibir. Me estoy refiriendo a ciertos signos debidamente probados, que impiden insistir con contrarias interpretaciones optimistas.

Si reparamos en los datos que han sido divulgados en la *World Values Surveys (1995-2014)*, colectando cuatro indicadores seleccionados que permiten evaluar la legitimidad del régimen político por contraposición a la legitimidad del gobierno,⁹⁸ hay conclusiones interesantes que merecen atención. En la especie, se pondera el apoyo de los ciudadanos al sistema en general; el grado hasta el cual las instituciones fundamentales de la democracia liberal son respaldadas por la ciudadanía —por ejemplo, los derechos civiles—; la

⁹⁸ Según la distinción propuesta en *A Systems Analysis of Political Life* (1965), la legitimidad del gobierno mide la aprobación de la gente hacia un determinado gobierno elegido, mientras que la legitimidad del régimen evalúa la apreciación de la gente de la forma general de gobierno.

predisposición de impulsar causas políticas dentro del sistema político existente; el nivel de apertura hacia alternativas autoritarias —tanto en Europa occidental como en Estados Unidos, aquí puede notarse una importante diferencia entre las generaciones de entreguerras y la del *baby-boom*, por un lado, frente a la de los *millennials*, por otro—. Respecto a cada indicador, el porcentaje de *millennials* que critica a las instituciones democráticas —o que valora cínicamente a la democracia—; o que simplemente tiene menos esperanza —o directamente des Cree— en las posibilidades transformativas de políticas públicas apoyando alternativas autoritarias, claramente, se trata de una tendencia no sólo marcadamente mayor que entre las generaciones de entreguerra y *baby boomers*, sino que la misma es una tendencia que crece en el tiempo. De acuerdo con la tesis del presente artículo, este dato es particularmente revelador con respecto al tercer indicador:

...la salud de la democracia depende no sólo del apoyo a valores políticos fundamentales, como los derechos civiles, sino que también precisa la participación activa de la ciudadanía informada. En efecto, siguiendo la tradición de la obra clásica de 1963 de Gabriel Almond y Sidney Verba, *The Civic Culture*, sucesivos estudios han demostrado que los compromisos cívicos impactan en la capacidad de la democracia para distribuir bienes públicos, hacer responsables a los funcionarios, y para proporcionar un gobierno efectivo. Luego, la sólidamente comprobada merma en la participación política formal —claramente, a partir de la década de 1960 la asistencia a votar ha venido disminuyendo, mientras la membresía en los partidos políticos se ha desplomado en prácticamente todas las democracias establecidas—, en su conjunto, ha hecho todavía más difícil el cuadro de situación.

Tal como las generaciones más jóvenes se muestran menos comprometidas con la importancia de la democracia, así también resulta menos probable que las mismas se comprometan políticamente. En efecto, tanto en Europa Occidental como en Norte América, el interés por la política ha declinado rápida y marcadamente entre los jóvenes.⁹⁹

Con respecto al futuro de la democracia, la encuesta nacional 38 del Pew Research Center¹⁰⁰ —difundida en octubre de 2017—, presenta otras razones a tener en cuenta. En ella puede advertirse que más de la mitad de los entrevistados en las diversas naciones encuestadas piensan que la de-

⁹⁹ Foa, Roberto Stefan y Mounk, Yascha, “The Danger of Deconsolidation. The Democratic Disconnect”, 27, *Journal of Democracy* 5, 2016, p. 10.

¹⁰⁰ Wike, Richard et al., *Broad Support for Representative and Direct Democracy. But Many Also Endorse Nondemocratic Alternatives*, disponible en: <http://www.pewglobal.org/2017/10/16/globally-broad-support-for-representative-and-direct-democracy/>.

mocracia representativa es una manera muy o medianamente buena para gobernar sus respectivos países.

...las mayorías involucradas en casi todas las naciones aceptan otra forma de democracia que muestre menos peso a quienes son representantes electos. Un promedio global de 66% dice que la democracia directa es preferible. Esto es, opta por un modelo según el cual los ciudadanos, en vez de los funcionarios elegidos, deciden directamente votar la solución de los temas más acuciantes. Para ellos, ésta sería una buena manera de gobernar. En particular, esta es una idea muy atractiva entre los populistas de Europa del Oeste.

Pero, aún más interesante, la encuesta revela también que grandes cantidades de personas en muchas naciones aceptarían sistemas políticos inconsistentes con la democracia liberal. Por ejemplo, cuando se les pregunta sobre un sistema en el cual expertos desplazan a los representantes elegidos en la toma de decisiones importantes sobre la base de lo que su propio entendimiento les indica que es mejor para el país, un promedio de 49% —en 38 países— sostiene que sería una buena manera de dirigir la nación.

La tecnocracia tiene asimismo sus acérrimos defensores. En efecto, a pesar de que los estadounidenses y los europeos son más renuentes respecto a esta alternativa (con un promedio que va entre un 43% y 40%, respectivamente), hay sin embargo un pico que la considera una buena opción; así lo sostienen dos tercios de húngaros (68%); esta tendencia se nota también en Francia y Alemania (un porcentaje de 44%), España (49%) y Polonia (50%). Vale decir, no son pocos los países europeos que están por encima del promedio. Por lo tanto, una vez más, lo que es verdaderamente preocupante es que

...en las economías avanzadas, la gente joven se encuentra especialmente atraída por la tecnocracia. En los EEUU, la brecha es de 10 puntos de porcentaje —46% de quienes tienen entre 18 y 29 años—, aunque esta cifra se reduce a sólo 36% entre quienes tienen 50 o más años. De todos modos, son muchos los que afirman que sería bueno que las decisiones las tomaran expertos en lugar de funcionarios elegidos por el voto. La variable joven-anciano se vuelve aún más notable en Australia (19 puntos en promedio), Japón (18 puntos), Reino Unido (14 puntos), Suecia (13 puntos) y Canadá (13 puntos).

No podemos saber con precisión cuán graves son estos signos de advertencia sobre el futuro de las democracias consolidadas ni podemos saber a ciencia cierta si es la actitud de las generaciones jóvenes la razón que, particularmente, está echando un manto de sombra al futuro de las democracias. Lo que parece volverse visible, sin embargo, es que la política representativa

difícilmente pueda ser la misma. La falta de compromiso político, la desconfianza en la política, y la inclinación hacia la tecnocracia —especialmente entre la juventud—, afirman esta impresión. En este contexto, se vuelve por lo tanto plausible imaginar que la confianza en los expertos podría fortalecer la reputación de los jueces, respaldada en la práctica por su involucramiento en la resolución de reclamos individualizados en materia de derechos; todo ello, claro está, en medio de un contexto donde la búsqueda de justicia para problemas estructurales por parte de las personas agraviadas ha permitido el desarrollo de mecanismos específicos al interior de los tribunales.

Es muy difícil decir si estos fenómenos son simples destellos de un día o si se trata de evidencia de una transformación verdaderamente profunda. Ciertamente, empero, vale la pena plantearnos la pregunta. En otras palabras, no estando en la agenda corriente, es útil reflexionar sobre el bien —o el mal— que estos acontecimientos pueden llegar a provocar en el futuro constitucionalismo. Por el momento, en última instancia, nos conformemos con situar el debate y la reflexión sobre qué novedades pueden estar asomándose dentro de las formas usuales del constitucionalismo.