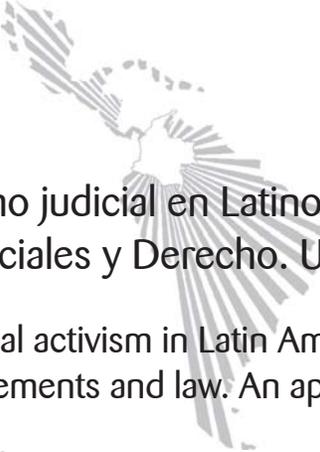


ENSAYO

Recibido: 04/02/2019

Revisado: 28/02/2019

Aprobado: 22/03/2019



Activismo judicial en Latinoamérica: Movimientos sociales y Derecho. Una aproximación

Judicial activism in Latin America: Social movements and law. An approximation

Ángelo Mauricio Victoria Russi

Docente Facultad de Derecho -Universidad Libre – Seccional Cali

Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia

Docente. Universidad Libre. Seccional Cali

Email: maurorussi@gmail.com

Doi: <https://doi.org/10.22267/rceilat.194445.31>

Resumen

Desde orillas conservadoras o progresistas, no se puede negar que en las últimas décadas el activismo judicial de los tribunales latinoamericanos en sede constitucional, ha favorecido ciertos movimientos sociales.

Esto no obsta para desestimar los peligros que conlleva este activismo, tensión entre razón de Estado y razón jurídica, ambivalencia que provoca la actividad para caracterizar al tribunal como legislador negativo o legislador positivo, preocupación por las garantías individuales o por el proceso político democrático, la inminente función legislativa e incluso constituyente que debe asumir. A continuación esbozaremos consideraciones históricas para sustentar por qué existe un activismo judicial de corte “publicista” cuando se trata de abordar temáticas relacionadas con movimientos sociales, en el seno de los tribunales constitucionales latinoamericanos, para seguidamente apuntalar en algunos fallos de estos países, y terminar con otros de Colombia.

Palabras clave: Activismo Judicial; Movimientos sociales.

Abstract

From conservative or progressive sides, it cannot be denied that in recent decades the judicial system of the Latin American constitutional courts have favored certain social movements.

This does not prevent, to dismiss, the dangers that this activism entails. Tension between state reason and legal reason. Ambivalence caused by the activity to characterize the court as a negative legislator or positive legislator.

Concern for individual guarantees or for the democratic political process. The imminent legislative function and even the constituent role assumed.

The study outline historical considerations to support why there is a “publicist” judicial activism when it comes to address issues related to social movements within the Latin American constitutional courts, to then underpin some judgments of these countries, and end with others from Colombia

Key words: Judicial Activism; Social movements.

1. Constitucionalismo y posición Geopolítica

Los momentos del constitucionalismo occidental van aparejados a su posición geopolítica en el hemisferio de acuerdo a los planteamientos de Wallerstein, por eso son distintos entre Europa y EEUU en comparación con los de Latinoamérica. En este sentido, estos difieren tratándose de países centrales. -“Los Procesos de Centro que se dan en los países centrales, son aquellos que combinan un estilo de producción avanzada en tecnología de la comunicación y de la información, elevado uso de tecnología, elevados salarios, mano de obra especializada, grandes acumulaciones de capital, dueños de las principales compañías multinacionales del mundo. Este es el caso de los Estados Unidos, Canadá, todos los países que conforman la Unión Europea (sobre todo Inglaterra, España, Italia, Alemania, Francia) y Japón”. (Wallerstein, 2006, p. 14). Países periféricos: “Los Procesos de Periferia, son aquellos que combinan un estilo de producción rudimentaria, escaso uso de tecnología, bajos o inexistentes

salarios, mano de obra barata, bajas o inexistentes acumulaciones de capital. Este es el caso de los países del Tercer Mundo como aquellos que conforman América Latina y el Caribe, países del este asiático (excepto Japón y los Nuevos Países Industrializados), países de África y de Oceanía (excepto Australia y Nueva Zelanda)”. (Wallerstein, 2006, p. 16). Países semiperiféricos “La Semiperiferia son lugares que alternan características de los procesos de centro y de los procesos de periferia. Son lugares donde hay procesos de ambas tendencias, aunque hay que reconocer el predominio de uno más que el otro, por ejemplo en los Nuevos Países Industrializados (Corea del Sur, Taiwán, China, Malasia, Singapur) que son países semiperiféricos con tendencia a procesos de centro. Otro ejemplo, es la Argentina, Brasil y Colombia, que si bien forman parte del tercer mundo, tienen una industria y actividades económicas un poco más diversificadas que el resto de los países, sobre todo Brasil, pero no le quita que en estos países, por más que sean semiperiféricos, hay un predominio de los procesos de

periferia”. (Wallerstein, 2006, p. 17). En estas etapas el Juez ha alcanzado un papel protagónico, pues de alguna manera siempre ha existido un conflicto entre éste, y los otros órganos del poder soberano, es por ello que se habla de la “judicialización de las disyuntivas políticas” (Kalmanovitz, 2001, p. 125).

Los conflictos de los jueces se fundan en su legitimidad, su capacidad, y su independencia. Por ejemplo en Colombia con el Acto Legislativo No. 3 de 2011 se previó en la Carta Política el principio constitucional de la Sostenibilidad Fiscal, cuestión que obliga al Juez Constitucional a que a la hora de tomar decisiones en materia de derechos fundamentales consultar el presupuesto de quienes deben ejecutarlo para dilucidar si es posible la materialización del derecho que se tutela-, por lo que ha existido una fuerte discusión teórica sobre la función que cumplen en las democracias contemporáneas (Uprimmy, García Villegas, 2006, p. 306). Así, mientras en Europa el debate ha sido permeado por el problema de la legitimidad del activismo en una situación social caracterizada por las crisis del Estado de bienestar, en Estados Unidos el problema se ha planteado como una estrategia política de los movimientos sociales dirigidas al logro de decisiones judiciales favorables o de reformas legales; mientras que en América Latina (Losing, 2002, p. 35), se busca que el reconocimiento de los derechos fundamentales no sea únicamente en la teoría, sino que se materialice en la práctica, y por ello se ha previsto dotar a los ciudadanos de

instrumentos procesales eficaces, como lo anotaremos adelante.

1.1 Europa: liberalismo, bienestar, y crisis

El “Estado Liberal” abarca todo el siglo XIX y se prolonga hasta la primera guerra mundial, allí se dio el afianzamiento del modelo judicial moderno que se edificó en la teoría de la separación de los poderes donde el legislativo asume un claro predominio sobre los demás, mientras el judicial es, en la práctica neutralizado políticamente (Santos & García, 2001, p. 90), a través del principio de legalidad. “La prohibición de que los jueces decidan *contra legem* y, del principio de subsunción racional-formal, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, está desprovista de referencias sociales, éticas o políticas” (Santos, 2009, p. 81), que los obliga a garantizar un marco jurídico-político preconstituido. Fue durante la República Francesa pos-revolucionaria cuando se aceleró una integración de los diversos sistemas legales, con fundamento en el principio de la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento revela que la solidificación de la centralización se alcanza por reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único código civil para regir toda la sociedad, código que después sería acogido en Latinoamérica con la traducción de Andrés Bello para Chile, y luego Colombia-. Posterior a la segunda posguerra mundial se arraigó en los países centrales una nueva forma política, el “Estado

de bienestar”, que se caracterizó al consagrar constitucionalmente los derechos sociales y económicos, pero no como un mero vínculo negativo entre el Estado y sus asociados, sino que se concreta mediante servicios que debe proveer el Estado; se instituyen nuevos instrumentos procesales para su protección, como las acciones de amparo, acciones populares entre otras, para la protección de intereses difusos, lo que otorga una mayor visibilidad a los jueces, quienes deben enfrentarse a aspectos torales como eficacia, eficiencia y acceso al sistema judicial (Santos, 2009, p. 83).

Posteriormente, las primeras manifestaciones de la “crisis” del Estado benefactor acaecieron entre el ocaso de la década de los sesenta y los albores de la década de los ochenta, crisis que aún hoy continúa. Entre sus causas principales se encuentran la incapacidad financiera del Estado para atender los gastos de la beneficencia estatal y la creación de una enorme burocracia que desarrolla su gestión con altos índices de desperdicio e ineficiencia (Wolkmer, 2003 p. 118). También ha contribuido en la crisis, la difusión del modelo neoliberal, la creciente preeminencia de las agencias financieras internacionales: Banco Mundial - BM. Es un órgano especializado de la ONU establecido para brindar asistencia financiera y técnica para los llamados países en desarrollo. Su propósito es reducir la pobreza mediante préstamos de bajo interés y apoyos económicos a las naciones en desarrollo. Está integrado por 186 países miembros. Fue creado en 1944 y tiene su sede

en la ciudad de Washington, Estados Unidos. (Millet, & Toussaint, 2002 p. 90); Fondo Monetario Internacional - FMI, planteado el 22 de julio de 1944 durante una convención de la ONU en New Hampshire, Estados Unidos, y su creación como tal en 1945. Sus objetivos principales son la promoción de políticas cambiarias sostenibles a nivel internacional, facilitar el comercio internacional y reducir la pobreza. Forma parte de los organismos especializados de las Naciones Unidas, siendo una organización intergubernamental que cuenta con 187 miembros. Actualmente tiene su sede en Washington D.C. (Millet, & Toussaint, 2002, p. 81) y Organización Mundial del Comercio - OMC, establecida en 1995, se encarga de administrar los acuerdos comerciales negociados por sus miembros, además de ser un foro de negociaciones comerciales multilaterales, administra los procedimientos de solución en diferencias comerciales, y coopera con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con el objetivo de lograr una mayor coherencia entre la política económica y comercial a escala mundial. Su sede está ubicada en Ginebra, Suiza. (Millet, & Toussaint, 2002, p. 97) y la globalización de la economía (Santos, p. 85). Ante la desregulación de la economía, el juez empezó a perder protagonismo, en razón a la aparición de los mecanismos alternativos de solución de los litigios, lo que hizo que la vía jurisdiccional del Estado fuera menos llamativa (Santos, p. 86 2001). Además de lo anotado, en este periodo se agravan las desigualdades sociales ante el anquilosamiento de los derechos sociales y económicos que

ya no pueden ser ejercidos de manera independiente del ciclo económico. “Es la indeterminación de la actividad global, caracterizada por la expansión o la contracción simultánea de la producción en la mayoría de los sectores y que suceden en una época o periodo determinado. Son las variaciones en el ritmo de crecimiento del PIB que se producen de manera repetitiva en el tiempo” (Mahecha, 1986, p. 56), lo cual ocasionó un debilitamiento de algunos grupos sociales. Por otra parte, los jueces de este período dirigen su actuación a combatir mayormente a la corrupción y no enfrentan la discrepancia de la agenda política (Mahecha, 1986, p. 87).

1.2 El constitucionalismo en la periferia y la semiperiferia

La evolución en estos espacios fue muy distinta a la de los países centrales; por ende, las etapas que atravesó el constitucionalismo de esos territorios, fue diametralmente opuesto al de los estados centrales. Por ejemplo, durante los siglos XVIII y XIX y principios del siglo XX, época que coincide con el estado liberal de las naciones desarrolladas, muchos de estos países eran colonias “(...) países que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados a aceptar las normas jurídicas de la metrópolis –el colonialismo inglés, portugués, etc.”– (Wolkmer, 2003 p. 116). África y otros apenas comenzaban sus luchas independentistas (Latinoamérica). Por otro lado, el estado benefactor es un fenómeno político exclusivo de los países centrales (Wolkmer, 2003 p. 87). Es menester

acotar, que estos se encuentran caracterizados por exageradas desigualdades sociales, que difícilmente son paliadas por los derechos sociales, los cuales, “*o no existen o tienen una aplicación muy deficiente*” (Uprimny y García, 2006 p. 99). Asimismo, los propios derechos de primera generación, son aplicados de manera precaria ante la gran inestabilidad política que han vivido estos países con ocasión de las dictaduras -Argentina (1976-1983), Bolivia (1980-1982), Brasil (1964-1985), Chile (1973-1990), Ecuador (1972-1979), El Salvador (1931-1980), Guatemala (1970-1986), Honduras (1972-1982), Nicaragua (1967-1979), Panamá (1968-1989), Paraguay (1954-1993), Perú (1968-1980), Uruguay (1973-1985).

La independencia que ostentaban los jueces en el periodo liberal en los países centrales, ha dominado en los periféricos y semiperiféricos y quizá solamente hasta ahora esté siendo confrontada (Uprimny y García, 2006 p. 101). Dicha circunstancia, se ha acentuado desde la década de los setenta del siglo XX cuando comienzan a decaer los regímenes autoritarios y la democracia se convierte en el nuevo estandarte político; así vemos como a finales de los años setenta fueron los estados de la periferia europea, en los ochenta los latinoamericanos, a finales de la década de los ochenta los del este europeo y a principios de la década de los noventa algunos africanos. Sudán (1993), Túnez (1987) Kenia (1992), El Congo (1997), Cabo Verde (1991), Mozambique (1992) (Uprimny & García, 2006 p. 102). Estas transiciones sucedieron en un momento en el que

en los países centrales se vivía ya la crisis del estado de bienestar, lo cual desencadenó que se consagraran constitucionalmente, al momento de iniciar su transición democrática (Uprimny & García, 2006 p. 102), los derechos que en aquellos habían sido consagrados a lo largo de su devenir histórico. En el período liberal, los derechos civiles y políticos, en el período del Estado de bienestar, los derechos económicos y sociales y en el período del pos-Estado de bienestar, los derechos de los consumidores, de la protección del ambiente y de la calidad de vida en general.

1.3 Constitucionalismo fuerte en América Latina

El constitucionalismo latinoamericano, no reúne, en esencia, las características propias del Neoconstitucionalismo tal como se dio en Europa por diferencia de tiempos, como se acaba de explicar, que impiden reunir las características necesarias (obras, jurisprudencia, y desarrollos teóricos (Comanducci, s.f. p. 75).

De ahí, que demos por enunciar mejor un nuevo constitucionalismo en América latina.

Desde sus inicios en la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, el neoconstitucionalismo tomó como fuente de inspiración el constitucionalismo de la tradición norteamericana. Sin embargo, su origen histórico se remonta a la jurisprudencia de los tribunales alemanes y a la llamada Ley de Bonn, que hizo las veces de Constitución Política desde 1949 (Santiago, 2008). Algunas transformaciones de

este nuevo enfoque se expanden por la década de los noventa del siglo XX hacia América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la Constitución de 1991 y la sorprendente jurisprudencia de la Corte Constitucional), a los países que dejaron atrás el comunismo; además de Sudáfrica, India y Turquía; en todas estas regiones, donde adquiere importancia la constitución como norma jurídica, las cortes constitucionales se convierten en órganos que velan por asegurar su supremacía y permiten el desarrollo de los derechos humanos. Se caracteriza porque los derechos fundamentales pasan a ser considerados valores que trascienden todo el ordenamiento político jurídico del Estado e incluso la vida cotidiana (Guastini, 2001, p. 71), consagrándose garantías judiciales para hacerlos efectivos. Por dicha razón se puede decir que se pasa de la soberanía del legislador a la palabra final a cargo de los jueces (Zagrebelsky, 2003, p. 154), porque "*La verdadera democracia es la democracia de los jueces*" (Zagrebelsky, 2003, p. 155).

Sin embargo, las nuevas tendencias del constitucionalismo latinoamericano, no lo ubican de manera inmediata en el neoconstitucionalismo, sino que como lo afirma Uprimny, nos encontramos frente a normas que reconocen una gran variedad de derechos, principios y aspiraciones, estableciendo formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que los mismos se cumplan (Uprimny, 2011a. p. 124).

A partir de lo anterior, podemos hablar de un constitucionalismo nuevo para América Latina, que lo distingue

a su vez, tanto de los constitucionalismos de otras partes del mundo, así como de los ordenamientos constitucionales anteriores en la región, lo que permite precisar que la aspiración está dada por lograr una fuerte protección por parte del juez, de los derechos, garantizando a su vez una participación y una deliberación democrática contundente, que implique la eficacia del ejercicio y la materialización de estas garantías.

2. Latinoamérica: Movimientos sociales, acción política y judicial

Entre los movimientos sociales que en América Latina históricamente han luchado para alcanzar el reconocimiento de sus derechos, están los indígenas, feministas, las comunidades LGBTI-Lesbiana, Gay, Bisexual, personas transgenero e intersexuales-, campesinos sin tierra del Brasil y sindicalistas, entre otros, frente a los cuales las cortes constitucionales de la región se han pronunciado. Pero antes de esto, avocaremos unas cuestiones formales o procedimentales.

2.1 Medios procesales para acceder a los tribunales constitucionales Latinoamericanos.

En esta materia, el derecho constitucional latinoamericano ha sido muy imaginativo (Fix, 2001, p. 21-22). Los Tribunales Constitucionales han generado una especie de revolución política y social, con una jurisprudencia que ha logrado presionar al legislativo y al ejecutivo hacia una modernización estatal sobre la construcción de un

Estado progresivamente garante de los derechos humanos. En este proceso, dadas las asimetrías entre los avances jurisprudenciales y las tardías o nulas respuestas de los gobiernos nacionales y de los parlamentos, estos tribunales han llegado a orientar con sus fallos las políticas públicas, rebasando los límites ortodoxos en que se ha encaillado el poder judicial en un Estado de derecho. “Las garantías constitucionales como *“los medios jurídicos encaminados a la protección y al amparo de la libertad constitucional”*. El derecho generalmente no se basa a sí mismo para lograr la efectividad, de donde precisa un medio para tener vigencia práctica y efectiva, y este es la garantía. El derecho es el protegido, la garantía la protectora. Las garantías pueden ser constitucionales o legales, según tengan su fundamento en la Constitución o en la ley. Pueden ser también jurisprudenciales, si se crean por una construcción de la jurisprudencia. Las garantías constitucionales, protegen los derechos no solo contra los particulares, sino también contra el Estado. La garantía legal, en cambio, puede ser dejada sin efecto por el Estado y su eficacia frente a la misma consecuencia de la autolimitación. Caso que ocurrió en Colombia con la constitución del 1886 que podía estar vigente formalmente, pero en la mente del jurista de esa época, la constitución real, la que contenía los principios de la ordenación social, estaba en el código civil” (Linares Quintana, s.f. Tomo V, p. 335).

Debemos destacar que los instrumentos específicos para la protección

jurídica y procesal de los derechos, examinados en su conjunto se caracterizan por tres principios básicos: a) un procedimiento sencillo y rápido, b) amplias y eficaces medidas cautelares que impiden la consumación irreparable de las violaciones de los derechos fundamentales, c) una decisión que tiende a la restitución de los propios derechos infringidos, hasta donde ello sea posible, y en la que, además, se establezcan las medidas de reparación de los daños y perjuicios (Fix, 2001 p. 6). Por lo anterior es menester mencionar unos instrumentos tradicionales que empezaron su funcionamiento a finales del siglo XIX como el mandamiento de amparo. La acción de tutela o recurso de amparo es un mecanismo cautelar, subsidiario, preferente, breve y sumario mediante el cual toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, puede reclamar antes los jueces la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respeto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Vargas, s.f.). Habeas corpus, este instrumento difiere de la acción de tutela o recurso o mandamiento de amparo, en que protege los derechos fundamentales de la libertad e integridad personal. Ordenamientos jurídicos como el de Colombia lo han separado del medio procesal de la acción de tutela en cuantos otros ordenamientos como Chile, México y Venezuela, garantizan esta

protección en su mismo mandamiento de amparo. Este instrumento surgió, en el derecho inglés medieval, como un procedimiento que implicaba la presentación de una persona ante los jueces pero su modalidad más importante era la de servir como medio para solicitar al juzgador la presentación de una persona privada de su libertad para que se examinara la causa de dicha privación, y en su caso, fuese puesto en libertad. Este instrumento pasó de Inglaterra a las colonias inglesas y de allí a Latinoamérica donde se tiene como un instrumento que le permite al individuo acceder a los jueces en pro de la protección de un derecho fundamental específico (libertad e integridad personal), e instrumentos más novedosos como: mandado de seguridad colectivo, esta nueva institución tutelar, es regulada en el artículo 50 parágrafo LXX de la carta federal brasileña de 1988, como una ampliación del instrumento del mismo nombre en su ámbito individual. Protege derechos de carácter colectivo por medio de un procedimiento breve y rápido que caracteriza el mandato de amparo individual, ya que el reciente medio tutelar puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el congreso nacional, por organizaciones sindicales, por entidades gremiales y por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento cuando menos durante un año, acción de cumplimiento. Como garantía constitucional fue establecida en el artículo 200.6 de la Constitución peruana de 1993, y procede contra cualquier autoridad o funcionario que esté renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, por lo que tiene similitudes con el

llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano, que significa la petición de una orden judicial para obligar a una autoridad remisa que cumpla con una obligación legal. En Colombia se implementó este mecanismo mediante la Ley 393 de 1997 que desarrolló el artículo 87 Superior que contempló la figura, y acción popular, adquiere varios significados en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, entre los cuales podemos destacar la calificada como *acción popular de inconstitucionalidad*, que en las primeras décadas del siglo XX fue establecida por las cartas fundamentales de Colombia y Venezuela para otorgarles a los gobernados el derecho de acudir a las Cortes supremas de dichos países (a partir de la carta colombiana de 1991 ante la Corte Constitucional y en la de Venezuela de 1999, atribuida a la sala constitucional del actual Tribunal Supremo de Justicia), para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas contrarias a la constitución respectiva, institución que posteriormente se extendió a varias constituciones de nuestra región. En el sentido anterior no constituye una innovación, ya que esta radica en la acción popular como instrumento para tutelar derechos colectivos, particularmente los considerados como difusos. En esta dirección podemos señalar a la consagración de esta institución en la carta brasileña de 1988 artículo 50 parágrafo LXXIII, con antecedentes en disposiciones constitucionales anteriores, y en la ley suprema de Colombia de 1991, artículo 88. Estos mecanismos que son fuente de esperanza, de unión y de consuelo, es lo que en muchas movilizaciones ha dado lugar a que

se escuchen consignas como “*tutela, gracias a ti estamos vivos*” (Albarracín, s.f.).

2.1.1 Acción de Tutela en Colombia

Este mecanismo ha tenido una notable acogida entre la ciudadanía, debido al grave déficit de la Constitución de 1886. En efecto, esta modesta carta de derechos, se hallaba en un modelo de estado confesional donde el individuo, en palabras de Gaona Cruz (Campos y Pedraza, 2007, p. 23), “*era tratado como ciudadano y al mismo tiempo como feligrés*”. Solo existía la acción pública de inconstitucionalidad, algunas acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el control automático de los decretos legislativos adoptados al amparo del estado de sitio, el cual, valga decirlo, fue de aplicación permanente durante varias décadas.

Desde esta perspectiva, la tutela ha contribuido, a paliar el déficit crónico de legitimidad que afecta a las instituciones democráticas colombianas, colmando vacíos de poder dejados por la inactividad, la pasividad y la indiferencia. De igual manera, la extensa y original jurisprudencia constitucional sentada por la Corte en sede de tutela ha contribuido a desarrollar diversas teorías sobre los derechos fundamentales, las cuales han permeado prácticamente todos los ámbitos del derecho público y privado (Vargas, s.f. Op. cit.)

Por último, aunque no menos importante, la acción de tutela ha contribuido a que los ciudadanos, que inveteradamente habían sido discriminados y marginados socialmente,

invoquen directamente los derechos en las diversas esferas de sus actividades (Restrepo, 2002).

2.2 La acción político-judicial

Los pueblos indígenas de América Latina, en los últimos veinte (20) años, gracias a innovaciones legales como la acción de inconstitucionalidad, acaecidas en el ámbito nacional e internacional, se han convertido en sujetos de derechos siendo reconocidos como colectivos específicos con derechos diferenciados respecto del resto de la ciudadanía, lo cual implica ámbitos de gobierno autónomo y jurisdicción propia, para generar un carácter pluriétnico. El movimiento indigenista latinoamericano se crea en 1940 con la realización del primer congreso donde se reconoce la existencia del pluralismo étnico y la necesidad consecuente de políticas especiales, para así fomentar el fortalecimiento y visualización de sus culturas. Dicho congreso se realizó en la ciudad de Lima (Perú), incorporándose el nivel de autodeterminación interna, lo que no solo implica un cambio de instituciones normativas del pacto social, sino que configura también un evento histórico-político, que se basa en la expresión de refundar un país y de repensar sus relaciones con los pueblos originarios.

La discrecionalidad fuerte que han protagonizado los jueces constitucionales, amén de los matices socioculturales advierten un óptimo escenario para este movimiento, dentro de tres (3) tipos disimiles de constitucionalismo en América Latina: el pluralismo liberal –Chile (Constitución de 1980),

Uruguay (Constitución de 1967) y Costa Rica (Constitución de 1949)–, que reconoce derechos especiales de grupo a las comunidades étnicas; el constitucionalismo multiétnico –Colombia (Constitución de 1991)– en el que la jurisprudencia de las Cortes constitucionales procura la defensa de los derechos de estas comunidades; y el constitucionalismo multicultural –Ecuador (Constitución de 2008) y Bolivia (Constitución de 2009) producto de gobiernos alternativos– que trasciende las características de los anteriores modelos, al establecer un Estado plurinacional e intercultural (Uprimny, 2011b, p. 158).

Las nuevas constituciones políticas latinoamericanas les han concedido la posibilidad de participación política en todos los estamentos de los Estados, así por ejemplo tal facultad en Colombia se encuentra estipulada en el artículo 176 de la Norma Superior –*La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional. La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas*–, mientras que en Venezuela la encontramos en el artículo 125 –*Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley*–, en Ecuador en el canon 84 –*El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a*

los derechos humanos”–, en Bolivia a través del artículo 30 –Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española”–, en Paraguay por medio del artículo 65 –Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales”–, y en México se encuentra contemplado en el artículo 2º –la nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”–, solo por citar algunos ejemplos.

Otro grupo que históricamente ha buscado el reconocimiento y la protección activa de sus derechos es el de las feministas, con el derecho al voto en Latinoamérica en el año de 1927 en Uruguay y así sucesivamente en la totalidad de los países latinoamericanos –Argentina (1947), Bolivia (1938) Brasil (1932) Chile (1934) Colombia (1954) Ecuador (1927) Paraguay (1961) Perú (1955), Venezuela (1946)–. Quizá el gran objetivo del movimiento es el derecho a abortar, aunque algunos colectivos feministas no lo compartan (Human Life International, s.f.) –El movimiento Human Life International está en contra del aborto por los contraindicaciones médicas que existen para las mujeres que mediante el aborto

buscan escoger el sexo que desean para sus bebés e interrumpen sus embarazos todas las veces que se requieran hasta obtener el sexo deseado; por otra parte, sostienen que es infame el apoyo económico a quienes realizan los abortos–, en América Latina se encuentra fuertemente restringido; incluso, en cinco países está prohibido el aborto en cualquier circunstancia, tales como Chile, Honduras, El Salvador, República Dominicana y Nicaragua. Por su parte en México se realizó una reforma del artículo 144 del Código Penal, donde se estableció la despenalización del aborto mediante una reformulación de la definición jurídica del mismo, ahora sólo se castiga si se realiza después de la semana doce de gestación, convirtiéndose junto a Cuba y Puerto Rico como los lugares más flexibles en esta materia.

En cuanto al movimiento LGBTI, han logrado un avance paulatino, a pesar de la línea social de corte canónico y conservador latinoamericano con la expedición de la Ley N° 26.743 del año 2012 en Argentina, que consagra el derecho humano fundamental de toda persona al reconocimiento de su identidad de género autopercibida. (Uprimny, 2011b, p. 212).

Además sostiene la gratuidad del trámite que busca implantar la emisión de una nueva partida de nacimiento y la posterior entrega del nuevo DNI (documento nacional de identidad), contemplando un formulario único de solicitud en todo el país, a los efectos de facilitar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la ley.

Ahora bien, en este orden cabe destacar los movimientos de los trabajadores rurales sin tierra en Brasil, colectividad de inspiración marxista que busca la reforma agraria. Este movimiento nace de la inconformidad por la reforma agraria de 1970 establecida por la junta militar. Busca superar el notable empobrecimiento de los campesinos brasileños en la década de los 80 y 90 a causa de la concentración de la tierra, encontrándose “(...) *entre los movimientos sociales más grandes de Latinoamérica contando entre sus miembros a un millón y medio de campesinos sin tierra organizados a lo largo de 23 de los 27 estados de Brasil*” (Uprimny, 2011b p. 212).

Con una rica herencia de luchas populares, el contexto brasileño abraza un conjunto de rasgos negativos resumidos en la persistencia del “*autoritarismo social*” (Chaves, Dagnino y Almeida, 2002 1978, p. 23), donde predomina el hombre al dominar a la mujer, el rico al pobre y el habitante urbano al rural, el blanco a los negros, mestizos e indios.

Entre tanto, los colectivos sindicalistas a nivel latinoamericano han luchado desde las primeras décadas del siglo XX. A manera de ejemplo, los sindicatos en Colombia, quienes con la creación de la Carta de 1991 y la actividad de la Corte Constitucional han delineado un sendero en el que se indica a los jefes que los sindicatos no son una organización con ánimo de lucro, sino que velan por el mantenimiento y la protección de los derechos de los trabajadores.

2.3 Activismo Judicial de la Corte Constitucional colombiana

Podemos decir que se han presentado problemáticas concretas, como las tres planteadas por Bonilla (Bonilla, 2009, p. 188). Una de ellas tiene que ver con el caso de una base militar que construyó el gobierno nacional en un territorio indígena integrado por las comunidades Huitoto y Muinania. La Corte admitió la pugna entre dos intereses generales, pero le dio la razón al gobierno porque consideró que estaba en juego la seguridad nacional. En otro caso similar denominado “cristiana”, donde se había construido una carretera sobre un territorio indígena, le dio la razón esta vez a la comunidad primitiva porque se atentó contra el derecho al trabajo, a la propiedad privada y a la integridad cultural. Otro caso trascendental, la sentencia C-355 del 10 de mayo 2006 que estableció el aborto para tres casos puntuales –Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, cuando el embarazo es producto de violación o incesto y/o cuando el feto no tiene posibilidades de sobrevivir por fuera del útero–.

Por su parte, respecto al tratamiento que le ha brindado la Corte Constitucional a la comunidad LGBTI para que estos alcancen su legitimidad política, podemos afirmar que en un comienzo, la Corte reconoció los derechos que los homosexuales reclamaban individualmente -Corte Constitucional. Sentencia T-097/94. M.P. Eduardo Cifuentes

Muñoz-, y que a partir de la sentencia C-075 de 2007, brindó un espacio de igualdad a las parejas homosexuales frente a las heterosexuales, admitiendo la unión marital de hecho entre ellos, al establecer que los requisitos para que se declare una unión marital de hecho entre compañeros del mismo sexo, son los mismos que los de las parejas tradicionales, además de que amplió el ámbito de aplicación de la 54 de 1990 en lo que atañe al reconocimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, aunque sin evidenciar un avance significativo en cuanto al matrimonio. Es preciso hacer un breve comentario al fallo más ambicioso de la Corte Constitucional Colombiana en sus dos (2) décadas de existencia, el cual fue proferido el día 22 de enero de 2004 -Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y en el cual declaró que la dramática situación de los más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en Colombia –segunda cifra más alta en el

mundo después de Sudán–, constituye un “Estado de Cosas Inconstitucional”. Por una parte, esta declaración se sustentó en un estudio sobre la violación masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las personas desplazadas debido a su especial condición de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad, entendida la primera como aquella situación que sin ser elegida por el individuo desplazado, si le impide acceder a unas garantías mínimas para alcanzar efectivamente la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, a la adopción de su propio proyecto de vida-. Mediante esta providencia, determinó que las fallas estructurales de las políticas del Estado colombiano son un factor que contribuye a ello; además que pretendió la creación de instrumentos para superar la violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada (Rodríguez Garavito & Franco Rodríguez, 2010, p. 15).

Referencias

- Albarracín, C. M. (s.f.). *Corte Constitucional y Movimientos Sociales: El Reconocimiento Judicial de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia*. Disponible en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14,artigo_01.htm
- Bonilla Maldonado, D. (2009). *Justicia Constitucional y Democracia en el Siglo XXI*. Cali: Universidad Autónoma de Occidente y Carlos III de Madrid.
- Campos Olivos, J. R., Pedraza Diaz, N. (2007). *Estudios de Derecho Constitucional y Amparo*. México: UNAM.
- Chaves Texeira, A. C., Dagnino, E., & Almeida, C. (2002). La Constitución de la Sociedad Civil en Brasil. En E. D, (coord.). *Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina: Brasil*. Brasil: Universidad Estadual de Campinas 1978.
- Comanducci, P. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell, (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-097/94*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-025 de 2004* M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Fix Zamudio, H. (2001). *Los Derechos Humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica*. En Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III. UNAM, México.
- Guastini, R. (2001). La Constitucionalización del Ordenamiento: El Caso Italiano. *Estudios de Teoría Constitucional*, IIJ-UNAM, Fontamara, México.
- Human Life International, (2002). *Aborto y Feminismo*. Disponible en: http://www.mercaba.org/FICHAS/VIDA/feminismo_aborto.htm
- Kalmanovitz, S. (2001). *Una propuesta restrictiva de la intervención de los jueces en la economía: una visión de la necesidad de un control judicial de las decisiones económicas*. Bogotá: Editorial Norma.
- Linares Quintana, S. (s.f.) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Alfa, Tomo V.
- Losing, N. (2002). *La Jurisdiccionalidad Constitucional en América Latina*. Madrid: Dykinson.

- Mahecha Cruz, H. (1986). *Disposiciones Económicas*. Bogotá: Edición Banco de la República, Departamento de Investigaciones Económicas.
- Millet, D., Toussaint, É. (2002). *50 Questions/50 Réponses sur la dette, le FMI et la Banque mondiale*. Trad. Raúl Quiroz. Barcelona: Icaria S.A.
- Restrepo, E. (2002) *Reforma constitucional y progreso social: La constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers.
- Rodriguez Garavito, C. Franco Rodriguez, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, Dejusticia.
- Santiago, A. (2008). *Neoconstitucionalismo*. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>
- Santos, B. S. *Sociología Crítica de la Justicia, para una nueva Teoría Crítica del Derecho*, Trotta, Madrid, 2009.
- Santos, B. S., Garcia Villegas, M. (2001). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia: Análisis Socio-Jurídico*, Volumen I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2011a). *Las transformaciones constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos*, En *El Derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Primera edición. Buenos Aires: Coordinado por César Rodríguez Garavito. Siglo XXI Editores.
- Uprimny, R. (2011b). *Los Indígenas en América Latina*. En *El Derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Coordinado por Cesar Rodríguez Garavito, Siglo XXI.
- Uprimny, R., Garcia Villegas, M. (2006). *Emancipación y Corte Constitucional en Colombia*. En *Justicia para Todos: Sistema Judicial, Derechos Sociales y Democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.
- Vargas Hernandez, C. I. (s.f.). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del Juez constitucional colombiano en sede de Acción de Tutela: el llamado Estado de Cosas Inconstitucional. *Revista científica de América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82010111>
- Wallerstein, I. M. (2006). *Análisis de Sistemas – Mundo: Una Introducción*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Wolkmer, C. A. (2003). *Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio para América Latina, En Derecho y Sociedad en América Latina: un Debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Compilado por Mauricio García Villegas, César A. Rodríguez Garavito, Bogotá: Instituto latinoamericano de servicios legales alternativos.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.