

# El uso del derecho como herramienta de transformación en América Latina



*Gabriel Pereira*  
*Catalina Smulovitz*  
*editores*

## Gabriel Pereira

Gabriel Pereira es Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica (CONICET) e investigador afiliado al Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Es parte de la Advancing Human Rights Initiative. Fué investigador post-doctoral del Departamento de Sociología de la Universidad de Oxford donde también se doctoró en Ciencias Políticas. Obtuvo su maestría en Ciencias Sociales con Especialización en Democracia y Democratización en la University College London (Reino Unido) y su título de abogado en la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Es profesor de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT. Allí también se desempeña como secretario ejecutivo del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Tucumán (CEDUNT). Es co-fundador y actual presidente de la organización de derechos humanos ANDHES, de la cual fue director ejecutivo y director adjunto.

## Catalina Smulovitz

Catalina Smulovitz es Profesora Plenaria de Ciencia Política de la Universidad Torcuato Di Tella. Obtuvo un Ph.D. en Ciencia Política por The Pennsylvania State University y fue investigadora principal del CONICET y Vicerrectora de la Universidad Torcuato Di Tella (2013/19). Ha escrito sobre los derechos humanos y relaciones civiles-militares, los usos y el acceso a los sistemas legales y sobre ciudadanía y accountability social en América Latina. En la actualidad, investiga sobre el impacto del Federalismo en la protección de derechos y sobre las guerras judiciales en América Latina. Entre sus publicaciones recientes se encuentran: "Del "descubrimiento de la ley" al "lawfare" o cómo las uvas se volvieron amargas" Revista SAAP (2022); "Acceso a la Justicia y Defensa Pública en Contextos Federales: ¿Quién accede y por qué en las provincias argentinas?" Revista SAAP, (2019). Ha sido Guggenheim Fellow y es miembro del Comité sobre Libertad Académica de IPSA.

**EL USO DEL DERECHO  
COMO HERRAMIENTA  
DE TRANSFORMACIÓN  
EN AMÉRICA LATINA**

## Resumen

Este libro ofrece una discusión interdisciplinaria sobre uno de los fenómenos más destacados de las democracias latinoamericanas de los últimos años: el uso del derecho, y especialmente del litigio, como herramienta de transformación social y política. Mucho se ha escrito sobre este fenómeno, conocido también como judicialización de la política, en el mundo académico anglosajón; sin embargo, en la región latinoamericana, los trabajos multidisciplinarios y comparativos sobre el mismo son escasos. Este volumen intenta subsanar este vacío incorporando no solo estas perspectivas al análisis del fenómeno, sino también la mirada de investigadores jóvenes y de otros más experimentados, así como la de autores provenientes de distintos países de la región. Por otro lado, este volumen busca ser un punto de encuentro entre dos miradas sobre la judicialización de la política. El análisis de este fenómeno ha sido abordado de forma fragmentada en la región por la academia jurídica que busca delinear los contornos conceptuales y procesales del fenómeno, y por sociólogos y politólogos que explicaron cómo el fenómeno jurídico interactúa con el entramado social, político y cultural en el cual se inscribe. Para ese fin, este trabajo incluye un conjunto de trabajos orientados a analizar y dimensionar los avances, retrocesos e innovaciones dogmáticas e institucionales que se han registrado en el derecho latinoamericano, así como la relación de los mismos con la expansión y uso que adquirió el derecho como herramienta para la acción. El trabajo de esta obra colectiva ha sido guiado por interrogantes tales como ¿Qué factores determinan que algunos grupos sociales utilicen, o no, la estrategia del litigio para llevar adelante sus reclamos colectivos en situaciones particulares? ¿Qué dinámicas del contexto político doméstico y regional determinan la extensión del activismo de jueces en casos específicos? O ¿Cuáles han sido las consecuencias específicas y particulares de algunos de estos procesos?

*Palabras claves:* Judicialización de la política, derecho y política pública, movilización legal y política judicial, impacto judicial, innovaciones jurídicas.

## Abstract

This book offers an interdisciplinary discussion of one of the most striking phenomena in Latin American democracies in recent years: the use of law, and in particular litigation, as a tool for social and political transformation. Much has been written about this phenomenon, also known as the judicialization of politics, in the Anglo-Saxon academic world; however, multidisciplinary and comparative works on the subject are scarce in the Latin American region. This volume attempts to fill this gap by including not only these perspectives in the analysis of the phenomenon, but also the views of young and more experienced researchers, as well as those of authors from different countries in the region. On the other hand, this volume seeks to be a meeting point between two perspectives on the judicialization of politics. The analysis of this phenomenon in the region has been fragmented between the legal academy, which has sought to delineate the conceptual and procedural contours of the phenomenon, and sociologists and political scientists, who have explained how the legal phenomenon interacts with the social, political and cultural framework in which it is inscribed. To this end, this work includes a series of papers that aim to analyse and measure the dogmatic and institutional advances, setbacks and innovations that have taken place in Latin American law, as well as their relationship with the expansion and use that law has acquired as an instrument of action. The work of this collective has been guided by questions such as What factors determine whether or not some social groups use the litigation strategy to pursue their collective claims in particular situations? What dynamics of the national and regional political context determine the extent of judicial activism in particular cases? Or what have been the specific and particular consequences of some of these processes?

*Keywords:* Judicialization of politics, law and politics, legal mobilization and justice.

Para citar este libro: Pereira, G. y Smulovitz, C. (Eds.) (2025). *El uso del derecho como herramienta de transformación en América Latina*. Dejusticia.



# El uso del derecho como herramienta de transformación en América Latina

Gabriel Pereira  
Catalina Smulovitz  
—Editores—

Colección  
**Dejusticia**

 **KONRAD  
ADENAUER  
STIFTUNG**

 Programa  
Estado de Derecho  
Latinoamérica

**20** AÑOS  
**Dejusticia**

---

Pereira, Gabriel

El uso del derecho como herramienta de transformación en América Latina/  
Gabriel Pereira y Catalina Smulovitz. Editores. – Bogotá: Editorial Dejusticia,  
2025.

628 páginas; 24x15 cm. – (Serie Dejusticia)

ISBN: 978-628-7764-12-5

1. Judicialización de la política 2. derecho y política pública 3. movilización  
legal y política judicial 4. impacto judicial 5. innovaciones jurídicas

---

|      |                   |                 |
|------|-------------------|-----------------|
| ISBN | 978-628-7764-11-8 | Edición digital |
|      | 978-628-7764-12-5 | Edición impresa |

**Traducción**

María Delgado Sonora

**Traducción inicial de los capítulos 3, 4, 5, 7 y 15**

Ingrid Reca

**Corrector**

María José Díaz Granados

**Diseño de cubierta**

Diana Carolina González

**Diagramación**

Precolombi EU, David Reyes

**Impresión**

Xpress. Estudio Gráfico y Digital SAS

**Primera edición**

Editorial Dejusticia

Bogotá, Colombia, junio 2025

Este texto puede ser descargado gratuitamente en <https://www.dejusticia.org>

La publicación se logra con apoyo de

Fundación Konrad Adenauer

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93b No. 18-12, piso 7

Bogotá

República de Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

[www.kas.de/es/web](http://www.kas.de/es/web)

[iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de)

Twitter/ IG: @KASiusLA

Facebook: [www.facebook.com/kasiusla](https://www.facebook.com/kasiusla)

Atribución/Reconocimiento-NoComercial



Licencia Creative Commons 4.0 internacional

Atribución-NoComercial-CompartirIgual

CC BY-NC-SA

© Dejusticia, 2025

Calle 35 No. 24-31, Bogotá D.C.

Teléfono: (+57 1) 608 3605

[info@dejusticia.org](mailto:info@dejusticia.org)

<https://www.dejusticia.org>

## Contenido

---

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| Notas sobre las(os) colaboradoras(es) | 14 |
|---------------------------------------|----|

---

|              |    |
|--------------|----|
| Presentación | 24 |
|--------------|----|

*Hartmut Rank*

*Miguel Barboza López*

---

|              |    |
|--------------|----|
| Introducción | 28 |
|--------------|----|

*Gabriel Pereira*

*Catalina Smulovitz*

---

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| Primera parte:<br>Movilización legal | 37 |
|--------------------------------------|----|

---

|                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>1</b> Movilización legal. Una herramienta<br>adicional de acción política y social | 38 |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|

*Catalina Smulovitz*

---

|                                                                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>2</b> Contramovilización legal y <i>backlash</i><br>desde la sociedad civil y el Estado en<br>América Latina: litigio conservador<br>en Argentina y Colombia | 54 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

*Alba Ruibal*

- 
- 3** Movilizar el derecho sin accionar la  
justicia: la experiencia del movimiento  
sin tierra en Brasil 82

*Antonio Escrivão Filho*

- 
- 4** La aplicación selectiva de los derechos  
sobre la tierra bajo el liberalismo mexicano 108

*María Paula Saffon*

*Juan González Bertomeu*

- 
- Segunda Parte:  
Activismo y decisión judicial 153

- 
- 5** El poder judicial como actor político  
central en América Latina 154

*Ezequiel González-Ocantos*

*Pablo Valdivieso-Kastner*

- 
- 6** El mensaje importa: relaciones de  
influencia en los precedentes judiciales.  
Una reflexión acerca de los precedentes  
sobre perspectiva de género en el Poder  
Judicial Federal mexicano 198

*Karina Ansolabehere*

*Sandra Serrano*

*Jesús Espinal*

- 
- 7** Los jueces de la Corte Suprema  
argentina y la difícil tarea de  
permanecer en el cargo 244

*Andrea Castagnola*

- 
- 8** Jueces como equilibristas: explicación  
del activismo judicial en América Latina 276

*Gabriel Pereira*

---

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| Tercera parte:<br>Impacto de las decisiones judiciales | 321 |
|--------------------------------------------------------|-----|

---

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>9</b> ¿Sentencias que impactan? Análisis de la eficacia de las decisiones judiciales en América Latina | 322 |
| <i>Diana Esther Guzmán-Rodríguez</i><br><i>Mariana Camacho-Muñoz</i>                                      |     |

---

|                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>10</b> Los derechos de la población trans e intersex en la Corte Constitucional de Colombia: movilización e impacto judicial entre 1991-2022 | 352 |
| <i>Sandra Botero</i><br><i>Juliana Jaramillo</i>                                                                                                |     |

---

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>11</b> Judicialización del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Un análisis de su impacto | 396 |
| <i>Catalina Marino</i>                                                                                      |     |

---

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>12</b> La Corte Suprema argentina y su intervención en casos estructurales. Efectos irradiadores del caso de la cuenca Matanza-Riachuelo | 432 |
| <i>Esteban Nader</i>                                                                                                                        |     |

---

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| Cuarta parte:<br>Innovaciones jurídicas | 473 |
|-----------------------------------------|-----|

---

|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>13</b> Crisis, ritual judicial y autoridad. Análisis situado de los modos de construcción de legitimidad de la Corte Suprema argentina | 474 |
| <i>Leticia Barrera</i>                                                                                                                    |     |

- 
- 14** Los desafíos de la transformación social  
mediante el derecho en América Latina  
en la “era de la erosión democrática” 506

*Javier Couso S.*

---

- 15** ¿Cómo entender la victimización  
del territorio en el conflicto armado? 528

*Alexandra Huneeus*

*Pablo Rueda Sáiz*

---

- 16** Una teoría del litigio estructural  
desde Latinoamérica 562

*Mariela Puga*

---

- Caleidoscopio de los usos del derecho  
y de la judicialización de la política en  
América Latina 604

*Rodrigo Uprimny*





## **Lista de recursos gráficos**





Contramovilización legal y *backlash* desde  
la sociedad civil y el Estado en América  
Latina: litigio conservador en Argentina y Colombia

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| Tabla 1. Comparación entre formatos<br>de movilización conservadora | 75 |
|---------------------------------------------------------------------|----|

La aplicación selectiva de los derechos  
sobre la tierra bajo el liberalismo mexicano

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Mapa 1. Casos judiciales acerca de<br>conflictos de derechos sobre<br>tierras rurales (1871-1910) | 132 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabla 1. Juicios de amparo por conflictos<br>de derechos sobre la tierra rural<br>por década y tipo de litigio | 133 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabla 2. Peticionarios en juicios de amparo<br>del Estado de México y Oaxaca en<br>la Suprema Corte | 134 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabla 3. Autoridades impugnadas<br>mediante juicios de amparo en<br>Estado de México y Oaxaca, y resultados | 144 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

El mensaje importa: relaciones de influencia  
en los precedentes judiciales. Una reflexión  
acerca de los precedentes sobre perspectiva  
de género en el Poder Judicial Federal mexicano

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Figura 1. Estructura de las redes de tesis<br>más influyentes en las sentencias<br>seleccionadas en 2019-2020 y 2021 | 214 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| Continuación Figura 1 | 219 |
|-----------------------|-----|



|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabla 1. Descripción de las categorías<br>análíticas del análisis de contenido<br>de tesis citadas                                          | 211 |
| Tabla 2. Tesis más influyentes                                                                                                              | 216 |
| Tabla anexo A. Tesis más influyentes                                                                                                        | 225 |
| Tabla anexo B. Tesis menos influyentes                                                                                                      | 227 |
| Los jueces de la Corte Suprema argentina<br>y la difícil tarea de permanecer en el cargo                                                    |     |
| Figura 1. Cantidad de jueces que salen<br>de la Corte Suprema por razones<br>naturales o políticas (1900-2014)                              | 256 |
| Figura 2. Funciones de riesgo según tipo<br>de salida                                                                                       | 260 |
| Tabla 1. Modelo de riesgos competitivos<br>del recambio judicial de la Corte<br>Suprema, 1916-2014                                          | 264 |
| Tabla 2. Probabilidades de salidas inducidas                                                                                                | 266 |
| Jueces como equilibristas: explicación<br>del activismo judicial en América Latina                                                          |     |
| Tabla 1. Márgenes de tolerancia de un gobierno                                                                                              | 293 |
| Los derechos de la población trans e intersex<br>en la Corte Constitucional de Colombia:<br>movilización e impacto judicial entre 1991-2022 |     |
| Figura 1. Sentencias sobre derechos LGBTI<br>1992-2022 (junio)                                                                              | 361 |
| Figura 2. Sentencias sobre derechos de las<br>personas trans e intersex, 1992-2022                                                          | 363 |
| Tabla 1. Impacto de fallos sobre derechos<br>socioeconómicos                                                                                | 359 |
| Tabla 2. Impacto material de las sentencias<br>sobre derechos de personas trans                                                             | 367 |
| Tabla 3. Impacto material de los fallos<br>sobre derechos de personas intersex                                                              | 377 |
| Judicialización del derecho a la vivienda en<br>la Ciudad de Buenos Aires. Un análisis de su impacto                                        |     |
| Figura 1. Recursos concedidos y<br>rechazados según instancia judicial                                                                      | 413 |



|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Figura 2. Probabilidades de éxito<br>predichas para grupos “no prioritarios”                                                                | 416 |
| Figura 3. Tipos de soluciones otorgadas                                                                                                     | 421 |
| Tabla 1. Modelos probabilísticos                                                                                                            | 412 |
| Tabla 2. Porcentaje de éxito de grupos “no<br>prioritarios” según instancia y<br>fecha de sentencia                                         | 416 |
| Tabla 3. Porcentaje de éxito de acciones de<br>amparo de grupos “no prioritarios”<br>según fecha de sentencia                               | 417 |
| Tabla 4. Sentencias por instancia según<br>tipo de reclamo                                                                                  | 419 |
| Tabla 5. Sentencias favorables según tipo<br>de caso e instancia, sobre total de<br>casos iniciados                                         | 419 |
| La Corte Suprema argentina y su intervención en<br>casos estructurales. Efectos irradiadores del caso<br>de la cuenca Matanza-Riachuelo     |     |
| Figura 1. Cuenca Matanza-Riachuelo                                                                                                          | 438 |
| Figura 2. Línea de tiempo del proceso<br>de la cuenca Matanza-Riachuelo                                                                     | 440 |
| Figura 3. Efectos de la intervención<br>de la Corte sobre la Cuenca<br>Matanza-Riachuelo                                                    | 441 |
| Figura 4. El campo institucional<br>del saneamiento de la cuenca<br>Matanza-Riachuelo con<br>posterioridad a la intervención<br>de la Corte | 444 |
| Figura 5. Mecanismo de<br>microinstitucionalidad dialógica<br>del monitoreo del cumplimiento<br>de la sentencia                             | 446 |
| Figura 6. Cuenca Salí Dulce                                                                                                                 | 453 |
| Figura 7. Campo institucional de la cuenca<br>Salí Dulce                                                                                    | 463 |
| Tabla 1. Casos judicializados de la cuenca<br>Salí Dulce                                                                                    | 455 |



## **Notas sobre las(os) colaboradoras(es)**

**Karina Ansolabehere**

Doctora en Investigación en Ciencias Sociales de Flacso-México. Ha investigado sobre la influencia de los poderes judiciales en los procesos políticos democráticos y, en los últimos años, ha desarrollado investigación acerca del funcionamiento de las relaciones jerárquicas en los poderes judiciales a partir del seguimiento diferenciado de precedentes y sobre la relación entre poderes judiciales y violaciones graves de derechos humanos en contextos democráticos.

**Leticia Barrera**

Máster en Derecho y doctora en Ciencias Jurídicas de Cornell University (Estados Unidos), y abogada de la Universidad Nacional de Tucumán. Se desempeña como investigadora del Conicet en la Escuela Interdisciplinaria de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín; es docente de grado en la Facultad de Derecho de la UBA. Se especializa en el estudio del derecho y la práctica judicial desde una perspectiva sociocultural. Entre otros temas, ha trabajado sobre la Corte Suprema argentina luego de la crisis de 2001-2002; las relaciones entre derecho, ciencia y sociedad, entre el saber experto y las emociones en el marco de juicios por crímenes de lesa humanidad, la independencia judicial y la judicialización del derecho a la educación inclusiva de personas con discapacidad. Actualmente investiga sobre experiencias de participación ciudadana en la administración de justicia. Es autora de numerosas publicaciones, entre ellas el libro *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial* (2012, 2022), además de artículos en revistas nacionales y extranjeras, y capítulos de libros.

**Sandra Botero**

Profesora asociada en el programa de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario, Colombia. Coeditora, junto con Daniel Brinks y Ezequiel González-Ocantos del libro *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin American Politics* (Cambridge University Press 2022); autora de *Courts that Matter: Activists, Judges, and the Politics of Rights Enforcement* (Cambridge University Press, 2023).

**Mariana Camacho Muñoz**

Especialista en Estudios Feministas y de Género de la Universidad Nacional de Colombia, politóloga con mención en Historia y actual investigadora de Dejusticia. Fue investigadora del Observatorio de Redes y Acción Colectiva y de URIntercultural en la Universidad del Rosario, también de la línea de justicia étnico-racial en Dejusticia. Por un ahora justo, colectivo y cuidadoso.

**Andrea Castagnola**

Profesora invitada en el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales y en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, e investigadora afiliada a Law-Transform (CMI-Noruega). Es experta en las áreas de justicia, política, democracia, género y ciencia de datos. Su investigación ha sido publicada por Routledge, Cambridge University Press y en revistas académicas internacionales especializadas, como *British Journal of Political Science*, *Journal of Politics* y *Journal of Politics in Latin America*, entre otras.

**Javier Couso**

Profesor titular en la Universidad Diego Portales (Chile) y catedrático de Tendencias Globales del Constitucionalismo en la Universidad de Utrecht (Países Bajos). Su trabajo se centra en la interacción entre constitucionalismo, Estado de derecho y culturas jurídicas, con un foco en América Latina y, en los últimos años, en los procesos de elaboración de nuevas constituciones. Couso es autor de docenas de artículos académicos y de libros como *Constitutional Law in Chile* (Wolters Kluwer) y *Cultures of Legality* (Cambridge University Press). Ha sido profesor visitante

en la Universidad de Melbourne, la Universidad de Wisconsin-Madison, la Universidad de Leiden y la Universidad de California, Berkeley. Además de su labor académica, fue asesor constitucional de la presidenta Michelle Bachelet (2014-2018), y ha sido colaborador habitual del Programa de Construcción Constitucional de IDEA Internacional.

### **Antonio Sergio Escrivão Filho**

Abogado y máster en Derecho de la Universidade Estadual Paulista (UNESP), y doctor en Derecho de la Universidade de Brasília (UnB). Profesor de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidade de Brasília (UnB); es coordinador del Núcleo de Estudios por la Paz y los Derechos Humanos del Centro de Estudios Avanzados Multidisciplinarios (CEAM/UnB), y miembro del Consejo Director de la Tierra de Derechos, organización de derechos humanos y servicios legales. Entre 2006 y 2014 trabajó en la abogacía junto al Movimiento de los Sin Tierra, pueblos indígenas y quilombolas en Brasil. Fue coordinador ejecutivo y de pesquisa de la Tierra de Derechos. Ha sido investigador visitante en la University of California (UCLA School of Law). Desde 2013 es investigador de El Derecho Hallado en la Calle (UnB), trabajando con temas referidos a la relación entre los movimientos sociales, los derechos humanos y el poder judicial en diferentes cursos y publicaciones.

### **Jesús Espinal Enríquez**

Premio Miguel Alemán en Excelencia en Salud y Premio Jorge Lomnitz en Sistemas Complejos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 2 y del Centro de Ciencias de la Complejidad de la UNAM. Ha publicado más de 60 artículos en campos como fertilización, cáncer y violencia criminal.

### **Juan F. González Bertomeu**

Abogado de la Universidad Nacional de La Plata (1999). Realizó estudios de maestría (2002-2003) y de doctorado (2007-2012) en Derecho en la Universidad de Nueva York (NYU). Desde 2022 es investigador adjunto del Conicet, con sede en el Instituto Gioja, UBA. Fue profesor-investigador de tiempo completo del



Instituto Tecnológico Autónomo de México (2013-2020) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2020-2022). Fue miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt (México) (2016-2022). Sus áreas de trabajo son el derecho y la teoría constitucional, la política judicial y los estudios empíricos de la justicia.

### **Ezequiel González Ocantos**

Profesor de Política Comparada y Judicial en el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oxford; Professorial Fellow en Nuffield College. Autor de *Shifting Legal Visions: Judicial Change and Human Rights Trials in Latin America* (Cambridge University Press, 2016) y *The Politics of Transitional Justice in Latin America* (Cambridge University Press, 2020); coautor, junto con Paula Muñoz, Nara Pavao y Viviana Baraybar, de *Prosecutors, Voters and the Criminalization of Corruption in Latin America* (Cambridge University Press, 2023); coeditor, junto con Daniel Brinks y Sandra Botero, del libro *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America* (Cambridge University Press, 2022).

### **Diana Esther Guzmán**

Doctora en Derecho de la Universidad de Stanford; cuenta además con una maestría en derecho de la Universidad Nacional de Colombia y una maestría en Investigación Sociojurídica de la Universidad de Stanford; es abogada y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente se desempeña como directora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), y como profesora asociada en la Universidad Nacional de Colombia, en áreas de derecho constitucional y justicia transicional.

### **Alexandra Huneus**

Profesora de Derecho Internacional y Estudios Jurídicos en la Universidad de Wisconsin, Madison, recibió su doctorado y su licenciatura en la Universidad de California, Berkeley. Su investigación se centra en el derecho de los derechos humanos, con



énfasis en América Latina. Su trabajo se sitúa en la intersección del derecho, la ciencia política y la sociología, y ha sido publicado en *American Journal of International Law*, *Harvard International Law Journal*, *Law and Social Inquiry*, *Yale Journal of International Law*, *Leiden International Law Journal* y por Cambridge University Press, entre otros.

### **Juliana Jaramillo**

Doctora en Estudios Interdisciplinarios sobre Desarrollo de la Universidad de los Andes. Tiene un pregrado y una maestría en Historia de la Universidad Nacional de Colombia. Su trabajo académico se enfoca en los temas de género, población LGBTIQ+, movimientos sociales y derechos humanos.

### **Catalina Marino**

Magíster en Ciencia Política (UTDT) y en Planificación del Desarrollo Urbano (UCL). Coordinadora del Programa de Derecho a la Ciudad de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Trabajó en el equipo de Hábitat del Ministerio Público de la Defensa de CABA, y en el Instituto de Vivienda de la Ciudad, coordinando programas de relocalización e integración sociourbana en barrios populares.

### **Esteban Nader**

Doctor en Derecho, área de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; exbecario DAAD, estadía de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, Alemania (2013-2015); exbecario del Conicet, Beca de Finalización de Doctorado, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y CS, UNT (2016-2017); máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá de Henares, España. Profesor asociado de Derecho Constitucional, Investigación Jurídica y Destrezas Teóricas y Prácticas de Derecho Parlamentario, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán.

**Gabriel Pereira**

Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) e investigador afiliado al Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Es parte de la Advancing Human Rights Initiative. Fue investigador posdoctoral del Departamento de Sociología de la Universidad de Oxford, donde también se doctoró en Ciencias Políticas. Obtuvo su maestría en Ciencias Sociales, con especialización en Democracia y Democratización en la University College London (Reino Unido) y su título de abogado en la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Es profesor de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT. Allí también se desempeña como secretario ejecutivo del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Tucumán (Cedunt). Es cofundador y actual presidente de la organización de derechos humanos Andhes, de la cual fue director ejecutivo y director adjunto.

**Mariela Puga**

Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (tesis recomendada al premio “Facultad”); LLM Universidad de Columbia, Nueva York; máster en Derecho de Daños en la Universidad de Palermo, Buenos Aires (Cum Laude, 2000). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet); excoordinadora de la Dirección de Acceso a Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina; exdirectora Ejecutiva del Fondo de Mujeres del Sur y cofundadora y expresidenta de la Asociación Civil Clínica Jurídica de Interés Público, Córdoba; profesora titular de derecho constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba.

**Pablo Rueda-Sáiz**

Profesor asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami. Recibió su licenciatura en Derecho de la Universidad de Los Andes, en Bogotá (Colombia), y su maestría y doctorado en la Universidad de California, Berkeley. Sus intereses académicos

giran en torno al derecho internacional y el derecho comparado, principalmente en relación con América Latina. Su trabajo de investigación utiliza las herramientas de la sociología y la antropología jurídicas para abordar el análisis del derecho. Ha publicado su trabajo en español y en inglés, en revistas indexadas con revisión de pares, capítulos de libros y en revistas de derecho dirigidas por estudiantes.

### **Alba Ruibal**

Investigadora de tiempo completo en Conicet – Idejus, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Es magíster en Ciencias Políticas de New York University, doctora en Ciencia Política de Flacso-México y doctora en Derecho del Instituto Universitario Europeo en Florencia (Italia). Realizó posdoctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. Ha dictado cursos de grado y posgrado en la Universidad Nacional de Córdoba, en la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Salta, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia y en el Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Salamanca. Ha sido becaria Fulbright en dos oportunidades, e investigadora visitante en Yale Law School, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina (KU Leuven) y la Universidad de Brasilia. Sus investigaciones se desarrollan en los campos de la ciencia política, la sociología jurídica y los estudios de género.

### **María Paula Saffon**

Profesora asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Recibió su doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Columbia en Nueva York. Es, además, abogada *magna cum laude* de la Universidad de los Andes, Colombia, en donde también obtuvo una maestría en Teoría del Derecho. Fue becaria posdoctoral de la Society of Fellows y profesora del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Princeton entre 2015 y 2017. Es investigadora asociada de Dejusticia. Sus campos de especialización son la historia comparada de las instituciones políticas y jurídicas, los estudios empíricos del derecho y la teoría política y constitucional.

**Sandra Serrano**

Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Especialista en violaciones graves de derechos humanos, eficacia de los derechos humanos, interacción del derecho nacional con el internacional y la relación entre derecho y género.

**Catalina Smulovitz**

Profesora plenaria de Ciencia Política de la Universidad Torcuato Di Tella. Obtuvo un doctorado en Ciencia Política en The Pennsylvania State University y fue investigadora principal del Conicet y vicerrectora de la Universidad Torcuato Di Tella (2013-2019). Ha escrito sobre derechos humanos y relaciones civiles-militares, los usos y el acceso a los sistemas legales y sobre ciudadanía y *accountability* social en América Latina. En la actualidad investiga sobre el impacto del federalismo en la protección de derechos y sobre las guerras judiciales en América Latina. Entre sus publicaciones recientes se encuentran: “Del ‘descubrimiento de la ley’ al ‘lawfare’ o cómo las uvas se volvieron amargas”, *Revista SAAP* (2022); “Acceso a la justicia y defensa pública en contextos federales: ¿Quién accede y por qué en las provincias argentinas?”, *Revista SAAP* (2019). Ha sido Guggenheim Fellow y es miembro del Comité sobre Libertad Académica de IPSA.

**Rodrigo Uprimny Yepes**

Abogado colombiano con maestría en Socioeconomía del Desarrollo, de la Universidad de París I-IEDES; doctorado en Economía, de la Universidad de Amiens. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia; investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) e integrante de la Comisión Internacional de Juristas. Fue magistrado auxiliar y encargado de la Corte Constitucional de Colombia (1994-2005) e integrante del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2015-2022). Ha escrito sobre teoría constitucional, derechos humanos, justicia transicional, sistema judicial y política de drogas.



### **Pablo Valdivieso Carrillo**

Estudiante de doctorado en el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oxford. Obtuvo su maestría en Política Comparada en London School of Economics. Su trabajo ha sido publicado en revistas como *Electoral Studies*, *Political Research Quarterly*, *International Journal of Constitutional Law*. Su investigación se enfoca en temas de política judicial y más específicamente en torno al incumplimiento de sentencias de las altas cortes en América Latina.



## **Presentación**

## **El derecho tiene, sin duda, la posibilidad de**

que, al ser usado, genere cambios sociales y políticos trascendentes. Eso es lo que ha ocurrido en América Latina, donde diversos sectores han llevado sus demandas a las cortes para cambiar realidades. El libro que presentamos a continuación, titulado *El uso del derecho como herramienta de transformación social y política*, aborda ese uso del derecho para la transformación política y social, y le apuesta a una mirada distinta: multidisciplinaria y comparativa.

En esta obra, coordinada en conjunto con los expertos argentinos Gabriel Pereira y Catalina Smulovitz, reconocidas autoras y autores se han unido para compartir sus reflexiones alrededor del también llamado “activismo judicial” o “judicialización de la política”. Las perspectivas críticas van desde la conceptualización de la movilización legal, su evolución, las dificultades y sus impactos; así como el rol de los jueces y las juezas en las democracias y la politización del poder judicial.

Agradecemos a Karina Ansolabehere, Leticia Barrera, Sandra Botero, Andrea Castagnola, Mariana Camacho Muñoz, Javier Couso, Antonio Sergio Escrivão Filho, Jesús Espinal Enríquez, Juan F. González Bertomeu, Ezequiel González Ocantos, Diana Esther Guzmán, Alexandra Huneus, Juliana Jaramillo Jaramillo, Catalina Marino, Esteban Nader, Gabriel Pereira, Mariela Puga, Pablo Rueda-Sáiz, Alba Ruibal, María Paula Saffon, Sandra Serrano, Catalina Smulovitz, Rodrigo Uprimny Yepes y Pablo Valdivieso Carrillo, autoras y autores de esta obra que han plasmado en este documento sus ideas de una manera impecable y prolija.



La lectura inicia con la definición y el contexto de la movilización legal, que es el corazón de este libro, pues es el concepto que les ha permitido a los movimientos sociales convertir sus reclamos en litigios e invocar discursos de derechos, para alcanzar objetivos políticos. Lo que necesariamente pasa por la incorporación de un nuevo lenguaje. La experiencia del movimiento sin tierra en Brasil ayuda a ejemplificar de qué hablamos.

En contraposición de lo anterior, el libro también explora, desde un punto de vista analítico, el estudio de procesos de contramovilización legal o *backlash*, concentrándose en el litigio conservador en Argentina y Colombia.

Más adelante, se responderán preguntas claves para indagar sobre el rol que tienen los jueces y las juezas en el marco del activismo judicial, así como el papel que han desempeñado en países de la región, donde se les ha forzado a retirarse de sus cargos debido a motivos políticos e ideológicos. Adicionalmente, se ahonda en la importancia creciente del precedente judicial como fuente del derecho, discutiéndose por qué algunos precedentes son más influyentes que otros, y se ponen de ejemplo las decisiones sobre la aplicación de la perspectiva de género en México.

De esta manera, el libro responde interrogantes como ¿por qué los tribunales latinoamericanos, a pesar de su debilidad institucional, optan por formas audaces de activismo?, ¿son ellos equilibristas en medio de las tensiones generadas por los reclamos sociales?, ¿qué factores afectan los retiros naturales e inducidos o cómo los ejecutivos han logrado manipular la conformación de los tribunales? y ¿qué características tienen los precedentes más influyentes?

Pero no basta con mirar esas acciones colectivas desde su conceptualización o la intervención de quienes imparten justicia, es necesario también observarlas desde sus impactos. La tercera parte de esta publicación avanza para entender, por ejemplo, cuáles son los efectos que ha provocado la intervención de tribunales argentinos en casos estructurales, como lo fue la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, uno de los más paradigmáticos en Latinoamérica, y el litigio por el derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires.



Para lograrlo, una de las autoras se detiene en el análisis de la efectividad de la vía jurídica como estrategia de cambio social; los posibles efectos regresivos y distorsivos de los litigios individuales, tanto en el sistema judicial como en la asignación de recursos públicos, y los potenciales sesgos elitistas ligados a las barreras en el acceso a la justicia.

Por último, este libro cierra con las apuestas innovadoras en el uso del derecho para el cambio social y político, y narra casos tan innovadores como el de Colombia, donde la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ha reconocido formalmente a los territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas como víctimas del conflicto armado.

Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) esperamos puedan disfrutar cada uno de los capítulos y se animen a pensar todos los posibles caminos para seguir aprovechando el poder transformador del derecho. Institucionalmente, seguiremos apostando por proyectos académicos serios, como este, en donde desde la academia se generan pensamientos críticos para avanzar hacia la verdadera transformación del derecho como una herramienta útil para lograr una adecuada transformación social.

*Hartmut Rank*

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica,  
Fundación Konrad Adenauer

*Miguel Barboza López*

Coordinador de Proyectos e Investigador Senior del Programa  
Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad  
Adenauer



## Introducción

*Gabriel Pereira*<sup>1</sup>

*Catalina Smulovitz*<sup>2</sup>

---

1 Profesor de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Tucumán e investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina) e investigador afiliado del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford (Reino Unido).

2 Profesora Plenaria de Ciencia Política de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.

**Este libro ofrece una discusión interdisciplinaria** sobre uno de los fenómenos más destacados de las democracias latinoamericanas de los últimos años: el uso del derecho, y especialmente del litigio, como herramienta de transformación social y política. Mucho se ha escrito sobre este fenómeno en el mundo académico anglosajón; sin embargo, en la región latinoamericana, los trabajos multidisciplinarios y comparativos sobre el mismo son escasos. Este volumen intenta subsanar este vacío incorporando no solo estas perspectivas al análisis del fenómeno, sino también la mirada de investigadores jóvenes y de otros más experimentados, así como la de autores provenientes de distintos países de la región.

En esta introducción discutimos brevemente algunas de las razones que explican la relevancia de este nuevo uso del derecho para la política latinoamericana, describimos los interrogantes que abordaremos así como la forma en que los capítulos incluidos contribuyen a contestarlos.

## **Fundamentación**

A partir de las transiciones a la democracia, el uso del litigio en América Latina adquirió formas novedosas. Estos usos incluyen tanto acciones tendientes a lograr la protección de los derechos humanos y la promoción de reformas en políticas públicas como otras orientadas a neutralizar o revertir algunos de los cambios legales ocurridos en los últimos tiempos. El activismo judicial y la discusión sobre los usos del derecho también se trasladaron a los órganos del sistema interamericano, donde frecuentemente se despliegan debates y litigios de importancia para la efectiva



protección de derechos. En consecuencia, el uso del derecho como herramienta de acción política y social, impulsado tanto desde fuera como desde dentro del poder judicial, se convirtió en un rasgo sobresaliente de la política de la región. Este uso del litigio ha dado lugar a un proceso de “judicialización de la política” que gira fuertemente alrededor de la protección judicial de derechos fundamentales, ya sea a través de la impugnación de normativas contrarias a estándares de protección nacionales, la modificación de políticas públicas, la intervención en los procesos de competencia política, o el control de la legalidad de las acciones de funcionarios públicos.

El análisis de este aspecto del fenómeno de la judicialización de la política en la región ha sido un área tradicionalmente dominada por estudios de la academia jurídica. Estos análisis han sido muy importantes para el avance en la definición conceptual y jurídica de los derechos humanos y han tenido un importante efecto en la jurisprudencia latinoamericana. Por otro lado, el uso del litigio como herramienta de acción e intervención política y social también ha sido objeto de investigaciones empíricas por parte de sociólogos y politólogos, que buscan entender cómo el fenómeno jurídico interactúa con el entramado social, político y cultural en el cual se inscribe.

Uno de los objetivos de este volumen es ser un punto de encuentro entre estas dos miradas que caracterizan a los estudios jurídicos en la región. Por este motivo, el mismo incluye un conjunto de trabajos orientados a analizar y dimensionar los avances, retrocesos e innovaciones dogmáticas e institucionales que se han registrado en el derecho latinoamericano, así como la relación de los mismos con la expansión y el uso que adquirió el derecho como herramienta para la acción.

## Interrogantes

En este contexto, y frente a la necesidad de consolidar los procesos democráticos en la región, es necesario preguntarse y analizar qué hemos aprendido acerca del uso del derecho como herramienta de acción política y social en América Latina. Hasta ahora, la literatura se ha concentrado en estudios de casos que abordan interrogantes tales como: ¿qué factores determinan que

algunos grupos sociales utilicen, o no, la estrategia del litigio para llevar adelante sus reclamos colectivos en situaciones particulares? ¿Qué dinámicas del contexto político doméstico y regional determinan la extensión del activismo de jueces en casos específicos? O ¿cuáles han sido las consecuencias específicas y particulares de algunos de estos procesos?

Más allá del valioso e indispensable aporte que siempre hacen los estudios de caso, y luego de la necesaria acumulación de conocimiento ocurrida en los últimos años, resulta vital incorporar un abordaje comparado que permita: 1) identificar los patrones y divergencias que caracterizan la evolución y las formas del uso del derecho en la región, 2) desarrollar nuevas herramientas conceptuales para entender su evolución y 3) identificar las dificultades que enfrenta la implementación de sus resoluciones. El propósito de este libro es, justamente, abordar estas cuestiones teniendo en cuenta y enfatizando un enfoque comparado e interdisciplinario del problema. En otras palabras, el objetivo es que la mirada comparada e interdisciplinaria se nutra de estudios de caso jurídicos típicos de la dogmática, junto a otros provenientes de la sociología jurídica y la política judicial.

Este conjunto de fuentes nos permite identificar patrones, divergencias e innovaciones en dimensiones tales como:

- a) Las formas en que se manifiestan y las condiciones que determinan la conversión de reclamos políticos y sociales en demandas jurídicas (judicialización y movilización legal).
- b) Los factores intra y extrajudiciales que explican cómo dichas demandas jurídicas se transforman en decisiones judiciales (política judicial).
- c) El impacto que dichas decisiones judiciales tienen en los actores sociales y en la política pública (análisis de impacto).
- d) los cambios y el desarrollo en los instrumentos jurídicos y en la dogmática constitucional que resultan de estos procesos que involucran el uso del derecho (innovaciones jurídicas y dogmáticas).



## Ejes temáticos y estructura del volumen

El volumen se organiza alrededor de estas cuatro dimensiones mencionadas. Cada una de esas secciones incluye una introducción que discute brevemente cuestiones conceptuales y metodológicas esenciales a la hora de abordar el tema del capítulo. Estas introducciones incorporan también una revisión crítica de la literatura especializada y una mención de cómo los trabajos de esa sección se insertan en los debates propuestos por dicha literatura.

El primer tema de este volumen, “Movilización Legal”, señala que las transiciones latinoamericanas se han caracterizado por la incorporación de instrumentos legales como herramientas para la acción colectiva, ya sea para la defensa de derechos como para la reforma de políticas públicas. Un rasgo definitorio de esta incorporación es la utilización del lenguaje y de los procedimientos del derecho a la hora de avanzar en reclamos sociales o demandar cambios en las políticas públicas. La difusión del uso del derecho como instrumento de intervención política y social ha tenido consecuencias en la forma en que se desarrolla la acción colectiva, en la identidad y en los recursos organizativos y sociales de los actores que participan, en las estructuras institucionales de los poderes judiciales, así como en la renovada politización de los mismos. En particular, esta sección analiza en forma comparada, la evolución y el desarrollo de la movilización legal en la región respecto de:

- a) Los *temas* que dan lugar o que son menos aptos para ser movilizados a través de instrumentos legales, así como las razones que explicarían estas diferencias.
- b) Las *condiciones políticas y legales* que facilitan la emergencia, el desarrollo o la neutralización de procesos de movilización legal en algunos países de la región.
- c) Las características, los tipos de organización y las prácticas que llevan adelante los actores que utilizan estos instrumentos.

## Política judicial

El segundo tema del volumen, “Activismo y Decisión Judicial”, se refiere al comportamiento judicial. En particular, se pregunta cuáles son los factores políticos, sociales, culturales e institucionales que explican las decisiones de los jueces. Los modelos dominantes que habitualmente se utilizan en América Latina para analizar el comportamiento judicial destacan el rol de la fragmentación política y la forma en que esta afecta la capacidad de los gobiernos para coordinar esfuerzos institucionales y políticos a fin de presionar a los jueces cuyas sentencias podrían afectarlos. Si bien estos modelos han contribuido enormemente a entender la lógica de las decisiones judiciales, sus postulados básicos no alcanzan a explicar algunos desarrollos de la historia reciente de los poderes judiciales en la región. Aun cuando es probable que los jueces sigan todavía preocupados por la estabilidad de sus cargos y de las cortes, la fragmentación del poder político no es la única variable que determina sus decisiones.

Nuevos elementos del contexto político nos obligan a pensar otras formas de analizar la decisión judicial. Por ejemplo, hasta qué punto influyen en las decisiones de los jueces la alta visibilidad pública de los asuntos judiciales u otras formas de presión política que llevan adelante actores sociales o grupos funcionales que protestan ante sentencias específicas o contra jueces. Hasta qué punto incide en las decisiones de los jueces la consolidación de nuevas culturas jurídicas que reconfiguran su misión y rol, a la vez que brindan herramientas interpretativas y técnicas adicionales para llevar adelante su función.

En esta sección discutimos, a partir de estudios comparados y de casos, los factores que determinan las decisiones de los actores judiciales. En particular consideramos:

- a) Cómo los distintos formatos de presión política y social inciden sobre las decisiones que toman los funcionarios judiciales.
- b) Cómo los intentos de los jueces por construir legitimidad pública determinan sus decisiones.



- c) Cómo presiones e intervenciones de actores políticos y funcionales que no cuentan con instrumentos institucionalizados de presión inciden en las decisiones judiciales.
- d) Los recientes cambios en las culturas jurídicas de la región.

### **Impacto de las decisiones judiciales**

La literatura sobre el uso del litigio en la región coincide en señalar la difusión y relevancia que adquirió el fenómeno. Existen, sin embargo, menos certezas a la hora de evaluar las consecuencias y el impacto del fenómeno en las políticas públicas o en sus potenciales beneficiarios, y tampoco hay consenso respecto de cómo deberían evaluarse y medirse sus consecuencias. Los interrogantes sobre estos puntos comprenden cuestiones tales como si deben considerarse a los beneficiarios directos o indirectos de estos procesos, si deben considerarse solo los efectos inmediatos o si también deben tenerse en cuenta aquellos que ocurren en el largo plazo. La discusión sobre cómo y qué medir a la hora de evaluar el impacto también incluye preguntas respecto de las consecuencias del uso del derecho en la propia estructura judicial. A fin de desarrollar estos interrogantes, esta sección discute:

- a) Las dificultades y alternativas conceptuales que se presentan a la hora de analizar el impacto de los procesos de movilización legal y de las decisiones judiciales.
- b) El impacto diferenciado que tienen las decisiones judiciales en diferentes territorios o unidades políticas, así como sobre los potenciales beneficiarios de la misma
- c) El impacto diferenciado de la movilización legal y de las decisiones judiciales según los temas y las materias de los litigios o las características de los actores que la llevan adelante.

### **Innovaciones jurídicas**

América Latina ha vivido una profunda transformación de su cultura jurídica, donde el paradigma de la protección de los



derechos humanos se ha consolidado en los textos constitucionales y en el desarrollo del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Este proceso, denominado muchas veces como nuevo constitucionalismo, ha implicado cambios en concepciones dogmáticas, la creación de nuevos institutos y procedimientos y, en algunos casos, ha dado lugar a reformas en el diseño institucional de los poderes judiciales. El proceso también dio lugar a nuevas interpretaciones y a nuevos usos de legislaciones y herramientas jurídicas preexistentes.

En esta sección discutimos estos desarrollos y se analiza:

- a) El desarrollo de nuevas concepciones jurídicas sobre los derechos y el diseño institucional democrático.
- b) El uso de nuevas herramientas procesales para promover el derecho como herramienta de transformación social y política.
- c) La resignificación de institutos y herramientas procesales preexistentes a la luz del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

En conclusión, y más allá de que el libro condensa las discusiones más destacadas sobre el creciente uso del derecho como herramienta de transformación social y política que se observa en la región, quizás su aspecto más novedoso sea su pretensión de llevar adelante esta tarea desde una perspectiva multidisciplinaria y comparativa, abordando tanto la faceta propiamente jurídica del fenómeno como la interacción del mismo con los actores sociales y políticos que lo promueven o lo entorpecen.



**Primera parte:**  
**Movilización legal**



# **Movilización legal. Una herramienta adicional de acción política y social**

*Catalina Smulovitz*<sup>1</sup>

---

1 Profesora Plenaria de Ciencia Política, Universidad Torcuato Di Tella (Argentina).

## Mobilización Legal. La adopción de una nueva estrategia

39

Mobilización legal. Una herramienta adicional de acción política y social

El escenario político latinoamericano postransición presenta una importante novedad: el uso de las cortes, de la ley y de los discursos que invocan derechos como instrumentos para peticionar y hacer política. Aun cuando este fenómeno, que la literatura denomina “movilización legal”, se observa en diversas regiones, el mismo adquirió particular relevancia en América Latina.<sup>2</sup> La “movilización legal” se caracteriza por el uso de la ley y de las cortes por parte de ciudadanos y organizaciones sociales con el propósito de presionar y demandar por la realización de sus objetivos de política pública o para resistir o redefinir el contenido de políticas decididas por autoridades representativas (legislaturas o ejecutivos). Para los actores, el uso de esta estrategia implica la adquisición de nuevos instrumentos para hacer política, de nuevos recursos discursivos para justificar la legitimidad de sus acciones, así como la incorporación de nuevos escenarios en donde dirimir sus conflictos. La difusión y consolidación de esta estrategia también supone la aparición de nuevos actores institucionales –como son los funcionarios judiciales y los abogados– en la resolución de las disputas políticas. El uso de demandas legales solicitando la recomposición de los beneficios previsionales o el acceso a la vivienda, o demandando restricciones legales a la explotación minera para proteger el medio ambiente, así como el

---

2 Para una lectura profunda del tema en la región ver: McCann (1994), Tate y Vallinder (1995), Gargarella *et al.* (2006), Helmke y Ríos-Figueroa (2011), Huneus *et al.* (2010), Sieder *et al.* (2005).



establecimiento de legislación específica en materia de violencia contra las mujeres ilustran la forma en que la estrategia está siendo empleada en la región. En los últimos tiempos, la misma también empezó a ser utilizada para resistir o revertir decisiones judiciales o legislativas que habían ampliado derechos. Ilustran este segundo tipo de situaciones, que la literatura denomina “contramovilización legal”, casos en los que organizaciones de la sociedad civil iniciaron demandas para oponerse a la ampliación del acceso a derechos sexuales y reproductivos u otros en los que empresas litigan para suspender la aplicación de regulaciones ambientalistas que reglamentan la disposición de los residuos de explotaciones mineras.

### **Cambios y consecuencias del uso de una nueva herramienta**

La emergencia y difusión de la estrategia de movilización legal supone una serie de novedades y cambios que es necesario destacar. En primer lugar, su uso implica la incorporación de una nueva herramienta de intervención dentro del conjunto de instrumentos que disponen los actores para hacer política y promover sus intereses. Hasta hace pocos años, la promoción y realización de los objetivos políticos de los actores en contextos democráticos dependía centralmente de sus capacidades para usar instrumentos como el voto, el *lobby* parlamentario o la movilización social y sindical. La movilización legal, en cambio, supone el uso de instrumentos como el inicio de litigios o la invocación a discursos de derechos para realizar esos objetivos políticos. A diferencia de lo que sucede con las estrategias específicamente políticas, la efectividad de la movilización legal no depende de la capacidad de los actores para coordinar acciones colectivas, en tanto esta estrategia les permite a los actores desacoplar la efectividad de sus reclamos de la formación de mayorías. Si bien cuando un reclamo es mayoritario o coordinado su efectividad y legitimidad aumentan, cuando estos dos recursos no están disponibles la movilización legal aparece como una herramienta alternativa, legítima y con grandes chances de obtener los resultados buscados.

En segundo lugar, la emergencia y difusión de la movilización legal también implica la incorporación de un nuevo lenguaje y de argumentos de legitimidad alternativos para justificar las acciones que se promueven. La invocación al lenguaje legal permite justificar los reclamos con argumentos que descansan en el merecimiento de aquellos que demandan el reconocimiento de un derecho antes que en argumentos que destacan el carácter mayoritario de los peticionantes. En ocasiones, la invocación al lenguaje legal también resulta en la creación de nuevos tipos y figuras legales. Diversos autores han mostrado la productividad social y performativa que puede tener la apelación al discurso de derechos (Felstiner *et al.*, 1980-81; Schjolden, 2009)<sup>3</sup> en tanto, como señalaba Hobsbawm (1987), esta es una forma de intervención que permite legitimar la “razonabilidad” o “justicia” de la petición con base en consensos que tienen, en última instancia, una justificación moral. Por lo tanto, y más allá de los resultados que puedan obtenerse a través del uso de esta estrategia, la incorporación del discurso de la ley y del lenguaje de los derechos implica la aceptación de argumentos de legitimidad alternativos y el paso de justificaciones basadas en razones mayoritarias a otras que descansan en el merecimiento y reconocimiento del derecho de los demandantes, independientemente de la extensión de los reclamantes.

La difusión de la estrategia de movilización legal supone además la inevitable incorporación de terceras partes en los conflictos, en particular la incorporación de abogados y jueces como actores que intervienen en la resolución de las disputas. Los jueces, los fiscales, los defensores y los abogados se vuelven partes autorizadas y legítimas en los conflictos, y las disputas se dirimen con las reglas formales y con los tiempos y ritmos que establecen los procedimientos judiciales. Precedentes legales, argumentos razonables y procedimientos preestablecidos se tornan importantes a la hora de tomar decisiones, lo que a su vez reduce las oportunidades de imponer “soluciones” basadas solo en razones políticas o en argumentos mayoritarios. La incorporación de los tiempos y ritmos procesales tiene también

---

3 Ver también Escrivao en este volumen.



consecuencias en la dinámica y extensión de los conflictos. Las demandas deben ajustarse a protocolos y tiempos procesales establecidos externamente que, a su vez, imponen tiempos a las acciones de las partes. Las acciones pasan a depender, entonces, no solo de las capacidades organizativas y de movilización de los actores, sino también de los tiempos y eventos que establecen los procedimientos. Un efecto inesperado de la incorporación de los protocolos y tiempos procesales es que dan lugar a la aparición de puntos focales que permiten coordinar las acciones de los actores y extender la vida de los conflictos.

Otra novedad que es importante destacar es que la creciente relevancia que adquieren los jueces y funcionarios judiciales a partir del uso de la estrategia de movilización legal conlleva el aumento de la importancia política de las decisiones referidas a la estructura y composición del poder judicial. Qué hacen y quiénes son los jueces se convierten en cuestiones de interés estratégico para las autoridades políticas. Dada la trascendencia que adquieren las decisiones legales en la definición de las políticas públicas, los conflictos en torno a la composición de los tribunales y el control de la orientación ideológica de los jueces pasan a ocupar un papel central en las luchas políticas. En otras palabras, la contracara de la movilización legal y de la judicialización de conflictos es la politización del poder judicial (Domingo, 2004),<sup>4</sup> la cual se manifiesta en conflictos relacionados con la composición de los tribunales, pero también en el uso de estrategias de movilización legal para cuestionar y neutralizar oponentes políticos (guerras jurídicas o *lawfare*) (Smulovitz, 2022), así como para promover reversiones jurisprudenciales y legislativas de políticas orientadas a la ampliación de derechos (contramovilización legal).

### Movilización legal: cómo surge y se consolida

Diversas hipótesis han intentado explicar el crecimiento y la consolidación de la movilización legal en la región. La *hipótesis cultural* sostiene, por ejemplo, que la democracia cambia las

---

4 Ver también Castagnola y González-Ocantos en este volumen.



percepciones ciudadanas sobre el valor del derecho como regulador de intercambios sociales, lo cual deriva en un aumento de su uso. El rechazo a las arbitrariedades legales ocurridas en tiempos dictatoriales, y las experiencias de transición a la democracia en las que el imperio de la ley adquirió un rol central como regulador de los vínculos sociales son dos de las circunstancias que habrían favorecido la visibilización y aceptación de los beneficios de la ley y de los discursos de derechos como herramienta de intervención política. Una segunda hipótesis señala que el crecimiento de la movilización legal estaría asociado a cambios en *la estructura de oportunidades sociales y legales*. Aquellos que suscriben esta hipótesis destacan el impacto que tendría para la difusión y consolidación de la estrategia el desarrollo y posterior crisis del Estado de bienestar, el reconocimiento de nuevos derechos y la disminución de los obstáculos de acceso a la justicia. Mientras la consolidación del Estado de bienestar implicó la expansión de la protección legal y la constitucionalización de derechos sociales, su crisis y la reducción de los servicios que proveía, combinado con mejoras en el acceso a la justicia, habrían derivado en el incremento de las demandas legales como un instrumento defensivo para resistir ante un escenario desfavorable. La tercera hipótesis sostiene que el aumento de la judicialización y la movilización legal están relacionados con la emergencia de *estructuras de apoyo* que democratizan el acceso a las cortes y permiten la persistencia de las acciones legales emprendidas por actores más débiles (Galanter, 1974; Epp, 1998). Las estructuras de apoyo están conformadas por organizaciones que proveen conocimientos y habilidades técnicas a actores y organizaciones que necesitan litigar por sus derechos. Estos abogados y organizaciones “de causas” ofrecen a demandantes débiles y sin recursos competencias profesionales sofisticadas para llevar adelante sus reclamos en forma reiterada y persistente. En consecuencia, mientras las primeras dos hipótesis sugieren que la difusión y consolidación de la movilización legal es atribuible a cambios en las percepciones respecto de las potencialidades del instrumento y a cambios en las condiciones contextuales que facilitan su uso, la tercera hipótesis destaca que los alcances y resultados de la movilización legal dependen de las habilidades y capacidades



de los actores, así como de los recursos organizativos de que disponen. Miradas en su conjunto, las tres hipótesis indican que las condiciones institucionales y los marcos ideológicos son relevantes a la hora de explicar la difusión y el crecimiento de la estrategia de movilización legal, pero también que es necesario considerar las características de los agentes que la impulsarán, así como las de los actores con capacidad para oponerse a la misma. En otras palabras, la frecuencia y los resultados del uso de la estrategia de movilización legal dependerán de la interacción entre agencia y oportunidades contextuales y, en particular, de las características específicas que adquieran tanto la agencia como los factores contextuales en cada uno de los procesos de movilización legal.

### **Consecuencias e impacto del uso de la movilización legal**

En consecuencia, y en tanto los resultados que se derivan del uso de la estrategia de movilización legal dependerán de las capacidades de los actores y de las condiciones en las que estos operan, no existe consenso respecto del impacto micro y macro que tiene el uso de esta. A nivel micro, la literatura muestra que en algunos casos el uso de la estrategia permite la satisfacción parcial de las demandas, en otros, la legitimación y el reconocimiento público de los reclamos y, en otros, el inicio de negociaciones con el Estado o con los otros actores involucrados en las disputas. Estas evaluaciones suelen concentrarse en el análisis del impacto de la estrategia en indicadores sociales específicos tales como cambios en los niveles de pobreza o en la distribución y el acceso a ciertos bienes públicos como salud, educación o justicia. Sin embargo, y dado que existen evaluaciones que muestran que las mejoras que se derivan de su uso no serían tan significativas (Rosenberg, 1991) o que producen resultados muy inequitativos (Ferraz, 2011), algunos autores minimizan la eficacia que supone el uso de la estrategia de movilización legal. Otros analistas, como Galanter (1983), advierten, en cambio, que las evaluaciones de impacto deberían considerar no solo los efectos estrechos y directos que supone el uso de la estrategia, sino también lo que él denomina sus consecuencias

radiactivas. Esto es, cómo los resultados se difunden hacia otras cuestiones y ámbitos, cómo producen cambios no deseados en políticas asociadas a aquellas que eran el objeto directo de la estrategia de movilización legal, o modificaciones inesperadas que alteran la agenda política y social a lo largo del tiempo. Finalmente, otros autores (Gauri y Brinks, 2008) han mostrado que el impacto distributivo de la estrategia varía según el objeto en el cual se concentran las demandas. Cuando los litigios se focalizan en la provisión de bienes o beneficios específicos, los efectos distributivos del uso de la estrategia resultan más regresivos que cuando se concentran en las reglas que definen los criterios de distribución de los mismos. En otras palabras, el impacto no dependería de la estrategia en sí, sino de la forma en que la misma es utilizada.<sup>5</sup>

Los autores que analizan las consecuencias macropolíticas del fenómeno suelen advertir sobre sus posibles consecuencias en el funcionamiento democrático, así como sobre la vida social y las relaciones interpersonales. Glendon (1993), por ejemplo, sostiene que la expansión de los discursos de derechos y de la movilización legal resulta en la intensificación del conflicto social y del carácter adversarial de las relaciones sociales porque “los derechos hablan en absolutos [...] e inhiben el diálogo que puede generar consensos, acuerdos, o al menos el descubrimiento de puntos en común” (Glendon, 1985). Zemans (1983), en cambio, considera que en tanto la actividad legal permite a los ciudadanos y a las organizaciones sociales apelar al uso de los poderes coactivos del Estado para perseguir sus intereses y proteger sus derechos, la misma constituye la forma paradigmática de participación política ciudadana en democracia. En esta misma línea, Minow (1987) entiende que el uso de la movilización legal reafirma la integración social ya que señala no solo la voluntad de los actores de ser parte de una comunidad, sino también su decisión de jugar con las reglas de la misma. Los estudios empíricos muestran, sin embargo, que las consecuencias disolventes o los potenciales beneficios del uso

---

5 Para una discusión más pormenorizada sobre cómo evaluar el impacto de la movilización legal ver los trabajos de Marino, Rodríguez Peñaranda, Botero y Jaramillo y Nader en este volumen.



de la estrategia pueden ser desestimados y que los resultados dependerán, en última instancia, de las condiciones contextuales en las que la estrategia opera, así como de las habilidades y los recursos de los actores para llevarla adelante.

Una de las ventajas que este tipo de intervención ofrece a los actores que la utilizan radica en su capacidad para forzar a las autoridades públicas a tomar decisiones y resolver problemas que, de otro modo, podrían haber evitado decidir, habrían postergado indefinidamente o respondido de manera ambigua (Rosanvallon, 2007). Esta característica convierte a la movilización legal en un poderoso instrumento para aquellos actores que buscan obtener influencia política y social, así como legitimación simbólica, ya que obliga a las autoridades públicas a responder a través de procedimientos públicos y estandarizados a sus demandas en los tiempos que los procedimientos procesales establecen. Asimismo, vimos que cuando la ley y el discurso de derechos se convierten en el nuevo lenguaje de la política, y los procedimientos en su gramática, la forma en que se resuelven los conflictos también se modifica. A partir de ese momento, las decisiones deberán tener en cuenta no solo el poder político o social de las partes, sino también los precedentes legales, los argumentos razonables y las normas establecidas. Por estas razones, y en tanto los requisitos para activar esta estrategia son menos exigentes que los que se requieren para impulsar otras formas de intervención política, la movilización legal es particularmente beneficiosa para actores desorganizados, minoritarios o con objetivos intensos. Mientras que para ser exitosos en la arena política los actores deben sumar y coordinar apoyos y diluir la intensidad de sus demandas particulares, en la arena judicial no necesitan demostrar la extensión de sus reclamos ni licuar de antemano la intensidad de sus peticiones. Aun cuando, como vimos, la opción por esta estrategia no les garantiza la realización de sus objetivos, la movilización legal no les exige para poder activarla que coordinen previamente sus acciones con otros. En otras palabras, es una estrategia que permite a actores minoritarios, pero intensos, sortear algunas de las dificultades que les impone la competencia política en contextos democráticos. Aun cuando los actores no necesariamente

obtienen los resultados que buscaban, la estrategia les permite instalar temas y cuestiones en la agenda. Ventaja que, sin embargo, también disminuye los incentivos para organizarse y coordinar acciones con otros, así como para negociar agendas con otros actores.

### **Mobilización legal y juego entre niveles. Desde la arena local a la internacional y viceversa**

Los actores que utilizan la estrategia de movilización legal están atentos no solo a la estructura de oportunidades subnacionales/locales que facilitan o entorpecen el uso de esta, sino también a las oportunidades de interacción con instancias internacionales y nacionales. Casos como los presentados por organizaciones indígenas y de derechos humanos ante cortes internacionales muestran los potenciales beneficios que estas interacciones pueden tener para el avance de las distintas causas (Ruiz Chiriboga, 2012). En el contexto actual, en donde varios países de la región han reconocido la legitimidad de cortes regionales, es posible observar la forma en que los actores aprovechan el juego entre estas arenas para presionar desde arriba decisiones en el terreno doméstico. En los países federales de la región, el “efecto bumerán”, que en su momento identificaron Keck y Sikkink (1998), ha tenido una versión doméstica modificada. En países federales como Argentina, México y Brasil puede observarse cómo los actores aprovechan las posibles interacciones entre el nivel nacional y subnacional para promover o entorpecer la realización de sus objetivos a la hora de utilizar la estrategia de movilización legal. En aquellos casos en los que las oportunidades a nivel nacional se encuentran bloqueadas, los actores tienden a litigar a nivel subnacional con la esperanza de incidir o extender desde allí esos logros al nivel nacional. En otros casos, en cambio, la trayectoria es la inversa y, a fin de superar los obstáculos que encuentran a nivel local, los actores inician sus litigios en el nivel nacional con la expectativa de presionar luego sobre decisiones locales. El uso de la estrategia por parte del movimiento feminista en México en relación con



la despenalización del aborto ilustra el primer caso: la aprobación de la ley en el DF iba a ser utilizada como bandera para incidir y difundir esos resultados en otros estados. En cambio, el tratamiento de las leyes contra la violencia doméstica en Argentina muestra cómo decisiones tomadas en el orden nacional son utilizadas para presionar sobre las autoridades locales (Smulovitz, 2015). En todo caso, cualquiera sea la dirección del bumerán, el punto es que los actores saben que la interacción entre distintos niveles de gobierno –subnacional, nacional e internacional– es una herramienta y una oportunidad adicional que necesitan considerar a la hora de utilizar la estrategia de movilización legal.

### ***Lawfare* y contramovilización legal. Nuevos formatos de movilización**

Finalmente, unos breves comentarios sobre dos fenómenos que la literatura latinoamericana empezó a registrar recientemente: la contramovilización legal y la difusión de guerras jurídicas o de lo que algunos autores han denominado con la etiqueta de *lawfare* (Smulovitz, 2022). El primer fenómeno se refiere al uso de la estrategia de movilización legal para promover el avance de causas conservadoras o para revertir decisiones jurisprudenciales o legislativas que habían resultado en la ampliación de derechos. Ejemplos de este tipo de uso de la movilización legal son las recientes decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos revirtiendo los alcances del derecho al aborto establecidos en *Roe vs. Wade*, o los casos de reversión del derecho al aborto en Argentina y Colombia analizados en este volumen por Ruibal. La estrategia de contramovilización legal no se ha utilizado solo en casos relacionados con cuestiones de género, también ha sido empleada para restringir o revertir avances en legislación ambiental (Cristel, 2024), así como avances en procesos de justicia transicional (Bernal Bermúdez, 2022). Los casos de las guerras jurídicas o de *lawfare* comprenden, en cambio, el uso de la movilización legal para dirimir enfrentamientos partisanos. Algunos autores entienden que los casos de contramovilización legal y los de *lawfare* estarían indicando

el agotamiento y desgaste de la estrategia de movilización legal (Botero *et al.*, 2022) en la medida en que la misma ya no serviría para promover nuevos derechos o integrar actores marginados. Sin embargo, también puede argumentarse que el incremento en las denuncias de *lawfare* y el aumento de los casos de contramovilización son en realidad manifestaciones del éxito y la consolidación de la estrategia de movilización legal. El crecimiento y la ubicuidad de la estrategia refleja la consolidación y aceptación de los argumentos y procedimientos legales como herramientas para avanzar u obstaculizar causas políticas y sociales, así como la extensión de su uso por una amplia gama de actores, independientemente de sus inclinaciones ideológicas. Por otra parte, los casos de contramovilización legal y las denuncias de *lawfare* también confirman que el lenguaje jurídico se ha convertido en una nueva herramienta para la interacción política, y que la misma es percibida y está disponible para realizar objetivos de política pública cada vez más diversos y para un conjunto cada vez más amplio de actores. Aun cuando para avanzar sus reclamos y realizar sus objetivos los actores continúan utilizando instrumentos políticos tradicionales como las protestas o las votaciones, el creciente uso de la estrategia de la movilización legal para expandir derechos, para revertirlos o para intervenir en conflictos partisanos revela que la misma no se está desgastando. Por el contrario, parecería que su uso se ha popularizado y que ahora alcanza temas y objetivos más amplios y distintos a los que marcaron sus inicios. En otras palabras, la difusión y ubicuidad de su uso muestra que la movilización legal se ha transformado en una nueva lengua franca para realizar intercambios y negociaciones políticas.

## Conclusiones

En conclusión, en los últimos tiempos es posible observar la adopción y difusión de la estrategia de movilización legal para el logro de objetivos políticos y sociales, así como su uso en una variedad de temas y por parte de un creciente número de actores. Este fenómeno ha tenido una serie de consecuencias: amplió y transformó las herramientas disponibles para hacer



política, modificó el lenguaje, sumó nuevos procedimientos a los intercambios políticos y visibilizó a la arena judicial hasta convertirla en un escenario adicional en donde se dirimen disputas entre el gobierno, la oposición y los ciudadanos. A su vez, la importancia cada vez mayor que viene adquiriendo este espacio ha dado lugar a una creciente politización de la justicia y a la introducción de los jueces como un actor adicional en las decisiones políticas. Simultáneamente, y dado que la activación de la estrategia de movilización legal tiene menos requisitos de coordinación que los exigidos por las estrategias políticas, esto permitió que actores que solían estar en los márgenes del sistema político pudieran participar e incidir, sorteando algunos de los obstáculos que les impone la lógica de la acción colectiva. En consecuencia, la judicialización habilitó la participación e injerencia de actores que resultaban invisibilizados, a la vez que consolidó el ejercicio de la participación de actores atomizados y con escasos incentivos para articularse en acciones colectivas más amplias. Finalmente, si bien la expansión del uso de la estrategia y la consiguiente politización que esto produjo no pueden ser ignoradas, la opción por la ley y por el discurso de derechos como herramientas de intervención revela la aspiración de un amplio conjunto de actores por participar e integrarse a la comunidad y al debate político a través de instrumentos que no discuten su legitimidad, sino que, por el contrario, los aceptan y reconocen.

## Referencias

- Bernal Bermúdez, L. (2022). Backlash against corporate accountability for grave human rights violations in Colombia. En S. Botero, D. Brinks, E. Gonzalez Ocantos, *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America*. Cambridge University Press.
- Botero, S., Brinks, D. y Gonzalez Ocantos, E. (2022). *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America*. Cambridge University Press.
- Cristel, L. (2024) Judicialización ambiental y escalas en tensión: el caso del derrame de agua cianurada en la mina Veladero en San Juan. *Revista Estudios. Revista del Centro de Estudios Avanzados* (51).



Domingo, P. (2004). Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, 11.

Epp, C. (1998). *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. The University of Chicago Press.

Felstiner, W., Abel, R. y Sarat, A. (1980-81). The emergence and transformation of disputes—naming, blaming, claiming. *Journal Law and Society*, 15(3-4).

Ferraz, O. L. M. (2011). Health inequalities, rights and courts: The social impact of the “Judicialization of Health” in Brazil. En A. E. Yamin y S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can courts bring more justice to health?* Harvard University Press.

Galanter, M. (1974). Why the ‘haves’ come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Journal Law & Society Review*, 9(1), 165-230.

Galanter, M. (1983). The radiating effects of courts. En K. Boyum y L. Mather (Eds.), *Empirical Theories about Courts*. Longman.

Garapon, A. (1997). *Juez y democracia*. Flor del Viento Ediciones.

Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (Eds.) (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate Publishing.

Gauri, V. y Brinks, D. (2008). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge University Press.

Glendon, M. (1993). *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. The Free Press.

Gloppen, S. (2017). *Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framework*. Center of Law and Social Transformation Paper (PDF).

Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (Eds.) (2011). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Hobsbawm, E. (1987). *El mundo del trabajo*. Crítica.

Huneus, A., Couso, J. y Sieder, R. (2010). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*. Cambridge University Press.



- Keck, M. E. y Sikkink, K. (1998). *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Cornell University Press.
- McCann, M. (1994). *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. The University of Chicago Press.
- Minow, M. (1987). Interpreting rights: An essay for Robert Cover. *Yale Law Journal*, 96.
- Rosanvallon, P. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Manantial.
- Rosenberg, G. (1991). *The Hollow Hope: ¿Can Courts Bring About Social Change?* The University of Chicago Press.
- Ruibal, A. (2015). Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, xxii.
- Ruiz Chiriboga, O. R. (2012). *Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones*. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>
- Schjolden, L. (2009). Sentencing the social question: Court-made labour law in cases of occupational accidents in Argentina, 1900-1915. *Journal of Latin American Studies*, 41(1), 91-120.
- Sieder, R. (2020). Revisiting the judicialization of politics in Latin America. *Latin American Research Review*, 55(1).
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (Eds.) (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.
- Smulovitz, C. (2010). La política por otros medios: judicialización y movilización legal en Argentina. *Desarrollo Económico*, 48.
- Smulovitz, C. (2015). Legal inequality and federalism: Domestic violence laws in the Argentine provinces. *Latin American Politics and Society*, 57, 1-26. <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2015.00277.x>
- Smulovitz, C. (2022). Del “descubrimiento de la ley” al “lawfare” o cómo las uvas se volvieron amargas. *Revista SAAP*, 16.



Tate, N. y Vallinder, T. (Ed.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press.

Zemans, F. (1983). Legal mobilization: The neglected role of the law in the political system. *American Political Science Review*, 77.



# **Contramovilización legal y *backlash* desde la sociedad civil y el Estado en América Latina: litigio conservador en Argentina y Colombia**

*Alba Ruibal*<sup>1</sup>

---

1 Investigadora CONICET – IDEJUS, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

## Introducción<sup>2</sup>

El uso del derecho y las cortes para el cambio social es una de las principales innovaciones en el repertorio de acción colectiva y en la interacción entre los movimientos sociales y el Estado desde los procesos de democratización en América Latina. En los últimos tiempos, el instrumento fue incorporado también por los movimientos conservadores en la región. Estos grupos han encuadrado sus demandas en el lenguaje de los derechos constitucionales y los derechos humanos, y han usado las vías institucionales de los sistemas democráticos para oponerse al avance de las demandas de movimientos sociales. Esto ha dado lugar a procesos de *backlash* o reacción conservadora, en forma de contramovimiento y contrarreforma frente a las demandas de igualdad y expansión de derechos, que han tenido como una herramienta central la contramovilización legal y la apelación al poder judicial.

La judicialización conservadora ha sido especialmente relevante en el campo de los derechos sexuales y reproductivos. En la década de los noventa, en un contexto de auge del reconocimiento de los derechos reproductivos en el ámbito internacional, así como de crecimiento de los movimientos feministas en los países latinoamericanos, los grupos católicos conservadores de la región comenzaron a desarrollar nuevos tipos de movilización que los asemejaron a un movimiento social o contramovimiento. En ese proceso, crearon nuevos tipos de organizaciones y estructuras de apoyo en la sociedad

---

2 Este capítulo desarrolla argumentos presentados en trabajos previos de la autora (Ruibal, 2014, 2022).



civil, desarrollaron un encuadre más acorde con el discurso de la democracia y los derechos humanos, y han utilizado los canales institucionales que brinda el sistema democrático para oponerse al avance de los derechos sexuales y reproductivos (González Ruiz, 2005; Vaggione, 2005; Amuchástegui *et al.*, 2010; Lemaitre, 2012). Es decir que, además de sus formas habituales de influencia como poder de facto sobre los sistemas políticos de la región, los sectores católicos conservadores, y de manera creciente también los evangélicos, han utilizado las oportunidades políticas y legales para promover su causa.

En el contexto de las transiciones democráticas, la primera intervención relevante de los sectores conservadores en el campo legal fue su intento de influir en los procesos constituyentes para introducir una cláusula constitucional sobre el derecho a la vida “desde el momento de la concepción hasta la muerte natural”, siguiendo la campaña del Vaticano al respecto, promovida especialmente desde el papado de Juan Pablo II (Pitanguy, 2011, p. 39). Estos intentos fueron resistidos con éxito por la movilización feminista en los procesos constituyentes de Brasil (1988), Colombia (1991) y Argentina (1994), mientras que en países como Chile, Guatemala, Honduras, República Dominicana y El Salvador lograron introducir esa cláusula (Tamés y Andión, 2012, pp. 9-10). Posteriormente, estos sectores comenzaron a desarrollar estrategias de litigio para desafiar las políticas sobre salud reproductiva que se estaban implementando en distintos países de la región (Casas Becerra, 2004). También dirigieron su atención al nivel subnacional en los regímenes federales para modificar el marco legal<sup>3</sup> o para detener la implementación local de políticas públicas y decisiones judiciales nacionales sobre anticoncepción y abortos permitidos por la ley (Reuterswärd, 2021; Ruibal, 2018; Zaremborg y Guzmán, 2019).

Colombia y Argentina son los dos países en que los procesos de movilización legal conservadora han sido más notables, en términos su organización e impacto, y presentan dos formas emblemáticas de activismo legal. Argentina muestra el caso

---

3 Esto fue así en el caso de México, que es el único país latinoamericano donde las leyes de aborto son promulgadas a nivel subnacional.

más sistemático y persistente en la región de contramovilización legal y litigio estratégico por parte de organizaciones de la sociedad civil. Por su parte, Colombia es el caso con el más importante proceso de movilización legal por parte de activistas institucionales ubicados en organismos del Estado nacional. A partir del estudio de ambos casos, este capítulo se propone identificar y analizar los aspectos que caracterizan los procesos de movilización legal conservadora. Para esto, se estudiarán los procesos de litigio conservador que se desarrollaron en ambos países contra decisiones clave de sus cortes constitucionales que liberalizaron el marco legal del aborto.<sup>4</sup>

Con base en investigación empírica en ambos países, se muestra cómo en la Argentina las principales acciones legales contra el fallo *F.A.L.* de la Corte Suprema, de 2012, se desarrollaron en el nivel subnacional, por parte de organizaciones de la sociedad civil que tenían una trayectoria consolidada especialmente en la provincia de Córdoba. En el caso de Colombia, se analiza cómo la principal oposición legal contra la histórica decisión C-355 de la Corte Constitucional de 2006 fue llevada a cabo por activistas institucionales ubicados en una institución clave para la implementación de esta sentencia, dentro del Gobierno nacional. En ambos países, hasta que se produjeron reformas recientes que descriminalizaron el aborto, el fallo de la Corte colombiana en 2006 y de la Corte argentina en 2012 habían sido los principales cambios legales en este campo.<sup>5</sup>

En primer lugar, se expone la perspectiva analítica para el estudio de procesos de contramovilización legal basada en marcos conceptuales desarrollados por la teoría de los movimientos

---

4 Los fallos de las cortes de Colombia y la argentina en materia de aborto son parte del proceso de expansión del derecho al aborto que se produjo en América Latina desde mediados de la década de los 2000, en el cual las cortes constitucionales han tenido un rol central. Ver Ruibal (2021).

5 En ambos países se descriminalizó el aborto recientemente: el 30 de diciembre de 2020, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley 27.610 que legalizó el aborto hasta las catorce semanas. En Colombia, el 21 de febrero de 2022, la Corte Constitucional descriminalizó el aborto hasta la semana veinticuatro y exhortó al Congreso a emitir políticas públicas para garantizar su atención integral.



sociales y por los estudios sobre movilización legal. Seguidamente, se presentan los dos estudios de caso.

### **Elementos para el estudio de la contramovilización legal en América Latina**

Los estudios sobre movimientos sociales han mostrado que, en las sociedades contemporáneas, la oposición organizada a un movimiento progresista que logra un éxito sustancial en su llamado a la igualdad de derechos toma cada vez más la forma de movimiento social o contramovimiento (Mottl, 1980; Lo, 1982; Meyer y Staggenborg, 1996; Fetner, 2001; Della Porta y Diani, 2006). Desde esta perspectiva, el desarrollo de un contramovimiento, con formas organizativas y estrategias similares a las del movimiento al que se opone, es esperable ante el avance de las demandas de un movimiento social y ante un cambio en el contexto institucional. Como explican Meyer y Staggenborg (1996), la noción de contramovimiento se desarrolló para dar cuenta de las fuerzas de oposición a los movimientos sociales de la década de los sesenta en Estados Unidos, que adoptaron cada vez más formas organizativas similares a las de los movimientos sociales que intentaban contrarrestar. Estos estudios han señalado que los mismos factores que promueven la presencia de movimientos sociales en el proceso político contemporáneo, favorecen también la presencia de sus oponentes a través de las mismas formas de movilización (p. 1654). Asimismo, estos estudios han observado que movimientos y contramovimientos desarrollan una interacción sostenida entre sí, y que en esta dinámica se produce una influencia mutua entre estos campos opuestos (pp. 1629-1633).<sup>6</sup>

En este sentido, el desarrollo de movilización legal por parte de sectores conservadores en América Latina es una consecuencia lógica o previsible dado el cambio en el contexto político e institucional que se produjo a partir de las transiciones

---

6 Los movimientos también tienen un “efecto de demostración” sobre los contramovimientos, señalando que la acción colectiva puede promover (o resistir) el cambio en aspectos particulares de la sociedad (Meyer y Staggenborg, 1996, p. 1632).



democráticas en la región, y dado el avance de los movimientos feministas. Específicamente, desde esta perspectiva puede entenderse que, a partir de las condiciones creadas por las reformas constitucionales y judiciales que se llevaron a cabo desde los procesos de democratización, y de la creciente incorporación del discurso de los derechos humanos y los derechos fundamentales, los contramovimientos en América Latina también usen el discurso legal para encuadrar y presentar sus reclamos, y apelen a los nuevos instrumentos y remedios legales, como lo hacen los movimientos que buscan la ampliación de derechos.

Asimismo, siguiendo este enfoque, la contramovilización legal en América Latina puede estudiarse con base en las mismas categorías y marcos analíticos utilizados para el análisis de las estrategias legales de los movimientos sociales. Particularmente importantes para este estudio son los marcos conceptuales clásicos desarrollados por la teoría de los movimientos sociales, en especial los enfoques sobre las oportunidades políticas y la movilización de recursos (McAdam *et al.*, 1996), y el desarrollo posterior de estos marcos analíticos por parte del campo de estudios sobre movilización legal, a través de la conceptualización de las oportunidades legales (Hilson, 2002) –que incluye las reglas institucionales que rigen el acceso a las cortes, así como la receptividad de los tribunales a los reclamos de los movimientos sociales–, y de las estructuras de apoyo a la movilización legal (Epp, 1998), que toma especialmente en cuenta la presencia de organizaciones con recursos legales y económicos para sostener procesos de litigio estratégico.

En el caso de las oportunidades legales, se puede considerar que la introducción de nuevos derechos fundamentales en las constituciones y de nuevos instrumentos para su defensa, así como las reformas a los procedimientos decisorios de las cortes, expanden la posibilidad de participación de movimientos sociales y de sus oponentes en los procesos judiciales. En este sentido, es esperable que en contextos de cambio institucional y de ampliación de la oportunidad legal para la judicialización de los reclamos de los movimientos sociales, los movimientos conservadores o contramovimientos también desarrollen estrategias legales, y que las cortes se conviertan en foros para la presentación de estos reclamos.



Finalmente, un concepto que no ha sido destacado por los estudios sobre movilización legal, pero que ha sido desarrollado por estudios sobre movimientos sociales, y que es especialmente importante para el análisis de la movilización legal conservadora del caso colombiano, es el de activistas institucionales. Este concepto alude a la presencia de miembros del movimiento social en posiciones formales dentro del gobierno, quienes pueden responder de manera más consistente que otros actores del Estado, incluidos los aliados del movimiento, a los intereses y objetivos de este (McGuire y Santoro, 1997; Banaszak, 2010). Esta categoría, que generalmente se ha desarrollado para el análisis del movimiento feminista, también puede aplicarse al activismo institucional conservador.

### **Colombia: activistas institucionales conservadores y contramovilización legal desde el Estado**

El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia emitió la histórica Sentencia C-355 que despenalizó el aborto en tres circunstancias, en respuesta a una acción de inconstitucionalidad presentada por la organización feminista Women's Link Worldwide.<sup>7</sup> La Corte estableció que el aborto dejaría de ser delito en los casos de riesgo para la vida o la salud de la mujer, malformaciones fetales graves y violación. Asimismo, el fallo estableció la obligación de todos los prestadores de servicios de salud, públicos y privados, de ofrecer abortos seguros en las tres circunstancias especificadas. La Corte precisó que su decisión era de aplicación inmediata, y que los derechos protegidos no requerían la promulgación de nuevas normas para ser exigibles. Sin embargo, aclaró que los órganos competentes podrían desarrollar políticas públicas de acuerdo con su dictamen.

El proceso de implementación de la Sentencia C-355 se desarrolló en dos etapas principales. La primera, entre 2006 y 2009, se caracterizó por un rol activo de las agencias gubernamentales, en particular el Ministerio de Salud, en la emisión de normas

---

7 Corte Constitucional, Sentencia C-355, 10 de mayo de 2006.

del sector de la salud que especificaban las condiciones para la implementación del aborto legal por parte de los proveedores de servicios de salud públicos y privados (Barraza y Gómez, 2009). La más importante de estas medidas fue la promulgación del Decreto 4444, en diciembre de 2006, que adoptó la Norma Técnica para la Interrupción Voluntaria del Embarazo de 2003 de la Organización Mundial de la Salud (OMS).<sup>8</sup> Bajo el sistema unitario de gobierno de Colombia, el Ministerio de Salud era un actor principal para el proceso de implementación de la sentencia en todo el país. Asimismo, durante esta etapa se dio una dinámica positiva entre organizaciones no gubernamentales (ONG) feministas y diferentes sectores del Estado en un esfuerzo por hacer efectivas las nuevas normas sobre aborto. En esos años hubo también diversos obstáculos para la implementación del fallo y para garantizar el acceso al aborto legal en el país.<sup>9</sup> En respuesta a esta situación, organizaciones feministas (especialmente Women's Link y la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres), así como mujeres a título personal, presentaron acciones de tutela ante el poder judicial denunciando dificultades en el proceso de implementación.<sup>10</sup> La Corte seleccionó algunas de estas demandas y, a partir de ellas, desarrolló una jurisprudencia integral sobre cómo debía implementarse el aborto legal en Colombia (entrevista Tovar, 2013).<sup>11</sup>

---

8 Ministerio de la Protección Social, "Decreto 4444 por el cual se reglamenta la prestación de servicios en salud sexual y reproductiva", 13 de diciembre de 2006.

9 Una descripción detallada de estos obstáculos puede encontrarse en Ruibal (2014).

10 La acción de tutela, introducida por la reforma constitucional de 1991, es similar a la acción de amparo de otros países latinoamericanos, pero sus características especiales la han convertido en un instrumento clave para la protección de los derechos constitucionales en Colombia: esta acción puede ser interpuesta por cualquier ciudadano que sea víctima potencial o real de una vulneración de un derecho fundamental, siempre que no exista otra vía de reparación; puede interponerse ante cualquier tribunal, sin necesidad de representación legal ni documentación escrita, y debe decidirse mediante un procedimiento expedito. Todas las decisiones de los tribunales inferiores con respecto a las tutelas llegan a la Corte Constitucional, que puede seleccionarlas discrecionalmente para decidir sobre algunas de ellas.

11 Ver Roa (2012).



Esa primera etapa fue interrumpida por un fuerte proceso de *backlash*, a partir del nombramiento de funcionarios que se desempeñaron como activistas institucionales conservadores dentro de la estructura del Estado nacional, e intentaron sistemáticamente obstruir, a través de diversas acciones jurídicas, la implementación de la Sentencia C-355. Este proceso comenzó en 2009, cuando el presidente conservador Álvaro Uribe designó a un destacado abogado conservador vinculado a la orden católica ultraconservadora Opus Dei, Alejandro Ordóñez, como titular de la Procuraduría General de la Nación, una institución clave para la implementación de la decisión de la Corte.<sup>12</sup> Hasta el nombramiento de Ordóñez, la Procuraduría se había mostrado favorable a la implementación de la Sentencia C-355, y se había comprometido a colaborar con organizaciones feministas, en particular Women's Link, en la supervisión de su cumplimiento (entrevista Villarreal, 2013). De este modo, el nombramiento de Ordóñez implicó un giro político dentro del Estado con respecto a la implementación de la sentencia. En cuanto a la oportunidad política que propició este cambio en la implementación del fallo, se ha señalado que en 2005, cuando se interpuso y comenzó a discutirse en la Corte la acción de inconstitucionalidad, Uribe no intervino en la discusión pública, ni ejerció presión sobre la Corte presuntamente debido a su intención de ser reelecto, para lo cual necesitaba la aprobación por parte de la Corte de una reforma constitucional que lo habilitara (entrevista Cuéllar, 2013).

Antes de asumir este cargo, Ordóñez había expresado abiertamente posiciones fundamentalistas contra el aborto y el matrimonio homosexual, y como magistrado del Consejo de

---

12 En Colombia, la Procuraduría es una institución poderosa, creada por la Constitución de 1991 con un amplio mandato, que abarca tanto las funciones de inspector general como de fiscal general. Este organismo, que no existe como tal en otras jurisdicciones, tiene a su cargo la aplicación de la Constitución, las leyes generales, las decisiones judiciales y los actos administrativos. Su titular, el procurador general, quien es designado por el Congreso por un periodo de cuatro años, es la máxima instancia encargada de velar por la vigencia de los derechos humanos, y también tiene competencia para investigar a todos los funcionarios públicos, incluso los elegidos por voto popular, y para destituirlos del cargo sin juicio penal, por incumplimiento de sus deberes.

Estado había emitido decisiones basadas en la doctrina católica (Lemaitre 2012, p. 497). Una de sus primeras acciones como procurador general fue el nombramiento de la abogada Ilva Myriam Hoyos en la oficina encargada de la protección de los derechos sexuales y reproductivos y de supervisar la implementación de la Decisión 355/06 (Parra, 2010, p. 41). Hoyos había realizado 47 presentaciones en calidad de *amicus curiae* durante el proceso de decisión que condujo a la Sentencia C-355/2006 y había manifestado que emprendería acciones contra un potencial fallo de la Corte que liberalizara el aborto (p. 41).

Estos poderosos activistas institucionales estaban ligados a un nuevo tipo de movilización religiosa conservadora que se desarrolló en Colombia desde mediados de la década de los 2000.<sup>13</sup> Entre las principales organizaciones católicas que trabajan en el ámbito de la sociedad civil se encuentran Red Futuro Colombia, de la cual Hoyos era expresidenta, Unidos a Dios Salvaremos a Colombia, Legión de María y el Consejo Nacional de Laicos (Mazo, 2006, p. 80). Estas organizaciones, dirigidas por laicos católicos, principalmente del Opus Dei, comenzaron a utilizar los mismos métodos que otros movimientos sociales, como el cabildeo legislativo y el litigio estratégico (Lemaitre, 2012, p. 498). Este proceso implicó la formación de una estructura de apoyo para la contramovilización legal, con amplia influencia de la Universidad de La Sabana, que ha sido semillero de activistas legales conservadores, y en la cual Hoyos era docente. Así como en otros países de la región, la contramovilización y el activismo legal conservador han sido financiados en gran medida por Human Life International y su filial latinoamericana Vida Humana Internacional.<sup>14</sup> Cuando Women's Link presentó la acción de inconstitucionalidad que motivó la sentencia de

---

13 En Colombia, la oposición tradicional a los derechos sexuales y reproductivos provino principalmente de la Iglesia católica, especialmente a través de la Conferencia Episcopal (Lemaitre, 2012, p. 497).

14 Human Life International es una coalición de diversos grupos antiaborto, fundada en Estados Unidos en 1981, que tiene una oficina para América Latina en Miami y filiales en la mayoría de los países de la región (Htun, 2003, p. 152); se presenta como la organización pro-vida más grande del mundo (González Ruiz, 2005, p. 50).

la Corte, estas organizaciones se dispusieron a hacer campaña en contra de esa demanda. Sin embargo, hasta la llegada de activistas institucionales a cargos públicos clave, en 2009, esa reacción no tuvo peso ni liderazgo.

A partir de 2009, desde sus posiciones institucionales dentro del Estado, estos actores desarrollaron una estrategia legal encaminada a bloquear la implementación de la sentencia de la Corte y, en última instancia, a revertir esta jurisprudencia, con base en un encuadre que ha apelado a argumentos constitucionales y ha evitado mencionar principios religiosos (Lemaitre, 2012, p. 498). En general, sus acciones tuvieron un efecto disuasivo sobre otros funcionarios estatales, debido al poder del procurador para destituirlos de sus cargos. Por ejemplo, el procurador indicó a los funcionarios públicos a cargo de la implementación de los servicios de aborto que el misoprostol era un método inseguro y más costoso que otros, por lo que, si lo recomendaban, podrían ir a la cárcel por dañar las finanzas públicas (entrevista Tovar, 2013).<sup>15</sup>

La acción más importante, sin embargo, en cuanto a sus consecuencias para la implementación de la Sentencia C-355, fue la demanda judicial de suspensión y derogación del Decreto 4444 emitido por el Ministerio de Salud en 2006. En 2009, el procurador presentó una demanda ante el Consejo de Estado<sup>16</sup> solicitando una medida cautelar y la nulidad de dicho decreto, bajo el argumento de que el Gobierno nacional no tenía facultades constitucionales para regular una decisión de la Corte Constitucional, sin la previa promulgación de una ley por el Congreso. El Consejo de Estado acogió la demanda, suspendió inmediatamente el decreto y, finalmente, lo declaró nulo en

---

15 El misoprostol es un medicamento recomendado por la oms para la interrupción del embarazo en sus primeras semanas.

16 El Consejo de Estado es uno de los tres altos tribunales de Colombia. Es el máximo tribunal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y tiene a su cargo decidir todas las controversias derivadas de la actuación de los funcionarios públicos. Los otros dos tribunales superiores del país son la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

marzo de 2013.<sup>17</sup> Los efectos jurídicos de la suspensión y de la nulidad del decreto no fueron sus consecuencias más significativas, pues, por un lado, la Corte había indicado que su decisión era directamente aplicable y había precisado que la referencia para su implementación eran las guías de la oms. Asimismo, la propia Corte desarrolló una sólida jurisprudencia sobre los criterios adecuados para la implementación de la Sentencia C-355. Sin embargo, la suspensión y posterior anulación del decreto produjeron confusión y desinformación en el público en general y en los prestadores de servicios de salud, sobre el estatus de la sentencia y sobre el derecho de las mujeres a acceder a servicios de aborto legal. Las directivas emitidas por la Procuraduría a los prestadores de servicios de salud contribuyeron a la confusión, al indicar que, desde que el decreto había sido suspendido, los prestadores de servicios de salud no estaban obligados a realizar abortos (Roa y Potts, 2009).

Frente a esta reacción conservadora desde un sector del propio Estado, la Corte Constitucional demostró ser el actor más importante dentro de la estructura estatal con capacidad y voluntad para oponerse a la reacción conservadora contra la Sentencia C-355. Por un lado, frente al uso por parte de los activistas institucionales desde la Procuraduría de acciones de nulidad contra este fallo, así como contra decisiones posteriores de la Corte respecto de su implementación, la Corte Constitucional denegó sistemáticamente el uso de la acción de nulidad contra la sentencia (entrevista Tovar, 2013).<sup>18</sup> Por otro lado, las organizaciones feministas, en particular Women's Link, utilizaron el litigio estratégico y otras acciones legales para contestar a las acciones de la Procuraduría, que fueron decididas por la Corte en el sentido de garantizar la implementación de su sentencia.

---

17 Consejo de Estado, Sentencia sobre Acción de Nulidad contra el Decreto 4444 de 2006, 13 de marzo 2013, Exp. 11001-03-24-000-2008-00256-00.

18 En este sentido, la Corte recordó a los peticionarios que la Acción de Nulidad solo procede cuando ha habido graves violaciones al debido proceso, y que no puede ser utilizada para reabrir debates ya resueltos por la jurisprudencia constitucional de la Corte.



## Argentina: contramovilización legal en la sociedad civil a nivel subnacional

El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema argentina emitió el fallo *F.A.L.* (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 2012), orientado a poner fin a una histórica disputa jurídica en el país sobre la interpretación de la causal violación incluida en el artículo 86 del Código Penal desde 1921. La sentencia, motivada por una demanda de un actor conservador en torno al acceso al aborto por parte de una adolescente víctima de violación en la provincia de Chubut, fue el principal hito en la lucha por la liberalización de las leyes de aborto en Argentina hasta que este se legalizó en 2020. La Corte estableció que esa causal debía interpretarse como una despenalización del aborto en todos los casos de violación, y no solo en casos de mujeres con discapacidad mental. En la parte resolutoria del fallo, la Corte fue más allá, y se propuso también poner fin a la histórica falta de implementación y judicialización del aborto legal en el país. Si bien la demanda se refería a un caso individual, la Corte exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a eliminar las barreras institucionales y emitir protocolos hospitalarios para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y, en general, para todos los casos de aborto legal previstos en el artículo 86, incluida la causal salud, que debía interpretarse según la definición integral de la oms.

La decisión de la Corte no dejaba lugar a dudas sobre cómo debía interpretarse e implementarse la ley en todo el territorio nacional. Sin embargo, en las provincias, que eran el lugar crucial para la implementación de la sentencia, se desarrollaron fuertes resistencias. Las provincias eran el sitio determinante para la aplicación del fallo ya que bajo el federalismo argentino la mayor parte de las competencias para la implementación de los servicios de aborto residen en los gobiernos provinciales, a través de sus ministerios de salud, y el costo de los servicios de salud lo pagan principalmente las provincias, a partir del proceso de descentralización de fines de los años ochenta y noventa, cuando la financiación y la administración de este sector pasaron a ser responsabilidad provincial.



En ese marco, el fallo de la Corte no se aplicó de manera uniforme en las distintas jurisdicciones. En el nivel subnacional, *F.A.L.* (CSJN, 2012) encontró resistencias explícitas de distintos sectores, dilaciones, judicialización, y aun veto de las nuevas normativas por parte de los gobiernos provinciales, que tuvieron por resultado un proceso de implementación muy desigual del fallo a lo largo del país (Anzorena, 2013; Asociación por los Derechos Civiles, 2013; Gebruers y Gherardi, 2015; Hopp, 2014; Ramón Michel y Ariza, 2018; Ruibal, 2018).<sup>19</sup>

Córdoba fue, como lo había sido en momentos anteriores, la jurisdicción con el mayor proceso de litigio conservador por parte de organizaciones de la sociedad civil contra una norma nacional en materia de derechos reproductivos. Desde fines de la década de los ochenta, se desarrollaron en esta provincia las principales organizaciones que conforman la estructura de apoyo para la movilización legal conservadora en el país. La ONG Portal de Belén, constituida formalmente como asociación civil en 1994, ha sido la principal actora en este campo, junto a la ONG Mujeres por la Vida, con la cual han compartido acciones e integrantes.<sup>20</sup> Ambas organizaciones, radicadas en la capital provincial, y vinculadas al Opus Dei, la rama más activista del catolicismo contra el derecho al aborto en Argentina, han utilizado sistemáticamente el litigio estratégico desde fines de la década de los noventa para cuestionar la constitucionalidad de políticas de salud sexual y reproductiva.<sup>21</sup> Para esto, como

---

19 Ver Defensora General de la Nación (2013).

20 “El abogado de Mujeres por la Vida era Jorge Scala, miembro también de Portal de Belén. Ahora es uno de los apoderados de esa asociación junto al abogado Rodrigo Agrelo” (La Voz del Interior, 2021).

21 Con anterioridad a la actuación de estas organizaciones, una de las primeras acciones organizadas por las fuerzas conservadoras en el campo del derecho al aborto en Argentina fue su movilización contra el primer proyecto de ley para reformar la ley del aborto del país, presentado en 1989 por una diputada del partido Unión Cívica Radical. Pero durante la década de los ochenta y principios de la de los noventa, aún no existía un movimiento conservador propiamente dicho contra los derechos reproductivos en Argentina, y la reacción de la Iglesia contra el proyecto de ley consistió principalmente en movilizar a estudiantes de escuelas católicas para que asistieran a manifestaciones públicas (Blofield, 2006, p. 132).



en el caso colombiano, han contado con el apoyo de Human Life International (entrevista Juliá, 2010). También han contado históricamente con contactos y familiaridad con el Poder Judicial y el campo jurídico en general en la provincia (Carreras, 2001), comenzando por la tradicionalista Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, dirigida desde 2018 por Guillermo Barrera Buteler, quien fue uno de los jueces que declaró inconstitucional el protocolo para el aborto legal en 2013.

La judicialización contra la implementación del fallo *F.A.L.* (CJSN, 2012) es parte de una estrategia continua de litigio conservador en la provincia. Según explica una reconocida abogada feminista de Córdoba, a diferencia de lo ocurrido en provincias como Tucumán, donde la estrategia legal conservadora se ha concentrado en casos concretos y ha criminalizado a mujeres individuales por abortos incompletos y abortos espontáneos, en esta provincia la movilización legal conservadora ha tenido una intención más estratégica y estructural, centrándose en el litigio constitucional contra las normas de salud reproductiva (entrevista Balaguer, 2021).<sup>22</sup> Un factor central que permite explicar la diferencia en la movilización legal conservadora en ambos contextos es precisamente el desarrollo, en Córdoba, de organizaciones institucionalizadas, profesionalizadas, con importantes fuentes de financiamiento y estables en el tiempo, todos aspectos clave de una estructura de apoyo para llevar adelante un tipo de litigio que aspira a incidir sobre las normas y su aplicación general, más allá de casos concretos.

Tempranamente, estas organizaciones utilizaron las nuevas oportunidades legales creadas por la reforma constitucional de 1994, que introdujo instrumentos para la defensa de los derechos ampliando la legitimación para el litigio estratégico por parte de actores sociales, mediante la figura del amparo colectivo, y otorgando jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos.<sup>23</sup> Además, al inicio de su campaña de litigio,

---

22 Un ejemplo emblemático en este sentido fue el llamado caso Belén, referido a una joven mujer que estuvo presa casi tres años por un aborto espontáneo, hasta ser absuelta en marzo de 2017 por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Ver Deza (2017).

23 Uno de los principales argumentos jurídicos de los activistas

a fines de los años noventa, las organizaciones conservadoras aprovecharon la oportunidad legal favorable creada por la presencia de una mayoría conservadora en la Corte Suprema, nombrada bajo la presidencia de Carlos Menem (1989-1999), varios de cuyos miembros pertenecían al Opus Dei.

La primera etapa en este proceso se inició a fines de la década de los noventa contra los métodos de anticoncepción de emergencia, alegando que eran abortivos, y motivó el desarrollo de la doctrina conservadora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el derecho absoluto a la vida desde la concepción, que se mantuvo desde principios de la década de 2000 hasta el fallo *F.A.L.* en 2012.<sup>24</sup> Uno de los principales logros obtenidos por estos actores a través de estos procesos de litigio fue el reconocimiento por parte de la Corte Suprema de su legitimidad para impugnar, mediante un recurso de amparo, la constitucionalidad de una norma nacional (entrevista Balaguer, 2021). En 2008, estas organizaciones volvieron a litigar contra la distribución de anticoncepción de emergencia en hospitales públicos, y contra la distribución del DIU (dispositivo intrauterino) por considerarlo abortivo. En 2018, Portal de Belén presentó un recurso de amparo contra organismos nacionales por la autorización de nuevas condiciones de venta de la píldora abortiva misoprostol 200.<sup>25</sup> Más recientemente, a partir de la sanción de la Ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo en

---

antiaborto en el país es que el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incluye el derecho a la vida desde la concepción, conlleva la prohibición del aborto en todas las circunstancias. Ver Vaggione (2005).

24 Uno de sus casos emblemáticos fue la demanda presentada en 1998 por Portal de Belén contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para bloquear la venta de un anticonceptivo hormonal de emergencia, que obtuvo un fallo favorable de la Corte Suprema en 2002 (aunque este quedó sin efecto por retirarse del mercado la marca comercial que era objeto del reclamo) (CSJN, 2002). El segundo caso fue la acción presentada por Mujeres por la Vida con relación a su pretensión de accionar contra el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva creado por la Ley 25673 en 2002, por el cual esta organización obtuvo un reconocimiento de la Corte Suprema en 2006 en cuanto a su legitimación para accionar contra esa ley (CSJN, 2006).

25 Ver *Qué. Portal de contenidos* (2020) y *La Voz del Interior* (2021).



2020, Portal de Belén ha concentrado sus acciones en el litigio contra la ley.<sup>26</sup>

La segunda etapa en el proceso de contramovilización legal, que tuvo a la organización Portal de Belén como actora principal, comenzó en el país a partir del fallo *F.A.L.* (CSJN, 2012). Como respuesta a la decisión de la Corte Suprema, el gobierno provincial emitió un protocolo de atención de abortos no punibles que cumplía parcialmente con los lineamientos del fallo.<sup>27</sup> El 12 de abril de 2012, Portal de Belén impugnó la constitucionalidad del protocolo a través de un recurso de amparo colectivo que dio lugar a una serie de decisiones judiciales de los tribunales locales y a la suspensión de la aplicación del protocolo y del fallo de la Corte en esta provincia durante siete años. En su demanda, la organización invocaba su representación de los derechos de las personas por nacer, y solicitó el dictado de una medida cautelar para que se suspendiera su aplicación, por considerar que violaba el artículo 4º de la Constitución Provincial, que indica que se protege la vida desde la concepción.

La demanda de Portal de Belén obtuvo el aval de la justicia provincial en primera y segunda instancia. El Ministerio de Salud de la provincia apeló estas decisiones ante el Tribunal Superior de Justicia, máximo tribunal provincial. La organización Católicas por el Derecho a Decidir, con sede en la ciudad de Córdoba, se unió a la causa como tercera coadyuvante, con atribuciones similares a las partes, en representación de los intereses de las mujeres.<sup>28</sup> El 10 de abril de 2014 el caso llegó al Tribunal, que tardó más de cuatro años en emitir su pronunciamiento. Se puede sostener, en este sentido, que la decisión del máximo tribunal provincial ante la judicialización del protocolo, y durante ese periodo, fue no actuar. Recién en diciembre de 2018 se pronunció el Tribunal Superior, rechazando la preten-

---

26 Ver *Página 12* (2021).

27 “Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punible”, Resolución 93/12, 30 de marzo 2012. Este protocolo respetaba parcialmente los lineamientos establecidos por la Corte Suprema, ya que establecía como requisito adicional que en el caso de menores de 18 años se debía notificar a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf).

28 Ver Católicas por el Derecho a Decidir (2012).

sión de Portal de Belén.<sup>29</sup> En 2019, el mismo Tribunal negó la demanda de Portal de Belén de llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de un recurso extraordinario federal, lo que puso fin al bloqueo del protocolo local, ya que la organización decidió no presentar un recurso de queja para apelar ante la Corte.<sup>30</sup>

El Tribunal Superior se pronunció sobre la causa recién cuando el clima social con respecto al derecho al aborto había cambiado radicalmente en el país, tras la irrupción de la llamada marea verde y la discusión de la legalización del aborto en el Congreso de la nación.<sup>31</sup> En este sentido, la oportunidad legal a nivel local ha sido favorable para la contramovilización legal, ya que permitió que el litigio conservador se desarrollara y se mantuviera en el tiempo, con un éxito notable particularmente al detener la implementación de las directivas de la Corte Suprema sobre abortos legales desde 2012 hasta 2019.

Durante este ciclo de judicialización, la Guía del Ministerio de Salud provincial estuvo suspendida y no se practicaron abortos legales en los hospitales de jurisdicción provincial por siete años. La principal respuesta frente a la reacción conservadora en la provincia no provino del Estado provincial ni del Poder Judicial, sino del litigio por parte de organizaciones y abogadas feministas, así como de redes de profesionales de la salud por el derecho a decidir, que trabajan principalmente en centros municipales de atención primaria de salud, que fueron actoras fundamentales en el proceso de institucionalización del

---

29 El Tribunal negó la legitimación de Portal de Belén para representar a todos los niños por nacer, como había alegado la organización, y también rechazó la demanda de fondo por considerar que cuestionaba a través de un recurso de amparo la ley de aborto en general, que la Corte Suprema ya había ratificado (Tribunal Superior de Justicia, 2018).

30 Uno de los apoderados de Portal de Belén informó a la prensa que no apelarían el fallo del Tribunal Superior de Justicia porque, estimaban, la composición de la Corte Suprema les “impediría un fallo exitoso. Tres de sus cinco miembros ya votaron a favor del fallo F.A.L., que motivó el protocolo de aborto no punible” (La Voz del Interior, 2019).

31 Sobre el impacto que tuvo la marea verde en la implementación del aborto no punible en Córdoba, y en el contexto en el que emitiría su fallo el Superior Tribunal de Justicia, ver Fernández (2018).



aborto no punible en Córdoba a partir de *F.A.L.* Estas actoras se organizaron para brindar consejerías y asesoramiento, y, cuando era posible, facilitar el acceso a la medicación para realizar la práctica de abortos legales manera ambulatoria. Una de las consecuencias más graves de la suspensión del protocolo fue que los casos de aborto por alto riesgo a la salud, que requerían intervenciones complejas e internaciones, no tuvieron la atención garantizada por la ley y por *F.A.L.* En ese periodo, el único lugar en la provincia donde se llevaron adelante abortos legales que requerían intervención quirúrgica fue el Hospital Universitario de Maternidad y Neonatología, que se encuentra en la capital provincial, y es de jurisdicción nacional.

La suspensión total de los procedimientos de aborto no punible en los hospitales de la provincia no era inevitable a partir de las medidas judiciales. Como explica Balaguer (entrevista, 2021), el gobierno se amparó en la decisión judicial para no actuar, siendo que podría haber optado por aplicar la Guía del Ministerio de Salud de la Nación<sup>32</sup> y fundamentado su actuación en el Código Penal y en las obligaciones que estableció el fallo *F.A.L.* (CJSN, 2012).<sup>33</sup> Entre 2012 y 2019 los gobiernos locales, encabezados por José Manuel de la Sota y Juan Schiaretti, ambos de orientación conservadora dentro del Partido Justicialista, no buscaron alternativas viables para implementar el aborto legal. Por otra parte, el bloqueo total de la Guía se debió también a que a partir del fallo de primera instancia que ordenó suspender la aplicación del protocolo en cuanto a la causal violación, se comunicó y se asumió por parte del Ministerio de Salud provincial y de los demás actores del sistema de salud de la provincia que todo el protocolo estaba afectado por la medida cautelar, siendo que la causal salud no se había suspendido (entrevista Balaguer, 2021; entrevista Lario, 2021; entrevista

---

32 En 2007, el Ministerio de Salud de la Nación (2010) emitió un protocolo para la atención de abortos no punibles, que fue actualizado en 2010.

33 En este sentido, Balaguer explica que “la judicialización nunca tendría que haber sido un obstáculo, porque lo que se estaba discutiendo era una resolución administrativa provincial, que en términos de jerarquía de las normas no vale más que la ley nacional, el Código Penal” (Qué. Portal de contenidos, 2020).

Morillo, 2021). En este caso, la posición del gobierno consistió en no utilizar todos los medios a su alcance para implementar políticas cuestionadas por estrategias judiciales conservadoras.

## Discusión

El análisis de los procesos de resistencia jurídica a la implementación de decisiones clave por parte de las cortes constitucionales de Argentina y Colombia muestra dos formas diversas de movilización legal conservadora. Una de las principales diferencias entre ambos casos es que el sitio desde el que se desplegaron las acciones legales fue la sociedad civil en Argentina y el Estado en Colombia. Asimismo, en el caso colombiano, bajo un sistema unitario de gobierno, el proceso de litigio conservador se desarrolló en el nivel nacional, mientras que en el caso argentino, con un régimen federal, en el que además las demandas de derechos deben iniciarse generalmente en el nivel local, la principal jurisdicción donde se llevó a cabo el litigio fue subnacional.

Un aspecto común a ambos casos es la existencia de una relevante estructura de apoyo para la movilización legal por parte de grupos conservadores, con reconocidas organizaciones en la sociedad civil, generalmente afiliadas al Opus Dei, así como vínculos con importantes facultades de Derecho. Asimismo, en los dos países, como sucede a lo largo de la región, la movilización legal conservadora ha contado con apoyo económico por parte de Human Life Internacional. En la Argentina, estas organizaciones se han desarrollado principalmente en Córdoba, y su actuación y crecimiento en el nivel subnacional se explica en parte por la organización del federalismo judicial en el país y por el hecho de que la mayor parte de los procesos de litigio deben iniciarse en los tribunales inferiores, para llegar potencialmente a la Corte Suprema. Además, un factor importante en este sentido es que en la Argentina, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, no existe la acción directa de inconstitucionalidad, pues el modelo de adjudicación constitucional es concreto y descentralizado, característica que comparte en la región solo con Uruguay (Navia y Ríos-Figueroa, 2005). De manera que, a diferencia del caso colombiano, los movimientos



y contramovimientos generalmente no pueden acudir directamente al máximo tribunal del país, sino que deben iniciar sus demandas en torno a un caso concreto y en el nivel local, por lo que tiene sentido para los actores sociales, progresistas o conservadores, organizarse localmente para litigar.

En cuanto a la oportunidad legal a nivel de las cortes constitucionales de ambos países, el análisis de ambos casos muestra la importancia de la integración de las cortes. En la Argentina, en el momento de inicio del proceso de litigio estratégico conservador hacia fines de los años noventa, la Corte Suprema estaba formada por una mayoría conservadora y dependiente de un gobierno, el del presidente Carlos Menem, que en el campo de los derechos sexuales y reproductivos estuvo alineado con las posiciones más reaccionarias a nivel internacional. Esto explica el cambio de jurisprudencia en esta materia por parte de la Corte argentina a partir del fallo *F.A.L.* Por otra parte, los actores legales conservadores en Córdoba contaron con una oportunidad legal favorable en el Poder Judicial provincial, que les permitió bloquear durante siete años la implementación del fallo de la Corte en la provincia. En el caso colombiano, si bien con anterioridad a su Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional había decidido casos en los que confirmaba la legislación que penalizaba el aborto en todas las circunstancias (C-133/1994, C-013/1997 y C-647/2001), su posición como una de las cortes más progresistas y accesibles en la región se sostuvo sistemáticamente también en el campo del derecho al aborto a partir del fallo de 2006.

Por último, ambos casos muestran la importancia de analizar no solo la oportunidad legal, sino también la oportunidad política en el estudio de procesos de movilización legal. En el caso de Colombia, el rol del Ejecutivo, en ese momento encabezado por el presidente Uribe, fue determinante en el nombramiento de actores conservadores en posiciones clave en la estructura estatal, desde las cuales llevaron adelante el litigio contra el fallo de la Corte Constitucional. En la Argentina, la débil reacción por parte del gobierno de la provincia de Córdoba ante la judicialización conservadora contra el fallo *F.A.L.* (csjN, 2012) y contra disposiciones del propio estado provincial,



permitieron que el litigio conservador lograra detener la aplicación local del fallo durante siete años.

**TABLA I**  
**Comparación entre formatos de movilización conservadora**

|           | Arena desde donde se despliega la acción legal y actor que se moviliza        | Estructura de apoyo                                                                                                                    | Oportunidad legal                                                                                                                                                    | Oportunidad política                                                                                                                       |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Colombia  | Estado nacional: Procuraduría General de la República                         | Organizaciones de la sociedad civil y Universidad de La Sabana, todas ligadas al Opus Dei. Financiamiento de Human Life International. | Desfavorable (solo el nivel nacional debido a régimen unitario). Corte Constitucional fue el actor estatal más importante en detener el proceso de <i>backlash</i> . | Favorable, bajo gobierno conservador (presidente Uribe), que designó activistas institucionales conservadores en órganos clave del Estado. |
| Argentina | Sociedad civil a nivel subnacional: ONG Portal de Belén y Mujeres por la Vida | Organizaciones de la sociedad civil ligadas al Opus Dei. Financiamiento de Human Life International.                                   | Favorable a nivel local (bajo el federalismo argentino, la mayoría de las demandas de derechos deben iniciarse a nivel local).                                       | Favorable debido a la falta de voluntad del gobierno provincial de hacer cumplir sus propias medidas y el fallo de la Corte Suprema.       |

Fuente: elaboración propia.

Referencias

Amuchástegui, A., Cruz, G., Aldaz, E. y Mejía, M. C. (2010). Politics, religion and gender equality in contemporary Mexico: Women’s sexuality and reproductive rights in a contested secular state. *Third World Quarterly*, 31(6), 989-1005.



Anzorena, C. (2013). Romper la ley: el gobierno de Mendoza frente al “aborto no punible”. *Revista Bagoas, Estudos Gays, Gênero e Sexualidades*, 9, 267-292.

Asociación por los Derechos Civiles. (2013). *Aborto no punible. El fallo F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?* Asociación por los Derechos Civiles.

Banaszak, L. (2010). *The women's movement inside and outside the state*. Cambridge University Press.

Barraza, C. y Gómez, C. (2009). *Un derecho para las mujeres la despenalización parcial del aborto en Colombia*. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

Blofield, M. (2006). *The politics of moral sin: Abortion and divorce in Spain, Chile and Argentina*. Routledge.

Carreras, S. (2001). *La sagrada familia. Política e intimidades de la Justicia Federal de Córdoba*. Ediciones del Boulevard.

Casas Becerra, L. (2004). La batalla de la píldora. El acceso a la anticoncepción de emergencia en América Latina. *Derecho y Humanidades*, 10, 138-208.

Católicas por el Derecho a Decidir. (24 de abril de 2012). Incorporación de CDD en la causa de Portal de Belén. <http://catolicas.org.ar/incorporacion-de-cdd-en-la-causa-de-portal-de-belen/>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. F.A.L. s/medida autosatisfactiva. 13 de marzo 2012, Exp. 21912.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Mujeres por la Vida–Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ E.N.-P.E.N.- M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo. 31 de octubre 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Portal de Belén–Asociación sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo. 5 de marzo 2002.

Defensora General de la Nación. (2013). *Aborto no punible: a casi un siglo de su regulación y a más de un año del fallo “F.A.L.”*. Ministerio Público de la Defensa.

Della Porta, D. y Diani, M. (2006). *Social movements: An introduction*. Blackwell Publishing.

Deza, S. (17 de abril de 2017). El caso Belén bajo una mirada feminista. *Diario DPI* (Suplemento Género 3).

Digon, V., y Calderon, M. (12 de agosto de 2021). Córdoba y su largo historial de judicializaciones contra los derechos sexuales. *La Voz del Interior*.

Epp, C. (1998). *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. The University of Chicago Press.

Fernández, M. (12 de agosto de 2018). La marea verde movió el escenario social y sanitario del aborto. *Perfil*.

Fetner, T. (2001). Working Anita Bryant: The impact of christian anti-gay activism on lesbian and gay. *Social Problems*, 48(3), 411-428.

Gebruers, C. y Gherardi, N. (2015). *El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "F.A.L"*. REDAAS.

González Ruiz, E. (2005). *Cruces y sombras. Perfiles del conservadurismo en América Latina*. Promsex.

Hilson, C. (2002). New social movements: The role of legal opportunity. *Journal of European Public Policy*, 9(2), 238-255.

Hopp, C. (2014). El caso "Pro Familia": Militancias y resistencias en torno al aborto legal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, 63, 95-138.

Htun, M. (2003). *Sex and the State: Abortion, Divorce, and the Family under Latin American Dictatorships and Democracies*. Cambridge University Press.

Lemaitre, J. (2012). By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas. *International Journal of Constitutional Law*, 10(2), 493-511.

Lo, C. (1982). Counter-movements and conservative movements in the contemporary us. *Annual Review of Sociology*, 8(1), 107-134.

Löfgren, S. (2008). *Framing and shaming. Transnational networks and the decriminalization of abortion in Colombia*. Master's Thesis, Göteborg University.

Mazo, S. (2006). A propósito de los fundamentalismos en Colombia. En *Defensa de los Derechos Sexuales en Contextos Fundamentalistas* (pp. 78-84). Católicas por el Derecho a Decidir.

McAdam, D., McCarthy, J. y Zald, M. (1996). Introduction: Opportunities, mobilizing structures, and framing



processes. En *Comparative Perspectives on Social Movements* (pp. 1-22). Cambridge University Press.

McGuire, G. y Santoro, W. (1997). Social movement insiders: The impact of institutional activists on affirmative action and comparable worth policies. *Social Problems*, 44(4), 503-519.

Meyer, D. y Staggenborg, S. (1996). Movements, counter-movements, and the structure of political opportunity. *American Journal of Sociology*, 101(6), 1628-1660.

Ministerio de Salud de la Nación. (2010). *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles*. Ministerio de Salud de la Nación.

Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba. (30 de marzo de 2012). Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punible, Resolución 93/12.

Mottl, T. (1980). Sociology of political knowledge issue: Theoretical inquiries, critiques and explications. *Social Problems*, 27(5), 620-635.

Navia, P. y Ríos-Figueroa, J. (2005). The constitutional adjudication mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies*, 38(2), 189-217.

Oliva, A. (s.f.). Qué. Los trofeos del oscurantismo cordobés. *Qué. Portal de contenidos*. Facultad de Ciencias de la Comunicación UNC.

Página 12 (5 de febrero de 2021). Los antiderechos del Portal de Belén presentaron una cautelar contra la IVE en Córdoba. *Página 12*.

Parra, A. (2010). Sentencia T-388 de 2009. Consolidación del derecho al aborto oportuno y seguro y los esfuerzos para menoscabarlo. En *Articulación Regional Feminista* (Ed.), *Derechos de las mujeres y discurso jurídico* (pp. 29-46). Humanas Colombia.

Pitanguy, J. (2011). Advocacy: um processo histórico. En L. Linhares Barsted y J. Pitanguy, *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010* (pp. 22-56). Cepia, ONU Mulheres.

Ramón Michel, A. y Ariza, S. (2018). La legalidad del aborto en la Argentina. En *Serie Documentos*. ELA, Redaas, Cedes.

Reuterswärd, C. (2021). Pro-life and feminist mobilization in the struggle over abortion in Mexico: Church networks,

elite alliances, and partisan context. *Latin American Politics and Society*, 63(3), 21-45.

Roa, M. (12 de mayo de 2012). 'Procurador obstaculiza aborto legal': líder de la despenalización. *El Tiempo*.

Roa, M. y Potts, H. (7 de diciembre de 2009). High Impact Litigation and Access to Abortion in Colombia. *Health Exchange News*. 89-114.

Ruibal, A. (2014). Movement and counter-movement: A history of abortion law reform and the backlash in Colombia 2006-2014. *Reproductive Health Matters*, 22 (44), 42-51.

Ruibal, A. (2018). Federalism, two-level games and the politics of abortion rights implementation in subnational Argentina. *Reproductive Health Matters*, 26(54), 137-144.

Ruibal, A. (2021). Using constitutional courts to advance abortion rights in Latin America. *International Feminist Journal of Politics*, 23(4), 579-599.

Ruibal, A. (2022). Forms of countermovement and counter-reform in Latin America. En S. Botero, D. Brinks y E. Gonzalez-Ocantos (eds.), *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America* (pp. 89-114). Cambridge University Press.

Tamés, R. y Andión, X. (2012). *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*. GIRE.

Tribunal Superior de Justicia. Portal de Belén Asociación Civil C/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo–Recursos de casación e inconstitucionalidad. 18 de diciembre 2018.

Vaggione, J. M. (2005). Reactive politicization and religious dissidence: The political mutations of the religious. *Social theory and practice*, 31(2), 233-255.

Zaremborg, G. y Guzmán, A. (2019). Aborto, movimientos y femocracias: un análisis relacional. *Revista Mexicana de Sociología*, 81(1), 145-177.

## Entrevistas

Balaguer, Mayca. Coordinadora de Asuntos Legales en la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (Fundeps), co-fundadora del Cuerpo de Abogadas



Feministas de Córdoba (CAF) e integrante de la Alianza Argentina de abogadas por los Derechos de las Mujeres y de la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Entrevista de la autora, Córdoba, 26 de noviembre 2021.

Cuéllar, Guillermo. Director de Brújula Comunicaciones. Entrevista de la autora, Bogotá, 21 de febrero de 2013.

Juliá, Silvia. Abogada y coordinadora del área legal de Católicas por el Derecho a Decidir. Entrevista de la autora, Córdoba, 18 de diciembre de 2010.

Lario, Mariela. Psicóloga, Centro de Atención Primaria de la Salud municipal 57, integrante de la Red de Profesionales de la Salud por el Derecho a Decidir. Entrevista de la autora, Córdoba, 9 de diciembre de 2021.

Morillo, Ana. Trabajadora social del Centro de Atención Primaria de la Salud municipal 67, coordinadora de Área Salud de Católicas por el Derecho a Decidir. Entrevista de la autora, Córdoba, 19 de diciembre 2021.

Tovar, Ariadna. Abogada en Women's Link Worldwide. Entrevista de la autora, Bogotá, 22 de febrero 2013.

Villarreal, Cristina. Directora de la Fundación Oriéntame. Integrante de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Entrevista de la autora, Bogotá, 28 de enero 2013.





# **Movilizar el derecho sin accionar la justicia: la experiencia del movimiento sin tierra en Brasil<sup>1</sup>**

*Antonio Escrivão Filho<sup>2</sup>*

---

1 Este trabajo fue originalmente escrito en portugués y traducido al español por Larissa Do Vale Ramos, magíster en Políticas Públicas.

2 Doctor en Derecho, Universidad de Brasilia (UnB). Profesor de grado y posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Brasilia (UnB).



## Introducción<sup>3</sup>

83

La experiencia del Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra en Brasil, conocido como MST, es objeto de un intenso debate en diversas esferas de análisis y en intervenciones políticas y sociales. Movilizando campesinos en torno a la reivindicación del acceso a la tierra mediante la reforma agraria, el movimiento desarrolló al inicio de la década de los ochenta una estrategia de acción eficiente pero polémica: la ocupación de la tierra.

Eficiente en la medida en que acumula números sorprendentes de movilización que se traducen en acceso a la tierra. Polémica, porque se basa en una paradoja de relación de confrontación para la afirmación del derecho. Actuando en una temática de vinculación estructural con las relaciones de poder y la desigualdad social, el MST desarrolló un complejo repertorio que combina la táctica tradicional de confrontación mediante la acción directa, con el uso estratégico del derecho.

Si en la experiencia tradicional de la década de los cincuenta los campesinos encuentran y extraen del derecho su referencial simbólico de justificación de la acción directa ante la necesidad de justicia social, a partir de la década de los ochenta el MST encuentra una nueva estructura jurídica en el

---

3 Agradezco a José Geraldo de Sousa Júnior por sus comentarios al texto original y los diálogos sobre la relación entre el derecho y los movimientos sociales en Brasil. También agradezco a Scott Cummings por las impactantes conversaciones sobre la movilización del derecho, y a Renata Corrêa Vieira por la lectura cuidadosa y las sugerencias que resultaron esenciales para que este análisis fuera posible.



Estado, y una nueva cultura jurídica en el derecho, extrayendo de ellas un sofisticado significado de ampliación de su poder de movilización social, negociación política e interlocución con la opinión pública.

A manera de una reconfiguración histórica, el derecho se mueve desde un referencial simbólico de necesidad hacia un referencial político de oportunidad. A manera de una paradoja conceptual, la ley deja la función de límite y prohibición de la acción directa para asumir una condición de propulsión de su realización. Como reflejo y posible característica de esta paradoja, esta perspicaz forma de movilización del derecho no guarda relación con la activación de la vía judicial.

Esto no significa que el activismo campesino se sitúe lejos de la afirmación del Estado de derecho, ya que la ocupación se traduce en demostración pública de denuncia y convocación de la acción estatal. Sin embargo, no se sitúa tampoco lejos del fenómeno de expansión judicial, ya que la respuesta habitual de los propietarios al enfrentamiento es recurrir a la contramovilización legal, activando la esfera judicial como estrategia de desintegración de la movilización social (mediante desalojos y criminalización) y bloqueo institucional (mediante la anulación de expropiaciones basadas en la política de reforma agraria).

Identificar los factores que caracterizaron y propiciaron este modelo de movilización legal, así como analizar su relación con el fenómeno de la expansión judicial permite comprender usos creativos, paradójicos y alternativos del derecho en la movilización social, y el papel asumido por la institucionalidad de justicia en escenarios de reivindicación de derechos sociales. Son estos también los objetivos de las líneas que siguen.

### **Activismo campesino y derecho**

El Movimiento Sin Tierra suscita estudios y debates en diferentes campos de conocimiento, dada su actualidad e impacto en variadas áreas de la sociedad brasileña.

La evidencia de su actualidad tal vez sea bien representada por la instalación en mayo de 2023, en la Cámara Federal de los Diputados, de una Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI), “con la finalidad de investigar la actuación del grupo

Movimiento de los Trabajadores Sin Tierra (MST), de su real propósito y sus financiadores”, según el requerimiento de su creación (Camara dos Deputados, 2023).

En términos sociales, Bernardo Mançano Fernandes (2010, p. 174) estima que aproximadamente el 85% de los asentamientos en el país se originaron a partir de la ocupación de tierras (p. 174).<sup>4</sup> En términos políticos, Marcelo Rosa (2010) observa que el repertorio de acción directa y demostraciones públicas desarrollado por el movimiento representa un legado sociopolítico utilizado por decenas de otros movimientos urbanos y rurales en Brasil. En términos legales, ya observamos con Sousa Júnior que, bajo su intensa actividad desde fines de la década de los setenta, la previsión constitucional de la reforma agraria pasa de una mención genérica en el artículo 157 de la Constitución de 1967, a un capítulo propio detallado en los artículos 184 a 191 de la Constitución de 1988 (Escrivão Filho y Sousa Júnior, 2016).

En vista de su actualidad e impacto, el MST también interesa como experiencia distintiva de movilización legal, ante su paradójica relación con la acción directa y la ausencia de acción judicial.

Como puede verse en sus acciones y literatura especializada, el impacto del MST proviene en gran medida de la centralidad de la ocupación dentro de su repertorio de movilización, negociación y diálogo social. Según Miguel Carter (2010), es a partir de la ocupación que el movimiento desarrolla su poderoso repertorio de activismo público, en una *performance* que moviliza seguidores y forja su identidad, al tiempo que denuncia el incumplimiento de la ley, presiona a las autoridades estatales y formula su argumento público por el apoyo de la sociedad, explicando los límites del sistema en medio de las relaciones de poder tras el conflicto.

---

4 Según investigaciones realizadas por el geógrafo en el periodo comprendido entre 1988 y 2012, se llevaron a cabo alrededor de 8.789 ocupaciones de tierras en todo Brasil, incluyendo aproximadamente 1.221.658 familias de campesinos sin tierra. Mientras tanto, en el periodo entre 1979 y 2012, se realizaron 9.070 asentamientos rurales, para un número total de 933.836 familias asentadas (Dataluta, 2013, pp. 11 y 18).



Como señala George Mészáros (2013), a pesar de ser una acción directa que confronta el derecho a la propiedad, dando lugar a una apariencia de violación del Estado de derecho, en su perspectiva prismática la ocupación representa al mismo tiempo la denuncia del incumplimiento de una exigencia legal por parte del propietario y la activación del organismo estatal encargado de llevar a cabo la política pública de reforma agraria.

En estos términos, la literatura indica que el MST tiene en la acción directa una estrategia de activación del Estado para la realización del derecho. Lo que parece interesante y novedoso destacar en este trabajo es la manera en que, bajo los auspicios de este movimiento, el uso del derecho pasó a constituir paradójicamente un factor impulsor de la acción directa, dando poder a la movilización, la negociación y la interlocución, en lugar de asumir la tradicional función de limitar la confrontación y la radicalidad en su agenda de transformación social. Lo que pretendemos demostrar es qué factores llevaron a este fenómeno y como ocurrió.

La ocupación de tierras ha asumido diferentes formas a lo largo de la historia, acompañando la transformación de las oportunidades políticas, como los cambios en el marco legal y la caída del régimen autoritario. La traducción de las demandas de los campesinos (colonos, socios, arrendatarios, trabajadores rurales y ocupantes) al ámbito del derecho ya podía observarse en la década de los cincuenta con las luchas emprendidas por asociaciones y sindicatos organizados por el Partido Comunista Brasileño (PCB) en torno a la Unión de Agricultores y Trabajadores Agrícolas de Brasil (ULTAB/1954), así como en el repertorio de las ligas campesinas en las décadas de los cincuenta y sesenta.

El campesinado desarrolla formas incipientes de organización aprovechándose de un respiro democrático luego de la dictadura de Getúlio Vargas (1937-1945), y de un ambiente de movilización urbana junto al constitucionalismo social. Este último, introdujo por primera vez en la Constitución de 1946 la figura de la expropiación por interés social, asociada a la justa distribución de la propiedad, cuyo uso estaba condicionado al bienestar.

Frente a la gravedad de situaciones como la explotación y violencia patronal, la falta de pago y la quiebra de grandes

haciendas de caña de azúcar, los campesinos comenzaron a reclamar la posesión definitiva de las áreas que ya ocupaban bajo el régimen de colonato, sociedad, arrendamiento rural o trabajo asalariado. En el imaginario de la época, la demanda por una porción de tierra partía de la noción de un derecho originado en la necesidad de subsistencia y en la posesión como un hecho consumado mediante el trabajo. Resulta interesante observar el carácter de derecho consuetudinario asociado a una perspectiva de justicia social que encontraba en la Constitución un referencial genérico, pero suficientemente simbólico para inspirar a la movilización social.

Sin embargo, el respiro democrático fue breve. El 13 de marzo de 1964, el gobierno popular del presidente João Goulart (1961-1964) anunció en cadena nacional un amplio programa de reformas, incluida la reforma agraria. La noche del 31 de ese mes, fue derrocado por un golpe cívico-militar, debido a la amplia participación de empresarios y oligarcas rurales (Escrivão Filho y Sousa Júnior, 2016). La represión contra los movimientos campesinos fue violenta, inmediata y fulminante.

Desintegrada la movilización social, pero decidido a modernizar el campo mediante la erradicación del latifundio improductivo, el régimen autoritario aprobó una legislación detalladamente técnica, orientada hacia el perfeccionamiento de la política agrícola y a la implementación de una reforma agraria de naturaleza capitalista, “democrática y cristiana” –a pesar de las protestas de los grandes propietarios rurales (Bruno, 1995)– llamada el Estatuto de la Tierra.

Diferente a las modalidades clásicas de expropiación por utilidad y necesidad pública, el Estatuto de la Tierra establece un diseño institucional y una base legal para la expropiación por interés social con fines de reforma agraria, constituyendo una nueva modalidad de expropiación-sanción. Esto significa que, en lugar de activarse por un criterio político de oportunidad y conveniencia, la expropiación por interés social sería ejecutada por una agencia de tierras y activada por un criterio legal: el incumplimiento por parte de la propiedad de su función social, más precisamente debido a su improductividad.

Con la legislación que autoriza la intervención del Estado en la propiedad que incumpla la ley, así como la asignación



para la reforma agraria de tierras públicas ocupadas irregularmente por grandes propietarios, siguiendo un supuesto Estado de bienestar social, el dispositivo de dicha reforma quedó adormecido. En el contexto de un régimen autoritario, sería exclusivamente responsabilidad del gobierno militar activar y controlar la reforma agraria, reprimiendo, bajo una intensa violencia, cualquier manifestación o reclamo social destinada a su implementación.

Pasada una década, en los inicios del año 1979, la sociedad brasileña se encontraba inmersa en intensas movilizaciones sociales que, en diferentes esferas de acción, exigían el fin de la represión y la consecuente democratización del régimen político y de las relaciones sociales. Tanto en el campo como en la ciudad surge un llamado “nuevo sindicalismo”, que décadas más tarde albergaría a un presidente de la República.<sup>5</sup> En el ámbito rural, la Iglesia católica (específicamente su vertiente progresista de la teología de la liberación), desarrolla trabajos de organización en comunidades pobres y protección de campesinos víctimas de la violencia del latifundio.

El encuentro entre la fuerza social oprimida y estas estructuras organizativas facilitó la transición de la experiencia acumulada por los abogados de presos políticos del régimen militar a la protección de campesinos insurgentes, como describe Stephen Meili (1998). De esta manera, se fusionaron la potencia política de la fuerza social, la cultura organizativa y la experiencia legal apta para formular denuncias contra la violencia y defender a los campesinos frente a las instituciones estatales.<sup>6</sup>

---

5 Como señala Arilson Favareto (2006), el nuevo sindicalismo en Brasil surge en la década de los setenta como una experiencia de oposición al sindicato oficial vinculado al corporativismo estatal. Estalla a fines de esa década en huelgas, especialmente entre los metalúrgicos de São Paulo, pero también en la zona rural, donde surgirían los líderes que eventualmente formarían el Partido de los Trabajadores (PT), incluido Luiz Inácio Lula da Silva, que llegaría a la Presidencia de la República por primera vez en 2003, siendo reelecto en 2006, y regresaría en el año 2023 después de derrotar a Jair Bolsonaro, representante de la extrema derecha y gran crítico al MST.

6 La investigación realizada en 2012 por la organización Tierra de los Derechos, sobre el estado del arte y los mapas de la asesoría jurídica y la abogacía de movimientos sociales en Brasil, no solo

No pasó mucho tiempo antes de que las cláusulas adornadas de la reforma agraria del Estatuto de la Tierra fueran incorporadas a esta ecuación, inscribiendo la base legal en un sugerente marco de oportunidades para la movilización campesina. Si en la década de los cincuenta la reivindicación tenía como horizonte la tierra ya trabajada por el campesino, ahora la fórmula legal autoriza que toda tierra pública ocupada irregularmente, así como cualquier propiedad improductiva, pueda convertirse en un asentamiento de la reforma agraria.

La ley se convierte, así, tras la inventiva y la audacia del movimiento campesino, en un nuevo y potente factor de movilización, ampliando la estructura de oportunidades de tierras que ahora pueden ser reivindicadas por la reforma agraria. Si la ocupación se presenta como el medio clásico de movilizar adeptos, presionar la agencia de tierras para cumplir su función de fiscalización y llevar al público su argumento, el derecho ahora se anuncia como un factor que amplía el potencial de su realización.

Si la condición esencial de los movimientos sociales es la participación política en su definición sobre la distribución del poder y los recursos sociales, y si tradicionalmente el medio disponible y característico para esta participación es la manifestación del conflicto social a través del enfrentamiento, entonces la mencionada fórmula legal ofrece a los campesinos una nueva oportunidad de acción política cada vez que una tierra pública y propiedad privada incumplen su función social.

Así, el derecho asume un carácter de potencia de la acción directa, una paradoja que a partir de la década de los ochenta el MST supo hábilmente comprender y explorar en una distintiva y creativa forma de movilización legal que ni la literatura de las ciencias sociales ni del campo del derecho han intentado.

El carácter legal asumió también un referencial de ampliación del poder de negociación del movimiento ante las autoridades.

---

constató la existencia de un centenar de entidades que actuaban en la asesoría jurídica a movimientos sociales, sino que también comprobó que la entidad que en esa época tenía el mayor alcance territorial en la asesoría jurídica popular era una entidad religiosa, especialmente la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT), fundada en el año 1975 (Gediel *et al.*, 2012).



No se trata solo de presionar al gobierno en el campo de la disputa de interés, sino de presionar una agencia que tiene la obligación de fiscalizar el cumplimiento de la ley, bajo latifundios públicamente apuntados como improductivos. Se instala así una zona de transición entre la toma de decisión política y la racionalidad legal.

De hecho, también desde una perspectiva simbólica, el derecho desempeña un papel importante movilizandolos adeptos y apoyo para el movimiento. Primero, a través del trabajo de base (reclutamiento), luego, por medio de las actividades de campo (identificación) <sup>7</sup> y, finalmente, en su amplio repertorio de manifestaciones públicas como las marchas y romerías, ferias y donaciones de alimentos, festivales culturales y seminarios nacionales. De esta manera, el derecho le transfiere a la argumentación pública del movimiento su carácter de legitimación social, al proporcionar la traducción de las necesidades y violencias cotidianas hacia un sentimiento de injusticia. El argumento del derecho ocupa un lugar central en el imaginario del movimiento, activando la moral, la conciencia, la identidad y la disposición de las personas para incorporarse a la lucha social.

Así, se percibe que no solo el conflicto, como diría Touraine (1989), sino también el conflicto basado en el derecho viene a reemplazar lo “sagrado” y lo tradicional en la reinención de lo social, como instrumento de activación de la conciencia y de la movilización. Si en las décadas de los cincuenta y sesenta eran la posesión, el trabajo y el desarrollo de un vínculo comunal con la tierra lo que movilizaba a los campesinos en torno a la reforma agraria, en los años ochenta es la base legal la que le transfiere al movimiento el argumento capaz de, al mismo tiempo, movilizar seguidores, obtener apoyo público y presionar

---

7 El campamento corresponde a la etapa de reunión permanente, aunque provisional, de los ocupantes del área, mientras esperan su conversión oficial en asentamiento como parte de la implementación de la política de reforma agraria, que suele llevar varios años. Constituye una estrategia central en el repertorio del movimiento al generar una experiencia comunitaria y cotidiana de organización y solidaridad, contribuyendo a la formación de la conciencia e identidad de quienes se unen al movimiento a partir del llamado fundamentado en el derecho de acceso a la tierra.



al Estado con una demanda respaldada en las bases de su propio fundamento de autoridad.

Esta pauta de confrontación basada en el argumento del derecho permitió y facilitó, además, una rápida y coherente expansión territorial del MST. Si antes la ocupación se justificaba en la experiencia pasada de posesión y cultivo, con el Estatuto de la Tierra la posibilidad de conversión para la reforma agraria de cualquier tierra pública usurpada, o particular improductiva, proyecta la estrategia del movimiento hacia el futuro. El horizonte, en su constante avance, se convierte en el límite de su actuación. Esto permitió que, en la década de los noventa, el MST desplegara su bandera en todas las regiones del país, partiendo de su origen en el sur hasta llegar al norte hasta la Amazonia (Fernandes, 2010).

Así, el carácter público de la estrategia del movimiento sienta las bases conceptuales para la comprensión de su relación con el universo jurídico y el Estado de derecho. En medio de un proceso histórico de prueba y error que implica oportunidades y experiencias exitosas y desgarradoras, en la medida de un enfrentamiento con sus opositores y la presión sobre las autoridades, y sin olvidar cómo este conjunto de factores se manifiesta en las experiencias acumuladas frente al sistema de justicia, el activismo público del MST no solo expresa una concepción estratégica de acción social, sino que revela, como diría Sousa Júnior (2002), un repertorio instrumental dotado de capacidad constituyente de derechos, que encuentra y deposita en el conflicto su principal referencia de oportunidad constitutiva de acceso a la tierra.

Así, en línea con el argumento de George Mészáros (2010), señalo en este texto que la ocupación de tierras por el movimiento campesino en Brasil constituye la afirmación, a la inversa, de una confrontación al Estado de derecho, porque convoca al órgano estatal a intervenir en el conflicto. De modo complementario planteo que, desde el Estatuto de la Tierra, la ley pasó a constituir la afirmación a la inversa de una confrontación a la movilización centrada en la ocupación de la tierra.

Lo anterior proporcionó al movimiento campesino de Brasil una experiencia distinta de movilización legal, con una característica especial: la movilización legal sin acción judicial. Esto



parece ganar relevancia y novedad en la literatura sobre derecho y movimientos sociales, en la medida que, en sentido inverso, el giro de los movimientos hacia el mundo del derecho tiende a inscribir el foco de sus estrategias dentro de los límites de la ley y de las instituciones de justicia debilitando, como observa Cummings (2016), tanto su creatividad como el potencial de radicalidad que históricamente había conseguido importantes conquistas políticas traducidas en derechos.

## **El movimiento y el poder judicial**

¿Cómo incorporar el activismo campesino en este rompecabezas? Según señala McCann (2004), es interesante observar la forma compleja en la que el derecho y el comportamiento social se influyen mutuamente, para luego comprender cómo los movimientos sociales deciden y utilizan el derecho en sus estrategias de cambio social.

Para Cummings (2017), la literatura no señala una relación necesariamente acumulativa entre el derecho y el cambio social, sino más bien una relación dialéctica y contradictoria en la que el derecho se presenta como poder de cambio y peligro de retroceso, logro de la justicia y mantenimiento de las desigualdades. Y concluye que los movimientos han estado utilizando el derecho de manera estratégica y pragmática, sin ser utópicos en sus deseos de cambio y sin rechazarlo como instrumento de reivindicación social.

Bajo tal enfoque analítico, la relación entre el derecho y los movimientos sociales asume contornos y fronteras flexibles, más abiertas a zonas de interacción donde la traducción jurídica de la política y la comprensión política del derecho encuentran espacio para desarrollarse.

De esta manera, la movilización legal es utilizada para determinar la diversidad de dimensiones en las que el derecho puede y suele ser utilizado dentro del repertorio estratégico de los movimientos sociales. En el caso del MST, este enfoque analítico abre puertas a la observación de cómo es posible utilizar el derecho sin necesariamente recurrir a la vía judicial. Continuamente, en diferentes épocas, el referencial del derecho se presenta en el repertorio y en la semántica de la lucha por el

acceso a la tierra, sin que ello haya significado la opción por la mediación judicial. El MST desarrolló una experiencia tal vez distintiva de movilización legal.

Comprender cómo el MST no adhiere a la tendencia de judicialización en su pauta, incluso con la llegada de la democratización, la Constitución de 1988 y la consiguiente escalada de la expansión judicial en Brasil, merece atención. Además, el hecho de que el MST no sea capaz de evitar su inserción y relación con este fenómeno de protagonismo judicial agrega otro escenario paradójico al rompecabezas de su relación con el derecho. Esto es lo que procederemos a explicar.

A lo largo del tiempo, es posible observar una variación en la intensidad y centralidad de la ocupación en las pautas del movimiento. Al analizar sus diferentes ciclos, Fernandes (2010) y Mészáros (2010) observan que, a partir de la década de los noventa, el MST desarrolla un nuevo conjunto de institucionalización de sus estrategias y estructuras que le permitirían establecer nuevos patrones de interacción y negociación con el Estado.

Es cierto que este proceso se profundizaría con la serie de cuatro mandatos del Partido de los Trabajadores al mando del gobierno federal a partir de 2003. Sin embargo, es importante destacar que la expectativa generada por la llegada de Lula a la presidencia, aliado histórico del movimiento, desencadenó una escalada de ocupaciones de tierras en su primer año de mandato. Esto puso al MST, una vez más, en un punto inusual de cruce analítico entre el derecho y los movimientos sociales, ya que la oportunidad de institucionalización fue recibida con una radicalización del repertorio. Quizás solo en un primer momento, esto fue cierto.

En los años siguientes parece haber sido inevitable y entendible el desplazamiento del eje hacia agendas institucionales de participación en el diseño y acceso a políticas públicas, tales como programas de educación superior y fomento dirigidos a los beneficiarios de la reforma agraria. A esto se suma la consolidación de los procesos productivos bajo el paradigma del cooperativismo y la agroecología, e incluso la entrada en la bolsa de valores para la obtención de recursos destinados a la expansión de la producción y de la exportación de alimentos.



De todos modos, a pesar de que nuevas e importantes agendas de acceso a derechos económicos y sociales hayan permeado el repertorio del movimiento en este periodo de institucionalización, no se planteó otra estrategia para sustituir la ocupación como medio de acceso a la tierra. De esta manera, la ocupación de tierras sigue siendo un tema de intenso debate en la sociedad brasileña, como lo evidencia la instauración de la CPI del MST en la Cámara de Diputados en el año 2023. Con estas observaciones realizadas, podemos retomar el análisis de la ocupación como estrategia central para el acceso a la tierra.

La ocupación de tierras asume una primera configuración triangular en la que los campesinos enfrentan directamente al latifundio irrumpiendo en el área, mientras lo hacen con el fin de activar y presionar públicamente la agencia de tierras para fiscalizar el cumplimiento de la ley agraria o desbloquear el curso de procesos de expropiación paralizados.

Luego, la ocupación ocurre en las áreas en las cuales el movimiento ya tiene por alguna vía la información sobre el incumplimiento de la ley por el propietario, pero no encuentra otro medio más eficaz para la activación de la autoridad y la puesta en marcha de la política pública. En un país de matriz económica todavía primaria, la desequilibrada correlación de fuerzas entre propietarios y campesinos se transfiere a los medios institucionales de ordenación y disputa de interés.

La experiencia histórica del movimiento le enseñó que su capacidad de activación de la maquinaria pública está atada a su capacidad de movilización social. Es decir, los medios institucionales de petición y fiscalización no son efectivos sino bajo una presión social capaz de sacudir a los organismos públicos de la inercia en la cual están inmersos debido a la presión estructural de la oligarquía rural. Esto ocurre aunque el pleito sea razonable en términos estrictamente jurídicos, y tenga a su favor un diseño legal procedimental e institucional que le proporcione obligatoriedad y operatividad.

Desde el Estatuto de la Tierra (1964) la ley establece que las agencias de tierras tienen por función fiscalizar el incumplimiento de la función s obligatoriedadocial de la propiedad, bajo desapropiación de la tierra improductiva mediante pago de justa indemnización, o desplazamiento de la tierra pública,

destinándola para reforma agraria a través de un procedimiento de jurisdicción administrativa que desde la nueva Constitución es regido por los principios del contradictorio y la amplia defensa.

Con el advenio de la Constitución de 1988, la reforma agraria obtuvo un capítulo propio en el ordenamiento constitucional, condicionado a la expedición de leyes complementarias. La llamada “Constitución Ciudadana” representó un periodo de grandes movilizaciones y expectativas, inscribiendo en el ordenamiento un rol extenso de derechos sociales. Por su parte, las fuerzas conservadoras inscribieron junto a cada uno de estos derechos cláusulas que los mantuviesen adormecidos.

Pasaron cinco años para que la Ley 8.629 fuera aprobada a fin de darle fuerza legal al cumplimiento de la función social en términos agrarios, y para ajustar el proceso administrativo de expropiación al debido proceso legal. Todos estos requisitos ya se encontraban en el ordenamiento, sin embargo, la Suprema Corte señaló que la Constitución determinaba la expedición de nuevas leyes y, de esta manera, prácticamente se suspendieron las expropiaciones hasta el año de 1993.

No es difícil entender, como señalo en un análisis sobre la relación entre la Suprema Corte y los derechos humanos en Brasil (Escrivão Filho, 2018), que la nueva constitución no estuviera acompañada de un proceso de depuración institucional. La Suprema Corte, que tenía ahora ante la nueva Constitución amplios poderes de control sobre el Legislativo y el Ejecutivo, en la Carta Ciudadana tenía nueve de sus once ministros impuestos por la dictadura militar.

Así, a manera de ejemplo, la posición de la Suprema Corte sobre los términos legales de la implementación de la reforma agraria sirve para ilustrar el papel que el sistema judicial asumiría en el escenario de la movilización legal del movimiento campesino en el periodo democrático. Al analizar la regulación constitucional de los derechos de propiedad y la reforma agraria, Antonio Maués (2022) señala: “la suma de las disposiciones constitucionales en la materia y las competencias atribuidas al Poder Judicial lo convierten en un punto de veto que puede ser utilizado estratégicamente por sectores interesados en mantener la estructura de distribución de la propiedad en el país” (p. 210).



Después de una década desde la fundación y el avance del Movimiento de los Sin Tierra, tras ser derrocado el régimen militar, los propietarios encontraron fuerzas y medios de reorganización. Así, con la expedición de la nueva Ley agraria en 1993, diseñan un nuevo campo de discusión sobre el cumplimiento de la función social de la propiedad, confiriendo al Poder Judicial el control sobre un nuevo y complejo proceso administrativo de expropiación, lleno de detalles e imprecisiones, que le dio cabida a la judicatura en la discusión de la reforma agraria.<sup>8</sup>

El advenio, y el pronto uso que los propietarios hicieron de la Ley 8.629 propició el desplazamiento de la política de reforma agraria de las manos del Poder Ejecutivo a la esfera judicial. En medio de distintos procesos deflagrados en la relación entre el Poder Judicial y la política desde la Constitución de 1988, intensificados en la década siguiente (Escrivão Filho, 2018), este episodio sirve para mostrar lo que Tobjörn Vallinder (1995) llamó judicialización de la política en medio del fenómeno de expansión judicial en Brasil.

El movimiento campesino continuó movilizándolo su estrategia de activismo público, provocando el enfrentamiento directo con el propietario a través de la ocupación, como estrategia de acceso a la tierra. Esta acción directa produjo un efecto indirecto de movilización del organismo agrario, que se vio presionado a intervenir en la ejecución de la política agraria contra el propietario.

---

8 En prefacio a una obra en que procuradores del Instituto de Tierras de la Unión comentan los artículos de la Ley 8.629, Carlos Marés (2011, p. 19), el propio exjefe de la Procuraduría de la institución bajo el primer gobierno Lula, se refiere al carácter de reacción que la ley asume en línea con el interés de los propietarios: “La ley es una combinación de interés y sumisiones: sí, por un lado, elogia la reforma agraria, por otro lado, crea mecanismos que dificultan su implementación. Si se leyera solo desde la perspectiva de los intereses privados, podría entenderse como una ley contra la reforma agraria, pero no podría serlo porque la constitución está a favor”. Y refuerza Júnior Fidélis (2018, p. 13), entonces procurador jefe de la institución, en la segunda edición del libro: “Veinticinco años después de su publicación y después de varias modificaciones, el complejo desafío de interpretación de la Ley 8.629 de 1993 sigue siendo enorme, con sus treinta y dos artículos permeados por varios inconvenientes, excepciones, detalles, omisiones e imprecisiones intencionales”.

Ante esta situación, presionados por el MST y el organismo agrario, los latifundistas comenzaron a emplear estrategias para defender sus intereses, que desembocaron en dos situaciones complementarias: la violencia y la activación de la vía judicial. De esta manera surge el fenómeno del encuentro entre el movimiento campesino y la función judicial, alterando la configuración del modelo de enfrentamiento.

En respuesta al modelo de activismo público campesino, el modelo de enfrentamiento del propietario asume una configuración cuadrangular en la cual este a menudo recurre a la violencia física y, paralelamente, acciona la función judicial. Así, el judiciario es convocado como una forma inmediata de bloquear y desintegrar la lucha social, mediante acciones de desalojo y peticiones penales. Estas fueron las dimensiones del conflicto agrario que recibieron más atención de la literatura jurídica en Brasil, por su vinculación más directa con el movimiento, como se comentará adelante.

Asimismo, aunque desde una perspectiva de defensa, fue la dimensión criminal con la cual el movimiento tuvo las condiciones para desarrollar su argumentación legal junto a los tribunales, a través de sus abogados. Así, en los años noventa, junto a los Tribunales Superiores, lograron que la ocupación de tierra con fines de presión social para la reforma agraria no configurara un crimen contra la propiedad.<sup>9</sup>

Con el escenario de la Ley agraria de 1993, y las nuevas configuraciones políticas y judiciales abordadas en las líneas anteriores, al enfrentamiento se sumó la intención de bloquear la implementación de la política agraria mediante acciones anulatorias del proceso administrativo y demandas judiciales que buscaban rechazar o rehacer la prueba de la productividad.

El Poder Judicial se manifiesta en este fenómeno de confrontación como el nuevo elemento de una relación que asume

---

9 Cfr. el fallo emblemático del Superior Tribunal de Justicia: “El movimiento popular destinado a implementar la reforma agraria no constituye un delito contra la propiedad. Configura derecho colectivo, expresión de ciudadanía, teniendo como objetivo implementar un programa contenido en la Constitución de la República. La presión popular es típica del Estado democrático de derecho” (HC 5574/SP, DJ del 18/8/1997, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).



un formato cuadrangular, como se señaló, siendo activado por los propietarios como una forma de bloquear la activación del órgano agrario por parte del MST y desintegrar la movilización social mediante el desalojo de las familias acampadas, a menudo con un exceso de violencia privada o policial. Si la ocupación de tierras se encuentra en el centro de la estrategia campesina, la judicialización del conflicto y de la política agraria se presenta como la estrategia central para enfrentar al MST.

Así, de modo involuntario, el activismo campesino se desplaza al escenario de la expansión judicial. Habitualmente identificado como resultante de los procesos de democratización y afirmación del Estado de derecho frente a los regímenes autoritarios en Latinoamérica, la expansión judicial asume sus propios contornos en el escenario del activismo campesino y la consecuente judicialización de la política agraria en Brasil. Algunos estudios empíricos ayudan a elucidar este argumento.

En una investigación que aborda la temática de la posesión, el equipo de María Cristina Tárrega observó, al analizar 95 acciones en tres estados, que en las cuatro quintas partes de los casos se concedió la medida cautelar de desalojo sin siquiera darle la oportunidad de manifestación a las familias sin tierra. Todo esto en juicios donde “eran totalmente ajenos los criterios sustanciales constitucionales pertinentes a la función social de la propiedad (art. 186 de la Constitución); e ignoran por completo la estrategia, utilizada por los movimientos sociales en la lucha por la tierra, de ocupación organizada de la tierra como forma de activismo público” (Tárrega *et al.*, 2012, p. 86). Resultados análogos encontramos con Sauer *et al.* (2013), en un estudio cualitativo de cuatro casos emblemáticos de conflictos por tierra en Brasil, en relación con el sistema de justicia.

En otro estudio sobre abogados de movimientos en el que participé en 2012, con el equipo del instituto Tierra de Derechos, se reveló que las cuestiones más recurrentes en su trabajo respecto a los conflictos agrarios se referían a acciones de desalojo, criminalización del movimiento y asesinatos de sus líderes, con una participación reiterada en el polo pasivo de las acciones judiciales. Al no encontrar informes de estrategias proactivas ante el sistema judicial, el estudio concluye que “la judicialización de los conflictos agrarios rurales está más cerca de un



proceso de criminalización de la lucha por los derechos, que de una tendencia al acceso a la justicia” (Gediel *et al.*, 2012, p. 66).

Dado que la vía judicial se activa a través de un juicio de selectividad por parte de quien toma la decisión de provocarla, el uso de la judicialización como estrategia de los propietarios sugiere no solo una confianza en el medio elegido, sino también una evaluación de las ventajas que esta vía, y no otra forma de resolución de disputas, ofrece para sus intereses. Reconociendo que el propietario tiende a identificar un mediador en el sistema judicial y un oponente en el organismo agrario, es necesario recordar que, a pesar de sus diferentes rutinas, desde una perspectiva constitucional y legal ambas instituciones responden a procesos de toma de decisiones legales y procedimentales.

Cuando los casos se someten a la apreciación judicial, especialmente los de conflictos de tierras urbanas o rurales, el poder judicial tiende a emitir decisiones provisionales de desalojo sin siquiera considerar el cumplimiento de la función social de la propiedad. Esto, a pesar de la amplia comprensión hermenéutica de que la protección posesoria de la propiedad debe estar condicionada al cumplimiento de su función social, es uno de los temas más analizados en la relación entre el derecho y el MST en Brasil, como se observa en los estudios organizados por Juvelino Strozake (2000), y en la opinión de juristas como el exministro del Supremo Tribunal Federal, Eros Grau (2005), y el actual ministro de esa Corte, Luiz Edson Fachin (2001).<sup>10</sup>

En efecto, el hecho de que el movimiento campesino no recurra a la vía judicial no es suficiente para evitar una alta frecuencia de encuentros con ella. Así, a mediados de 1995, el movimiento desarrolla una estructura de asesoría y defensa legal, precisamente como reacción a la intensificación de la criminalización de sus actividades, sin abandonar la ocupación de tierras como principal estrategia de acción, ni canalizar su reivindicación por la vía judicial, y menos aún dejarse arrastrar por el protagonismo usualmente asumido por abogadas y abogados en las causas en las que actúan.

---

10 Eros Roberto Grau fue ministro de la Corte entre 2004 y 2010, y Luiz Edson Fachin fue nombrado en 2015 y permanece hasta hoy en el Tribunal Constitucional.



Un tema clásico planteado por la literatura sobre la transición es el de una abogacía de causas (Sarat y Scheingold, 1998) y una abogacía de movimiento, al punto que Cummings (2021), frente a este escenario, afirma que los estudios sobre la abogacía de movimientos en Brasil se adelantaron dos décadas a su equivalente analítico en los Estados Unidos.

De esta manera, a partir de la década de los noventa, el MST impulsa y desarrolla, con el apoyo de asesores jurídicos externos, una relación en la que, incluso frente a la experiencia jurídica de abogadas y abogados, la movilización del derecho sigue siendo estratégicamente orientada al movimiento, influyendo profundamente en la praxis de la asesoría jurídica y en la abogacía popular de Brasil. Esto se realiza desde una perspectiva de diálogo, compromiso y horizontalidad entre abogadas/os y el movimiento.

Al respecto, el seminario “La protección jurídica del pueblo de la tierra”<sup>11</sup> (MST, 1995), realizado por el MST en el año 1995, se convertiría en el episodio fundacional de la Red Nacional de Abogadas y Abogados Populares (Renap) en Brasil. Al referirse al regreso de la cuestión agraria a la agenda nacional y a los elementos distintivos de esta antigua agenda de luchas, la convocatoria delineó el tema de la siguiente manera:

La diferencia en la disputa que se está llevando a cabo ahora radica en la movilización de masas. En ocasiones anteriores, no existía un movimiento nacional de trabajadores rurales capaz de planificar y ejecutar, de manera sistemática, ocupaciones de tierras que pudieran cumplir con la legislación referente a la expropiación de tierras y asentamiento rural. Por lo tanto, las formas de lucha ahora deben ser diferentes a las anteriores. Se trata de acciones que, tanto en el ámbito del derecho positivo como en su ejecución

---

11 La programación del seminario preveía la participación de juristas que llegaron a convertirse en autoridades judiciales a nivel nacional a partir de la siguiente década, como José Gregori (ministro de Justicia entre 2000 y 2001), Márcio Thomaz Bastos (ministro de Justicia entre 2003-2007) y Luiz Edson Fachin (ministro del Tribunal Supremo Federal desde 2015), sin mencionar al propio Luiz Inácio Lula da Silva (presidente de Brasil entre 2003 y 2010 y electo para un tercer gobierno en 2023).

concreta, se encuentran en un terreno límite, una zona de fuertes tensiones, un espacio donde se definen nuevos derechos. (p. 1)<sup>12</sup>

Como se observa, a esta altura el propio MST reconocía e identificaba que la relación que el movimiento había establecido con el derecho estatal representaba, precisamente, uno de los elementos distintivos y constitutivos de la nueva organización de los campesinos en Brasil. En estos términos, el movimiento tenía plena conciencia de que, a pesar de que la movilización del derecho se encontraba en el centro de su estrategia política, la movilización del judiciario constituía una estrategia política ubicada en el campo de sus adversarios.

De este modo, la entrada en escena de la abogacía popular aporta al análisis la dimensión de la traducción jurídica de la lucha política del movimiento, en el contacto e interacción del MST con el sistema de justicia estatal, cuasi invariablemente en el polo pasivo del proceso judicial.

Una vez iniciada la ocupación, la movilización de la asesoría jurídica constituye un instrumento importante de diálogo entre el movimiento y la institucionalidad estatal, en una interacción que puede entenderse en tres dimensiones distintas pero complementarias: 1) de manera original y frecuente, la denuncia y búsqueda por la responsabilidad de los propietarios, matones y policías por las violencias perpetradas contra los campesinos, junto con la defensa legal frente a la criminalización de liderazgos y estructuras asociativas y productivas del movimiento; 2) con menor frecuencia, la defensa en acciones de posesión en las que se den condiciones excepcionalmente oportunas, como

---

12 Y continúa el documento: “La reacción del latifundio y sus aliados a esta inflexión de la lucha por la tierra ha variado entre el uso puro y simple de la violencia y el recurso a la legislación positiva, promulgada en épocas de predominio absoluto de los terratenientes, para bloquear las acciones a favor de la reforma. Todo esto sitúa a los abogados a favor de los sin tierra en primera línea de la lucha por la reforma agraria. Tendrán que respaldar legalmente las posesiones; defender a los trabajadores rurales acusados de cometer delitos; seguir procesos penales contra pistoleros y matones; trabajar con los militantes y dirigentes de los movimientos de trabajadores rurales para enseñarles conceptos jurídicos básicos, a fin de que estén capacitados para recopilar pruebas y documentos que faciliten las acciones judiciales” (p. 1).

complemento de la estrategia de presión para su expropiación o retoma, buscando evitar el desalojo (usualmente también asociado a la práctica de violencia) hasta efectuar el proceso de expropiación; 3) y raramente, la tentativa de participar en procesos judiciales que traten sobre la expropiación y la productividad del inmueble rural destinado a la reforma agraria.

A partir de la relación entre el MST, el derecho y el poder judicial, se observa que es posible encontrar espacios para la toma de iniciativas, aunque sea en forma de defensa y contraataque. Reconociendo la importancia de su carácter complementario a la ocupación y a la negociación política, estas raras iniciativas judiciales tienden a ubicarse en un campo accesorio (fuera de centralidad) y como último recurso en el repertorio de movilización legal por parte del activismo campesino. Constituyen iniciativas de carácter más táctico (activadas *a posteriori* de la ocupación, a partir de las relaciones causales del conflicto en específico) que estratégico (formuladas *a priori* como medio universal de acceso a la tierra o como modelo dotado de alguna generalidad), lo que no significa que carezcan de importancia, especialmente en situaciones de defensa judicial.

Según sugiere este análisis, el carácter táctico y complementario de la iniciativa judicial tiende a ocurrir precisamente porque las acciones judiciales del movimiento campesino no parecen generar experiencias exitosas para la afirmación y conquista de sus derechos ante el Estado, especialmente cuando se comparan con la eficacia de su amplio repertorio de activismo. Por el contrario, la experiencia indica que sus oponentes propietarios acumulan reiteradas victorias judiciales.

En general, el análisis de la movilización legal del movimiento campesino revela una contramovilización judicial de los propietarios que, en medio de las tendencias de ampliación del protagonismo judicial en el escenario de la nueva democracia constitucional, encontró y pronto depositó en la judicialización y, en particular, en la judicialización de los procesos de expropiación, una forma estratégica de sacar al movimiento campesino de la arena de la participación y disputa por la implementación de la política de reforma agraria en Brasil.

## Consideraciones finales

Este análisis buscó marcar un camino para entender la estrategia paradójica del movimiento campesino brasileño, con especial expresión en el Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST), desarrollando un repertorio de confrontación social basado en el argumento público del derecho, convocando a la autoridad a través de la ocupación de tierras, para fiscalizar el cumplimiento de la ley materializado en la función social de la propiedad.

En el repertorio del activismo público campesino, el derecho adquiere centralidad a partir de la década de los ochenta con la formulación del argumento ante la opinión pública y las autoridades. Además, actúa como un elemento de convocatoria para las familias sin tierra, en una perspectiva simbólica de legitimación, pero también como dispositivo de movilización social y oportunidad política, en la medida en que existe el potencial de convertir cualquier propiedad improductiva y tierra pública usurpada en política de reforma agraria, según lo establecido por la ley.

Con el ascenso de la movilización social y el fin del régimen militar en Brasil a principios de la década de los ochenta, el movimiento campesino se reinventa, iniciando una exitosa estrategia de ocupación de tierras replicada a nivel nacional. Esto caracteriza un modelo triangular de confrontación en el cual el movimiento provoca el enfrentamiento directo con los propietarios, lo que lleva a la activación de la agencia estatal responsable de la política agraria.

Las investigaciones sobre conflictos de tierras y la abogacía popular en Brasil indican que la respuesta común de los propietarios se materializa mediante el uso de la violencia asociado a la activación de la vía judicial, delineando un modelo de enfrentamiento cuadrangular en dos dimensiones: desintegración de la movilización social, buscando paralizar el movimiento a través de la criminalización y el desalojo de las familias acampadas, y bloqueo de la política de tierras, buscando inmovilizar la agencia de tierras mediante la anulación de sus procesos.

En el transcurso histórico, la experiencia de las victorias judiciales de los propietarios se traduce en su confianza en el



sistema institucional de justicia, transfiriendo así a la vía judicial, por su iniciativa, la discusión de la reforma agraria, configurando un escenario de contramovilización legal propietaria.

En medio de un conflicto de alta repercusión política, la estrategia del movimiento campesino de movilización legal se opone a una estrategia de recurrente recurso a la vía judicial como instancia de bloqueo de la movilización social y de la política agraria, expresando una intensa politización del uso de la función judicial por parte de los propietarios rurales, en situaciones en las que es el movimiento quien convoca al poder de policía del Estado para verificar el cumplimiento de la ley, desde una perspectiva agraria. Un escenario que parece indicar signos tal vez bastante distintos de la expansión del protagonismo judicial como medio de sacar al movimiento social de la arena de participación en la política de reforma agraria.

## Referencias

Bruno, R. (1995). O Estatuto da Terra: entre a conciliação e o confronto. *Estudos Sociedade e Agricultura*, 5, 5-31.

Camara dos Deputados. (15 de marzo de 2023). Requerimento de Instituição de CPI 03/2023. Proponente Deputado Tenente Coronel Zucco. [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2244324&filename=RCP%203/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2244324&filename=RCP%203/2023).

Carter, M. (2010). Origem e consolidação do MST no Rio Grande do Sul. En M. Carter (Org.), *Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil* (pp. 199-235). Unesp.

Cummings, S. L. (2017). Movement lawyers. *University of Illinois Law Review* (5), 1645-1732.

Cummings, S. L. (2021). Direito e movimentos sociais em tempos iliberais. En J. G. Sousa Júnior y A. Escrivão Filho (Orgs.), *Introdução crítica ao direito como liberdade* (pp. 541-548). Editora UnB e OAB Editora.

Dataluta, Banco de Dados da Luta Pela Terra y Relatório Brasil. (2012). *Presidente Prudente (2013)*. NERA: Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária – FCT/UNES.

Escrivão Filho, A. (2018). *Porteiro ou guardião? O Supremo Tribunal Federal em face dos direitos humanos*. FES Brasil. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14515.pdf>.

Escrivão Filho, A. y Sousa Júnior, J. G. (2016). *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. D'Plácido.

Fachin, L. E. (2001). *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Renovar.

Favareto, A. (2006). Agricultores, trabalhadores: os trinta anos do novo sindicalismo rural no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 21(62), 27-44.

Fernandes, B. M. (2010). Formação e territorialização do MST no Brasil. En M. Carter (Org.), *Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil* (pp. 161-197). Unesp.

Fidélis, J. D. (2018). Nota à segunda edição. En *Brasil. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra. Lei 8629/1993. Comentada por Procuradores Federais*. 2 Edição revisada e atualizada (pp. 9-11). Incra.

Gediel, A. P., Gorsdorf, L., Escrivão Filho, A. et al. (2012). *Mapa territorial, temático e instrumental da assessoria jurídica e advocacia popular no Brasil*. Observatório da Justiça Brasileira. CES/AL-UFGM.

Grau, E. R. (2005). *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros.

Marés, C. F. (2011). Direito à interpretação e interpretação do direito. Prefácio. En *Brasil. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Lei 8629/93 comentada por procuradores federais: uma contribuição da PFE/Incra para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo* (pp. 17-19). Incra.

Maués, A. (2022). Constituição e desigualdade: direito de propriedade e reforma agrária no Brasil. *Lua Nova*, 115, 191-224.

McCann, M. (2004). Law and social movements. En A. Sarat (Ed.), *The Blackwell companion to law and society* (pp. 506-522). Blackwell Publishing.

Meili, S. (1998). Cause lawyers and social movements. A comparative perspective on democratic change in Argentina and Brazil. En A. Sarat y S. Scheingold (Eds.),



*Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities* (pp. 487-522). Oxford University Press.

Mészáros, G. (2010). O MST e o Estado de Direito no Brasil. En M. Carter (Org.), *Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil* (pp. 433-459). Unesp.

MST. (13 de noviembre de 1995). Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Seminário “A proteção jurídica do povo da terra”. Circular de Convite E Programação.

Sarat, A. y Scheingold, S. (Eds.) (1998). *Cause lawyering: Political commitments and professional responsibilities*. Oxford University Press,

Sauer, S., Marés, C. y Escrivão Filho, A. (Coords.) (2013). *Casos emblemáticos e experiências modelo de mediação: análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos fundiários rurais*. Cejus-Secretaria da Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça.

Sousa Junior, J. G. (2002). *Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Sergio Antonio Fabris (Ed.).

Strozake, J. (2000). *A questão agrária e a justiça*. Ed. Revista dos Tribunais.

Tárrega, M. C., Maia, C. y Ferreira, A. (2012). *Observatório da atuação do poder judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso e Paraná (2003-2011)*. FAFICH/Observatório da Justiça Brasileira-CES/AL.

Touraine, A. (1989). Os novos conflitos sociais. *Lua Nova* (17), 05-18.

Vallinder, T. (1995). When the Courts go marching in. En N. Tate y T. Vallinder (Orgs.), *The global expansion of judicial power* (pp. 13-26). New York University Press.







# La aplicación selectiva de los derechos sobre la tierra bajo el liberalismo mexicano<sup>1</sup>

*María Paula Saffon*<sup>2</sup>

*Juan González Bertomeu*<sup>3</sup>

---

1 Esta es una versión modificada y traducida (previa autorización) del capítulo “What/Whose Property Rights? The Selective Enforcement of Land Rights under Mexican Liberalism”, publicado en Daniel Brinks, Victoria Murillo y Steven Levitsky (eds.), *The Politics of Institutional Weakness in Latin America*. Cambridge University Press, 2020. El nuevo texto incorpora algunos hallazgos del manuscrito de libro de María Paula Saffon, *When Theft becomes Grievance*. Agradecemos a Miriam Hernández-Delgado, Inés O’Farrell, Julián Salazar-Gallego, Georgina Timossi y Esteban Villa-Turek por su asistencia en la codificación de casos judiciales. También agradecemos los comentarios detallados y pertinentes provenientes de Mike Albertus, Alisha Holland, Andrew Schrank, Catalina Smulovitz y Hillel Soifer, y de los revisores anónimos de dicho libro. Por último, agradecemos los comentarios muy útiles de las/os participantes de las conferencias asociadas al libro y de las conferencias anuales de la Red de Economía Política de América Latina (2016), LASA (2017) y APSA (2016, 2017). Todos los errores que subsistan son nuestra responsabilidad.

2 Profesora asistente, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella Universidad Di Tella (Argentina).

3 Investigador adjunto, Conicet/Instituto Gioja, UBA Conicet/Instituto Gioja, UBA (Argentina).

*He llegado á entender, que es tanta la ampliación que se quiere dar á la ley de desamortización... que no faltan personas que no pudiendo por sí ni por mano agena levantar cabeza y hacerse de capital; proyectan denunciar los ranchos que los indígenas tienen llamados de comunidad ó cofradía, para hacerse de ellas con todos sus llenos. ¿Y será justo que se presente [el alegado desposeedor]... y se siente á comer á boca llena en la mesa que por varios siglos han preparado y cubierto de manjares estos indígenas, cuyos mayores les plantaron?*

Cita incluida en una petición de amparo (1872)<sup>4</sup>

## Introducción

¿Qué explica la aplicación desigual de las normas? ¿Cómo podemos determinar si esta es selectiva, es decir, sesgada contra ciertos sectores de la población? Estas son preguntas que la ciencia política, la sociología y el derecho latinoamericanos intentan responder desde que textos seminales como el de Carlos Nino sobre la “anomia boba” y el de Guillermo O’Donnell sobre “zonas marrones” plantearon que el Estado de derecho no cumplía con su aspiración de generalidad y universalidad, y generaba equilibrios sociales ineficientes o ciudadanías de baja intensidad (Nino, 2023; O’Donnell, 1993). Según O’Donnell,

---

4 SCJN (México), 18 de marzo de 1872 (San Lorenzo Ixtacoyotla). El peticionante comienza su escrito citando este párrafo de una petición incluida en una resolución de 1856 del ministro Lerdo (134).



en América Latina hay lugares y sectores de la población en/ para los cuales la aplicación de las normas es desigual y posiblemente particularista, es decir, que obedece a criterios de facto que desdican la noción de que la ley es igual para todas las personas. Esos criterios harían difícil que incluso sectores bien organizados, pero con poco poder o alineación con las élites políticas, pudieran hacer valer sus derechos a través de la movilización legal.

Pero ¿cómo determinar si el problema de incumplimiento o aplicación desigual de las normas es el resultado de la aplicación de criterios particularistas y no de la incapacidad o debilidad estatal? Los estudios empíricos recientes sobre la materia buscan enfrentar ese desafío, desarrollando estrategias metodológicas capaces de distinguir entre la incapacidad estatal, la falta de voluntad política o la asignación particularista.<sup>5</sup>

Este capítulo busca contribuir a este debate mediante el análisis de la influencia que tuvieron la resistencia social y los intereses de las élites en las instituciones estatales en tiempos de la aplicación de las leyes liberales de tierras en México entre 1855 y 1910. Durante ese periodo, hubo varios gobiernos liberales en el poder, todos los cuales reconocieron que el cercamiento de tierras públicas y la desamortización de tierras colectivas eran empresas clave. Sin embargo, el contenido y la aplicación de las leyes liberales sobre la tierra variaron considerablemente de un gobierno a otro. Los gobiernos de las décadas de 1850 y 1860, incluido el más renombrado de Benito Juárez (1858-72), promulgaron las leyes de la reforma liberal ordenando la desamortización (es decir, la fragmentación y la enajenación) de tierras colectivas y fomentando los cercamientos de tierras públicas (es decir, su medición y adjudicación). Pero dichas leyes y los reglamentos subsiguientes preservaron un espacio restringido para los derechos colectivos de los grupos indígenas (principalmente *pueblos*), que habían poseído títulos corporativos de propiedad de la tierra desde la época colonial, y también previeron la distribución de tierras colectivas entre los miembros de esos grupos. Además, en ese momento las autoridades

---

5 Ver los distintos capítulos de Brinks, Levitsky y Murillo (2020); también Holland (2016).

estatales cesaron casi totalmente la aplicación de las leyes en relación con los grupos indígenas. Esto último cambió durante el gobierno de Porfirio Díaz (1876-1910), cuando se profundizó su cumplimiento.

A primera vista, esta diferencia podría explicarse como el resultado de niveles divergentes de capacidad estatal. En los años 1850-1860, las guerras internacionales y entre facciones sumieron a México en una profunda inestabilidad y estancamiento económico, lo que impidió la consolidación de las instituciones estatales (Haber *et al.*, 2003, p. 42). En contraste, el periodo semiautoritario de Díaz logró el “milagro” de establecer el monopolio del poder político al tiempo que conseguía el crecimiento económico (Knight, 1986, p. 35; Haber *et al.*, 2003, p. 44). No obstante, la capacidad del Estado parece ser solo una parte de la historia. Una capacidad estatal débil no fue impedimento para la aplicación de las leyes agrarias contra las propiedades de las corporaciones eclesiásticas durante la década de 1850-1860, a pesar del inmenso poder de la Iglesia (Knowlton, 1976). Además, el fortalecimiento de la capacidad estatal no parece haber impedido la aplicación selectiva de las leyes liberales sobre la tierra bajo el “porfiriato”. Según los/as especialistas,<sup>6</sup> la alineación de los intereses económicos y políticos durante el porfiriato llevó a las autoridades estatales a aplicar abusivamente las leyes liberales contra las tierras indígenas, que eran codiciadas por los hacendados vecinos, lo que condujo al cercamiento y desamortización de tierras colectivas que en principio debían quedar excluidas del ámbito de aplicación de las leyes, y a la exclusión de indígenas individuales de la protección de las normas.

En este capítulo estudiamos las decisiones judiciales para captar el modo en que las autoridades estatales de diferentes tipos y niveles contribuyeron a la fuerte o débil aplicación de los derechos sobre la tierra de los distintos actores, y para distinguir las diferentes motivaciones en juego. Nos centramos

---

6 Ver, entre otros, Orozco (1898), González Roa (1919), McBride (1923), Tannenbaum (1930), Simpson (1937), Silva-Herzog (1959), Reina (1980), Coatsworth (1981), González Navarro (1985), Knight (1986), Hernández (1993).

en los juicios de amparo en los que se alegaban violaciones de los derechos sobre la tierra revisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana. Estos amparos abarcan tanto la aplicación original de las leyes agrarias por parte de las autoridades administrativas (o judiciales locales) como la aplicación posterior por parte de los tribunales federales inferiores, que revisaban a las autoridades locales y a su vez eran revisados por la Suprema Corte.

Teorizamos que tanto las motivaciones basadas en el interés como las motivaciones ideológicas (en este caso liberales) pueden conducir a la aplicación preferente de los derechos de propiedad privada individual en detrimento de los derechos de propiedad colectiva y pública de la tierra. Pero que solo las motivaciones basadas en el interés pueden llevar a una débil aplicación de los derechos de propiedad individual de las personas indígenas o pobres. La ideología liberal apuntaba a que las autoridades protegieran por igual los derechos individuales de ricos y pobres, indígenas y no indígenas. Sin embargo, como las autoridades locales estaban más próximas a las élites económicas locales, era más probable que decidieran en función de intereses y que estuvieran predispuestas en contra de los indígenas pobres. En cambio, era más probable que las autoridades centrales —especialmente las que tenían fama de mayor independencia, como la Suprema Corte— decidieran los casos en función de la ideología de sus miembros.

Utilizamos una base de datos original de casos judiciales relacionados con cuestiones de tierras publicados por la Suprema Corte entre 1871 y 1910. Así, la mayor parte del análisis empírico se centra en el periodo porfirista. Dado que este fue un periodo de fortalecimiento del Estado, podemos suponer que la capacidad estatal existía más allá del nivel mínimo requerido para hacer cumplir las leyes liberales sobre la tierra y que se mantuvo constante, por lo cual es posible identificar el papel que desempeñó el interés frente a la ideología en la aplicación de la ley. Combinamos la estadística descriptiva con el análisis cualitativo de los casos. De forma preliminar, constatamos que los grupos indígenas vieron denegado el acceso a la justicia en la mayoría de los casos, a pesar de que intentaron defender masivamente sus derechos legales. Sin embargo, también

encontramos que los peticionarios individuales, muchos de ellos campesinos indígenas, no tuvieron menores probabilidades de éxito en los tribunales que otros peticionarios, especialmente en la Suprema Corte. Es decir, las autoridades judiciales parecieron predispuestas a fallar en contra de los grupos indígenas como titulares de derechos corporativos o colectivos, pero no necesariamente en contra de personas indígenas individualmente consideradas. Esto sugiere que los jueces federales de distrito, y más claramente la Suprema Corte, estaban motivados por la ideología más que por el interés económico.

113

## **La política de promulgación y aplicación de leyes agrarias liberales (1855-1910)**

### **Gobierno liberal I: guerra e inestabilidad**

Los liberales mexicanos llegaron al poder a mediados del siglo XIX. Los gobiernos liberales fueron inestables en las dos primeras décadas (bajo Ignacio Comonfort, Benito Juárez y Sebastián Lerdo) dados los desafíos al poder procedentes no solo de los conservadores, sino también de invasores extranjeros y de escisiones internas. Sin embargo, los liberales tenían un programa de reforma política y económica bastante claro, que empezaron a implementar por medio de legislación en cuanto llegaron al poder. Implicaba la secularización, la eliminación de los privilegios corporativos en favor de la igualdad formal ante la ley y el progreso económico (Hale, 1968). La reforma de los derechos sobre la tierra se consideró crucial.

La pieza central de la legislación liberal relativa a la tierra fue la Ley Lerdo, expedida el 25 de junio de 1856.<sup>7</sup> La ley ordenaba la “desamortización” –es decir, la fragmentación y enajenación– de todas las tierras de las corporaciones, salvo las destinadas a su servicio u objeto inmediato (art. 8). Las tierras desamortizadas

---

7 La ley debe su nombre a Miguel Lerdo de Tejada, hermano de Sebastián, entonces ministro de Hacienda de Comonfort y, más tarde, de Juárez. Durante la época colonial y principios de la pos-colonial también se promulgaron leyes a nivel estatal, pero estaban dispersas y su nivel de aplicación era bajo (Bazant, 1971; Kourí, s. f.; Falcón, 2015).

debían ser adjudicadas por las autoridades locales a sus arrendatarios o a los beneficiarios de enfiteusis a un precio basado en el que estos pagaban por ellas, pudiendo adquirir una hipoteca para afrontarlo. Si una parcela no era adjudicada en el plazo de tres meses, cualquiera podía solicitar su adjudicación o, de lo contrario, la autoridad procedía a subastarla (arts. 1, 2, 9, 10, 14). Los nuevos propietarios podían dividir libremente las tierras y venderlas (art. 22). A partir de entonces, las corporaciones dejarían de tener capacidad jurídica para poseer o administrar bienes distintos de los exentos (art. 25).<sup>8</sup>

El objetivo inmediato de la ley parecía ser desamortizar las tierras de las corporaciones eclesiásticas (Kourí, s. f., p. 5) para promover el progreso económico, la secularización y la eliminación de los privilegios.<sup>9</sup> Sin embargo, las corporaciones “civiles” también eran objeto de la ley (art. 1), y entre ellas se incluían evidentemente las corporaciones indígenas, cuyo tipo principal eran los pueblos (Tanck, 2000; Saffon 2015).

Los grupos indígenas se resistieron a la aplicación de la ley (Fraser, 1972, p. 639; Powell, 1972, pp. 659-62). La ley permitía a las corporaciones conservar parte de sus tierras comunales –aunque su determinación precisa parecía quedar abierta a la interpretación–; recibir el precio de las tierras desamortizadas, y exigir el inicio de procesos de desamortización para que las tierras no arrendadas fueran asignadas a sus miembros. Sin embargo, muchos grupos indígenas deseaban retener *todas* las tierras que tenían en común, incluyendo *ejidos* (tierras comunales), *fundos legales* (centros de población) y *propios* (tierras rentadas para sostener a la comunidad) (Kourí, s. f., cap. 2; Knowlton, 1998). Es posible que algunas personas de origen indígena estuvieran de acuerdo con los objetivos de la desamortización, pero temieran la aplicación perjudicial de la ley, que podía tener como blanco a las tierras comunales excluidas

---

8 Los conflictos serían juzgados por jueces de primera instancia en un procedimiento oral (art. 30).

9 El artículo 3, al especificar las corporaciones a las que se aplicaba la ley, se refería principalmente a las eclesiásticas; la única corporación civil que mencionaba eran los ayuntamientos.



o hacer que terceros obtuvieran las parcelas que poseían en usufructo (*terrenos de repartimiento*).

En respuesta a la resistencia indígena, inmediatamente después de la promulgación de la Ley Lerdo, la administración de Comonfort emitió una serie de avisos (circulares) a los gobernadores y autoridades locales que, en aras de la paz pública y el bienestar de los pobres, interpretaban la ley de manera beneficiosa para estos últimos. Tal vez la más importante de tales interpretaciones fue una circular del 9 de octubre de 1856, en la que el autor de la ley denunciaba que “se está abusando de la ignorancia de los labradores pobres, y en especialidad [*sic*] de los indígenas, para hacerles valer como opuesta a sus intereses la ley [...] cuyo principal objeto fue [...] el de favorecer a las clases más desvalidas”.<sup>10</sup>

Entendiendo que la referencia de la ley a los arrendatarios como principales beneficiarios de la desamortización podía excluir a los indígenas que cultivaban en usufructo los terrenos de repartimiento de los pueblos, la circular aclaraba que estos últimos también podían reclamar las adjudicaciones (Fraser, 1972, pp. 639-40). Y previendo que las tierras pudieran no ser reclamadas por arrendatarios o beneficiarios pobres debido a su falta de recursos, el reglamento establecía que, cuando las tierras costaran menos de 200 pesos, debía exceptuarse el pago de impuestos y tasas administrativas, y que solo se exigirían títulos oficiales (y no escrituras) como prueba de propiedad.<sup>11</sup>

Al mismo tiempo, el gobierno central insistía en la importancia de desamortizar las tierras indígenas, y a menudo promovía interpretaciones restrictivas del tipo de tierras que debían excluirse de la desamortización.<sup>12</sup> Las primeras circulares

---

10 Circular 43 emitida por el Ministerio de Hacienda el 9 de octubre de 1856.

11 Finalmente, la circular establecía que el plazo de la ley no sería aplicable a los pobres e indígenas. Posteriormente, el 28 de marzo de 1861, el gobierno eximió a los indígenas del pago de las tierras no arrendadas, que debían repartirse entre los vecinos de los pueblos (Fraser, 1972, p. 641).

12 Frente a la petición de un gobernador de eximir todas las tierras indígenas, Lerdo respondió que eso arruinaría la ley (Fraser, 1972, p. 640).

también establecían que las tierras excluidas de la desamortización que se consideraban destinadas al servicio u objeto de las corporaciones indígenas solo incluían las que servían al bien común. Las autoridades locales fueron reconocidas como los mejores jueces para determinar lo que quedaba dentro y fuera (Fraser, 1972, pp. 641-2, 4). Si bien era claro que los centros de población o fundos donde residían edificios públicos cumplían con aquella condición, quedaban dudas respecto a las tierras comunales o ejidos.<sup>13</sup>

Los intentos de aplicar la Ley Lerdo fomentaron la movilización indígena. Según el conjunto de datos de Saffon (s. f.), más de un tercio (35) de las protestas rurales que tuvieron lugar a lo largo del siglo XIX (96) ocurrieron bajo gobierno liberal indiscutido (1855-1858, 1861-1864, 1868-1875), y más de la mitad de estas (18) estallaron en los tres años siguientes a la promulgación de la ley Lerdo (1856-1858). La mayoría de las protestas bajo el régimen liberal cuya motivación se conoce (16/21) referían a reclamaciones de tierras, y especialmente al despojo de tierras por parte de las haciendas (12/21).

En un principio, el gobierno combinó sus interpretaciones favorables a los pobres, pero también a la aplicación de la ley Lerdo, con una represión quirúrgica (Reina, 1980; Powell, 1972, p. 661). Sin embargo, su actitud cambió rápidamente hacia cierta tolerancia de la no aplicación de la ley.<sup>14</sup> Aunque los particulares podían solicitar el inicio de procesos desamortizadores respecto de parcelas concretas, se requerían leyes del ámbito estatal para que las autoridades locales promovieran procesos de forma generalizada (Kourí, s. f., p. 7). Y la mayoría de estas

---

13 El artículo 27 de la Constitución de 1857, que elevó la ley Lerdo a rango constitucional, no dispuso estas dudas. Aunque excluía de la desamortización, como hacía la ley, solo los “edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución”, circulares posteriores afirmaban que los ejidos formaban parte de la excepción porque estaban destinados al bien común de las corporaciones (Fraser, 1972, p. 645). Dado que las deliberaciones del Congreso constituyente no mencionaron a las corporaciones civiles (p. 627), el espacio abierto para la interpretación era amplio (Marino, 2016, p. 303).

14 Empleamos el uso que Amengual y Dargent (2020) hacen del término.

leyes no empezaron a ser promulgadas hasta después de 1868 (Marino, 2001, p. 41). Antes de eso, los gobernadores parecen haber sido reacios a promover la aplicación de las leyes incluso mediante la violencia.

En septiembre de 1856, las protestas indígenas en el centro de México se habían vuelto tan frecuentes que el ministro de Gobernación instó a los gobernadores a tomar una actitud más decisiva contra ellas (Powell, 1972, p. 662). En enero de 1857, Lerdo lamentó que hubiera estados que aún no hubieran desamortizado la mayoría de sus tierras corporativas, y afirmó que el gobierno no podía esperar más, ordenando así la subasta de las tierras indígenas aún no desamortizadas. La orden fue rápidamente revocada por el sucesor de Lerdo, que reconoció las dificultades de la población indígena para beneficiarse de la ley.

A partir de 1858, el gobierno central emitió pocos reglamentos y comunicados relativos a la desamortización de tierras indígenas (Fraser, 1972, pp. 646-77), y los intentos sistemáticos de hacer cumplir la ley se detuvieron (Kourí, s. f., p. 6). La explicación tiene que ver en parte con la guerra de Reforma (1858-1861) y la intervención francesa (1862-1867), que mermaron la capacidad de los liberales para utilizar las instituciones estatales.<sup>15</sup> No obstante, su capacidad de imposición no fue nula, como ilustra su actitud en relación con las tierras de la Iglesia.

La guerra de Reforma fue iniciada por los conservadores –y los militares– contra el proceso de aplicación de las leyes liberales de reforma que afectaban a la Iglesia. En 1857, este proceso ya había logrado la desamortización masiva de tierras eclesiásticas (Bazant, 1971).<sup>16</sup> Pero, si algo hizo la guerra fue

---

15 En ambos periodos, los gobernantes liberales se vieron obligados a actuar como un gobierno paralelo mientras libraban la guerra. Aunque los liberales –bajo el liderazgo de Benito Juárez– finalmente prevalecieron, su capacidad para gobernar se vio obstaculizada por los profundos problemas financieros generados por el esfuerzo bélico (Centeno, 2002, pp. 60-61).

16 Bazant analiza las transferencias legales de bienes de la Iglesia en seis estados, que concentraban dos tercios de la riqueza eclesiástica, y muestra que en 1857 la desamortización era casi completa en Veracruz, Michoacán y Jalisco, bastante profunda en Puebla y Ciudad de México, y de escasos efectos en San Luis de Potosí. Para hacer efectiva la desamortización, el gobierno liberal utilizó medidas de capacidad estatal bastante fuertes, como la publicación de listas

llevar a los liberales a radicalizar la legislación contra las tierras eclesiásticas, y las limitaciones impuestas por el esfuerzo bélico no impidieron su aplicación. El 12 de julio de 1859, el gobierno de Juárez promulgó la Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos,<sup>17</sup> que implicaba que las confiscaciones sin indemnización sustituirían las ventas o transferencias a arrendatarios o interesados (art. 22).<sup>18</sup> En total, en virtud de las leyes de desamortización y nacionalización, una gran cantidad de propiedades (Bazant, 1971; Knowlton, 1976) salió de las manos del clero entre 1857 y 1876.<sup>19</sup> Traicionando el espíritu de las leyes, los bienes fueron adquiridos principalmente por grandes terratenientes (hacendados) y comerciantes (Bazant, 1971; Knowlton, 1976).

La feroz persecución de los bienes de la Iglesia por parte de los liberales contrasta con su pasividad hacia las tierras indígenas. Aunque la justificación para convertir esas tierras en propiedad privada era la misma, las tierras indígenas dejaron de ser una prioridad después de 1859 y hasta el ascenso de Díaz (Fraser, 1972, p. 647). Dadas las limitaciones impuestas

---

de bienes eclesiásticos para evitar su ocultamiento, y préstamos forzosos.

17 Según Bazant (1971, p. 167), la ley estuvo precedida de confiscaciones llevadas a cabo por varios gobernadores y jefes militares, que la ley uniformizó.

18 La ley amplió el alcance de los posibles destinatarios al referirse al clero en general –tanto personas físicas como jurídicas de carácter religioso– y a los bienes que administraba, no solo a los que poseía (art. 1). Eximía de la nacionalización únicamente a los edificios estrictamente necesarios para el servicio (art. 11). Unas autoridades administrativas especiales –jefaturas superiores de hacienda– se encargarían de hacer cumplir la ley. Las grandes propiedades se dividirían y todo se subastaría y vendería.

19 La confiscación de los bienes eclesiásticos se consideró importante para el progreso económico, pero también para garantizar la paz. Tras la victoria liberal, se promulgó la ley del 5 de febrero de 1861, que en parte retrotraía los efectos de las leyes conservadoras que anulaban la desamortización y ordenaban la restitución de los bienes asignados. Ante la destrucción de documentos oficiales derivada de la guerra, Juárez desarrolló una estrategia de denuncia de bienes eclesiásticos “ocultos”, que podrían estar en manos de testaferros. Aunque esto generó inseguridad jurídica y una depreciación de los valores, aumentó el alcance de la nacionalización (Knowlton, 1976).

por la escasa capacidad del Estado, prevaleció claramente el objetivo de apoderarse de los bienes eclesiásticos. Los grupos indígenas eran a la vez una fuente de ingresos menos atractiva y, lo que era más importante, una fuente potencial de apoyo (incluso armado) durante los conflictos. Esto explica que la desamortización no se aplicara con fuerza a las tierras indígenas hasta la década de 1880 (Ducey, 1997).<sup>20</sup> Ello muestra un claro tratamiento diferenciado de las tierras eclesiásticas e indígenas.

A medida que Juárez ponía fin a los conflictos civiles y al proceso de nacionalización de las tierras eclesiásticas, comenzó a promover la expansión de los derechos de propiedad privada sobre las tierras públicas, una gran cantidad de las cuales aún estaban vacías y sin título. La primera ley importante fue la de Ocupación y Enajenación de Terrenos Públicos Baldíos, promulgada el 20 de julio de 1863. La ley generó las condiciones para que actores poderosos se aprovecharan de las normas denunciando como públicas tierras ocupadas sin límites claros, ya fuera reclamando ser ocupantes o presentando reclamaciones antes de que lo hicieran los ocupantes. Las tierras de los pueblos eran presa fácil, ya que se basaban en títulos coloniales cuyas demarcaciones eran imprecisas o no siempre estaban registradas (Tannenbaum, 1930; Womack, 1968, p. 46; Knight, 1986, pp. 92-95; Hernández, 1993; Falcón, 2015, p. 262). Sin embargo, los pueblos podían defender sus tierras oponiéndose a los reclamos de las haciendas o pidiendo de forma temprana la adjudicación de tierras ocupadas sin límites claros, aunque, si ganaban, probablemente se verían obligados a desamortizar. En 1867, reconociendo que la ley podría dar lugar a conflictos legales que afectaran a la población indígena, Juárez ordenó a los jefes políticos de los estados que aclararan que las asignaciones de tierras públicas debían respetar los derechos de los poseedores, que alentaran a los poseedores indígenas a solicitar títulos sobre sus tierras

---

20 También explica la existencia de algunas concesiones importantes, incluida la decisión de 1859 consistente en eximir de la nacionalización a las tierras de la Iglesia en manos de grupos indígenas y en asignar terrenos baldíos públicos a los pueblos (Fraser, 1972, pp. 647-50).

–aunque nadie los disputara– y que los expidieran sin costo “para evitar controversias” (Wilkie, 1998, p. 146).<sup>21</sup>

Para recapitular, la política de aplicación de la legislación liberal sobre la tierra desde la década de 1850 hasta principios de la de 1870 ilustra la idea de Amengual y Dargent de que la capacidad limitada del Estado restringe, pero no bloquea, la aplicación de la ley. La escasa capacidad obligó a los liberales a establecer prioridades: la nacionalización de las tierras de la Iglesia. ¿Por qué las leyes liberales sobre la tierra iban a abarcar las de los indígenas si sus autores podían prever una fuerte resistencia? La respuesta parece ser que los liberales creían que la Ley de Desamortización no solo contribuiría al progreso y a las finanzas del Estado, sino que también beneficiaría a los pobres al convertirlos en una clase media de campesinos que cultivan su propia tierra. Sin embargo, los grupos indígenas no pensaban lo mismo, y su resistencia frenó la aplicación de la ley y condujo a los políticos a ignorarla, especialmente cuando su necesidad de obtener apoyo militar se hizo más urgente. La resistencia indígena, sin embargo, no fue lo bastante fuerte como para presionar a favor de la derogación de las leyes liberales sobre la tierra, que seguían siendo susceptibles de ser aplicadas contra los indígenas cuando cambiaran los incentivos económicos o el equilibrio de poder político.

### **Gobierno liberal II: la pax porfiriana**

Esos cambios tuvieron lugar bajo Porfirio Díaz (1876-1910). Aunque Díaz había sido un prominente líder militar liberal y héroe en la guerra de Reforma y contra la intervención francesa, se

---

21 Los liberales también comenzaron a promover la colonización. El 31 de mayo de 1875, el presidente Sebastián Lerdo promulgó un decreto provisorio que autorizaba al Ejecutivo a relevar, delimitar y valuar las tierras públicas; a promover su ocupación por parte de colonos en forma directa o a través de contratos con empresas privadas, y a entregar gratuitamente a los agrimensores privados un tercio de las tierras (art. 1, secciones I a VI). Aunque la ley brindaba poderosos incentivos para la privatización de las tierras públicas, su aplicación fue limitada antes de finales de la década de 1870 (Holden, 1994, p. 9). Como muestra Holden, del total de 45,7 millones de hectáreas de tierras públicas transferidas a manos privadas entre 1867 y 1905, solo 1,6 lo fueron antes de 1877.

rebeló contra los intentos de reelección de Juárez en 1871 y de Lerdo en 1876. Mientras que el primer levantamiento fracasó, el segundo tuvo éxito. Obligó a Lerdo a renunciar e impulsó una elección especial en 1877, que Díaz, como candidato único, ganó. Aunque obtuvo y retuvo el poder a través de elecciones y con los poderes Legislativo y Judicial en funcionamiento (Kuntz 2010a, p. 5), el gobierno de Díaz es a menudo calificado como un régimen autoritario porque las elecciones fueron amañadas y la oposición silenciada (Knight, 1986:, pp. 20-1; Guerra, 1985 pp. 97-106). Sin embargo, el gobierno fue popular durante mucho tiempo ya que consiguió conjugar orden político con desarrollo económico (Knight, 1986, p. 35; Haber *et al.*, 2003, p. 44).

Tras más de medio siglo de guerras y frecuentes alternancias, Díaz logró monopolizar el poder e instauró la llamada *pax porfiriana*. Transformó la economía del país sacándola del estancamiento y el déficit crónico, y llevándola al crecimiento sostenido (Coatsworth, 1981, p. 4; Haber *et al.*, 2003, p. 43; Kuntz, 2010b, pp. 329-31). Debido a la demanda internacional de cultivos agrícolas, México experimentó un auge exportador, especialmente en la década de 1890 (Coatsworth, 1981, p. 4; Kuntz, 2010b, pp. 329-31). La producción se vio facilitada por el desarrollo de infraestructuras de transporte y la promoción de políticas favorables a la inversión (Coatsworth, 1981, p. 4).

El gobierno de Díaz se ocupó de reforzar la capacidad del Estado para proteger los derechos de propiedad mediante medidas tales como la creación de un sistema eficaz de catastro y registro. Sin embargo, esto no se tradujo en la aplicación universal de los derechos de propiedad. El gobierno alineó sus objetivos y preferencias con los de las élites económicas (Haber *et al.*, 2003). En el ámbito de la agricultura, esto significó promover los intereses de los terratenientes (hacendados) dedicados a la agricultura comercial, que buscaban apoderarse de tierras valiosas (Saffon, s. f.). Dichas tierras incluían no solo los baldíos públicos aún existentes, sino también las tierras colectivas indígenas no desamortizadas o con títulos poco claros. La captura de tierras indígenas era del interés de los hacendados para extender sus propiedades, pero también para obtener oferta de mano de obra (Tannenbaum, 1930; Womack, 1968; Knight, 1986). Existe un consenso entre los/as especialistas en que, hacia

el final del porfiriato, los grupos o personas indígenas habían perdido casi todas sus tierras a manos de las haciendas.<sup>22</sup> Esto se debió a que el gobierno fomentó la aplicación de la Ley Lerdo por parte de las autoridades locales y estatales en un contexto en el que los intereses locales eran demasiado fuertes y, por lo tanto, el sesgo a su favor era casi inevitable. Al igual que sus predecesores, Díaz abordó los abusos mediante intervenciones puntuales, pero en general dejó que las disputas se resolvieran a nivel subnacional, haciendo así la vista gorda ante el sesgo y la parcialidad.

A finales de la década de 1870 comenzó a promulgarse la legislación estatal estableciendo los detalles de las reclamaciones y distribuciones de tierras, lo que facilitó la ejecución local (Kourí, s. f., p. 7). Sin embargo, en muchas regulaciones estatales, las tierras comunales (ejidos) seguían estando excluidas de la desamortización. El gobierno central impulsó aún más la aplicación de la ley emitiendo reglamentos para simplificar las normas, esclarecer las dudas y promover la intervención de las autoridades federales. La nota característica de estas normas era asegurar la desamortización de tierras no fragmentadas, pero aclarando que el proceso debía beneficiar a “la desvalida clase indígena” y se inspiraba en “los levantados sentimientos” en favor de esa clase.<sup>23</sup>

Por otra parte, el gobierno central impulsó una pronta privatización de las tierras públicas. El 15 de diciembre de 1883, promulgó una última Ley de Colonización, que refrendaba la autoridad del gobierno para establecer contratos con empresas privadas para la medición, el fraccionamiento y la tasación de tierras públicas, así como para el transporte de colonos (arts. 18, 24, 26). Al igual que en el decreto provisional de Lerdo, las empresas obtendrían un tercio de las tierras inspeccionadas, pero solo podrían vender hasta 2.500 hectáreas (art. 21). Las tierras fragmentadas serían vendidas o asignadas libremente a los colonos por parte del Estado.

---

22 Incluso revisionistas como Kourí (s. f.) llegan a esta conclusión.

23 Ver, por ejemplo, el Reglamento del 20 de abril de 1878, las circulares 422 y 424 del 28 de octubre de 1889, y la Circular del 12 de mayo de 1890.



La privatización de tierras públicas aumentó bruscamente a partir de entonces, produciéndose el mayor número de operaciones entre 1883 y 1893 (Holden, 1994, p. 9). Aunque la ley permitía la suspensión de los procedimientos de agrimensura hasta que se llevara a cabo un juicio, no aclaraba las condiciones en las que un objetor podía prevalecer. Por lo tanto, la cuestión de si las tierras poseídas podían ser objeto de medición parecía estar de nuevo abierta a la interpretación. Además, en virtud de la Ley del 20 de julio de 1863, las tierras indígenas no desamortizadas empezaron a considerarse públicas.<sup>24</sup> Esto facilitó las reclamaciones abusivas por parte de las empresas de agrimensura de que las tierras indígenas eran públicas. El gobierno central mostró cierta preocupación por la situación de los indígenas, pero promovió la medición, desamortización y titulación individual de sus tierras como principal solución.<sup>25</sup> Sin embargo, esa solución solo funcionó en los casos que llegaban a oídos del gobierno, ya sea por cartas enviadas por los indígenas, por la existencia de protestas o por otros medios.

La supuesta preocupación del gobierno por la suerte de los indígenas no le impidió ampliar aún más los incentivos favorables a la privatización. Entre otras cosas, la Ley del 26 de marzo de 1894 suprimió las limitaciones de tamaño para la venta de tierras por parte de las empresas de agrimensura, para su denuncia por particulares y para su adjudicación por el Estado, y eliminó el deber de cultivar las tierras adjudicadas. Además, la violación previa a tales restricciones ya no sería penalizada (arts. 6, 7, 8). La ley estableció el Registro de la Propiedad, en el que se inscribirían todos los títulos para proteger a los titulares de revisiones y revocaciones estatales (arts. 45-8). Y confirmó la incapacidad de las corporaciones para tener propiedades, impulsando a las autoridades de los estados a continuar con la desamortización de tierras de los pueblos. Pero también reconoció el derecho de los pueblos a solicitar la adjudicación de las tierras poseídas, así como la capacidad legal de sus autoridades

---

24 Circular del 26 de marzo de 1878.

25 Ver circular del 26 de marzo de 1878 sobre Chiapas, y las circulares del 16 de noviembre de 1880, 7 de enero de 1882 y 17 de noviembre de 1885 de Sonora.

para defender los terrenos comunales de denuncias ilegales y llevar a cabo la desamortización (arts. 67-9).

Esto último sugiere que, incluso en el momento culminante de la privatización de la tierra, la situación de los indígenas era una preocupación para Díaz. Aunque no le llevó a tolerar la falta de ejecución de las leyes, sí le hizo reconocer que estas dejaban un espacio abierto para la protección de las tierras colectivas, e insistir en los beneficios que estas tendrían para los indígenas. El gobierno mantuvo la aplicación de las leyes en manos de las autoridades locales, a pesar de las cada vez más frecuentes denuncias de abusos. Pero, a medida que los procesos de desamortización y privatización de tierras públicas mostraban que los indígenas eran los grandes perdedores, y que aumentaba la oposición a su régimen, Díaz empezó a cuestionar los beneficios de las leyes liberales sobre la tierra. En 1901, promovió una reforma al artículo 27 de la Constitución para atenuar la prohibición de la propiedad colectiva, exceptuando de ella a las tierras necesarias para el sostenimiento y fines de las corporaciones. Y, en 1909, ordenó la suspensión de las ventas de tierras públicas y la revisión de las delimitaciones de tierras realizadas hasta entonces (Wilkie, 1998).

Bajo el porfiriato, la resistencia indígena se concentró en la movilización legal más que en las protestas. En comparación con las 35 protestas que estallaron en los 13 años de los gobiernos liberales previos, solo 16 tuvieron lugar durante los 34 años del porfiriato, y solo dos de ellas ocurrieron después de 1892, en pleno auge de las exportaciones (Saffon, s. f.). Es probable que este resultado refleje un mayor temor a la represión, pero tal vez también la creencia de que las leyes aún dejaban resquicios para que los indígenas reclamaran por la protección de sus derechos. Como muestra Saffon (s. f.), esta creencia queda ilustrada por la alta cantidad de solicitudes de copias certificadas de títulos de propiedad (más de 1.500) que grupos indígenas realizaron ante el Archivo General de la Nación con el probable propósito de utilizarlas en los tribunales.<sup>26</sup>

---

26 Muchas de estas reclamaciones declaraban explícitamente el propósito de iniciar acciones legales o de defender legalmente los derechos colectivos sobre la tierra. En la mayoría de los casos,

## El estudio de casos judiciales

A partir de lo anterior, una cuestión central por analizar es el modo en que los reclamos indígenas encontraron eco entre las autoridades de diferentes tipos y niveles, y muy especialmente en los jueces de la Suprema Corte y el Poder Judicial federal. El resto del capítulo está dedicado a ello. Ofrecemos un estudio comparativo de juicios de amparo vinculados con la aplicación o falta de aplicación de los derechos sobre la tierra de diferentes actores, lo que nos permite extraer algunas conclusiones sobre si el proceso antes descrito –la creciente hostilidad hacia la propiedad corporativa, ahondada bajo el porfiriato– tuvo un acompañamiento en el poder Judicial federal.

### Amparos: interés e ideología

El liberalismo promueve el establecimiento de la propiedad privada individual y la sustitución de otras formas de derechos sobre la tierra, lo que puede ser funcional a los intereses de las élites económicas rurales, especialmente en periodos determinados –como los de auge de las exportaciones– en los que el valor de la tierra aumenta significativamente (Saffon, s. f.). En esos casos el objetivo liberal, en principio auténtico, de dispersar la propiedad de la tierra puede verse truncado. La aplicación selectiva de los derechos sobre la tierra requiere una alineación entre las élites económicas y los actores estatales encargados de regular y hacer cumplir tales derechos. En México, durante el siglo XIX, los actores cruciales de dicho alineamiento parecen haber sido las élites políticas locales más que las nacionales. Aunque las élites nacionales desempeñaron un papel importante en la promoción de políticas económicamente liberales favorables a las élites económicas, no atacaron explícitamente los derechos de los pobres, sino que tendieron a insistir en la protección universal de los derechos. Por el contrario, las élites

---

fueron presentadas por abogados no titulados o por autoridades locales que representaban a los demandantes. Sobre el uso de los tribunales por parte de colectivos o personas indígenas, ver también Knight (1986), Knowlton (1989), Escobar (1993), Marino (2001) y Ávila (2010).

políticas locales eran fácilmente capturadas o estaban influenciadas de modos más profundos por las élites económicas locales y, por lo tanto, estaban más dispuestas a resolver las disputas por la tierra a favor de las últimas. Por supuesto, las élites nacionales eran responsables por omisión, en la medida en que no controlaban sistemáticamente los abusos locales.

Pero ¿qué papel desempeñaron los jueces en este escenario? A pesar de que muchas de las denuncias de abuso se presentaron ante jueces locales y son difíciles de analizar, el amparo mexicano ofrece una oportunidad única para el estudio sistemático de la aplicación o defensa judicial de los derechos de propiedad sobre la tierra. En línea con lo que disponían las leyes del periodo, los juicios de amparo que estudiamos fueron decididos por los juzgados federales de distrito y revisados de oficio por la Suprema Corte, que publicó la mayoría de las decisiones.<sup>27</sup> Pero los amparos también son una fuente privilegiada para examinar la política de cumplimiento institucional por parte de otras autoridades, dado que las demandas podían presentarse contra autoridades estatales de cualquier tipo y nivel –administrativo o judicial; local, estatal y federal–, e implicaban la interpretación y aplicación de normas nacionales por parte de los tribunales. Así pues, los amparos son útiles para comprender tanto la interacción entre los distintos responsables de la aplicación de la ley como las posibles motivaciones que subyacían a la misma.

Como se ha señalado, el gobierno federal promulgó un conjunto de normas con el objeto de anular ciertas formas de propiedad colectiva y privatizar tierras públicas. Mientras que algunas de estas normas eran de tipo constitucional o legal, otras consistían en reglamentos administrativos más específicos. Estas últimas pueden considerarse una primera fase de aplicación de la ley. Sin embargo, todas las normas sobre propiedad de la tierra dejaban importantes lagunas que debían ser analizadas e interpretadas, lo que hacían en una segunda

---

27 El amparo se originó en México (Brewer-Carías, 2009). Figuraba en el artículo 25 de la efímera Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, y luego se reintrodujo en los artículos 101 y 102 de la Constitución liberal de 1857.

instancia las autoridades administrativas y judiciales locales al aplicar los procedimientos de fragmentación y privatización. En un *tercer* nivel de aplicación, estos procedimientos eran revisados por el Poder Judicial federal, que reinterpretaba las principales leyes y reglamentos en cuestión y determinaba si se habían producido violaciones de derechos.

En cada uno de estos niveles podemos estudiar las posibles motivaciones políticas en la aplicación de la ley examinando el tipo de titulares de derechos que se vieron privilegiados y afectados. Los amparos pueden utilizarse para desentrañar esas motivaciones, ya que el acceso a los tribunales federales estaba formalmente abierto a peticionarios de todo el país, aunque existían importantes barreras materiales para el acceso. Las personas podían presentar amparos en el juzgado federal de distrito más cercano, ya que cada estado contaba con al menos uno. En casos urgentes, los litigantes estaban autorizados a presentar sus demandas por telégrafo y a designar abogado de manera informal. Además, y tal como muestra el mapa 1, los juicios de amparo relacionados con la propiedad de la tierra estaban muy dispersos geográficamente por el territorio de los estados y los distritos. Esto nos permite inferir que la capacidad estatal existente no era especialmente baja, tanto en el caso de las autoridades locales –que eran demandadas, y por tanto actuaban, en diversas localidades– como para los jueces federales de distrito –que decidían casos incluso en zonas remotas del territorio–.

Aunque de manera imperfecta, los casos judiciales proporcionan un indicador aproximado del posible sesgo de aplicación, principalmente a través del estudio de los tipos de peticionarios y las tasas de éxito judicial, pero también por vía de la exploración cualitativa. El tipo de demandante puede indicar sesgos y obstáculos en el acceso a las instituciones judiciales si eran solo (o principalmente) los particulares, y especialmente los demandantes no indígenas, quienes presentaban demandas. Como se ha señalado, las reclamaciones de las corporaciones indígenas (así como las de sus miembros) estaban muy extendidas, y había indicios abundantes de que intentaron recurrir a los tribunales, incluidas las solicitudes administrativas de copias de los títulos. Dividimos a los demandantes de los casos

de conflicto de tierras en cinco tipos principales: corporaciones eclesiásticas; grupos o corporaciones indígenas (principalmente pueblos); personas de origen indígena (que tomamos como sinónimo de “campesinos” o “vecinos de pueblo”);<sup>28</sup> *rancheros* o *terratenedores* de ingresos medios, y *hacendados* o grandes propietarios. La tasa de éxito judicial puede ser un indicador adicional de sesgo si es que determinados tipos de *peticionarios* tienen sistemáticamente una probabilidad de triunfo mucho mayor que otros que también acceden a la justicia.

Los casos judiciales nos permiten además indagar sobre las motivaciones de una supuesta aplicación sesgada. Basándonos en nuestro análisis previo, sugerimos la existencia potencial de dos tipos básicos de motivaciones que impulsaban la aplicación de las leyes agrarias: el interés y la ideología. El interés llevaría a las autoridades a favorecer a las élites económicas por las posibles ganancias materiales o de prestigio que podrían obtener, independientemente, al menos en parte, de los objetivos o la letra de las leyes. La ideología liberal, a su vez, llevaría a los ejecutores a privilegiar la propiedad individual sobre la colectiva, pero a conceder la misma protección independientemente del origen étnico o la clase de los demandantes.

Desenmarañar las dos motivaciones no es tan sencillo en el caso de la propiedad colectiva como en el de los derechos individuales. En el primer caso, la ideología podía promover una aplicación celosa de las leyes sobre la tierra tanto contra las corporaciones eclesiásticas como contra las indígenas, mientras que el interés podía llevar a una aplicación más estricta contra los grupos indígenas que contra la Iglesia, ya que esta última era un actor más poderoso. Asimismo, se podría sospechar de la existencia de interés si las leyes se aplicaban con excesivo rigor contra las corporaciones indígenas, como cuando las interpretaciones de las normas parecían extremarse o

---

28 A mediados del siglo XIX, los grupos indígenas en muchos lugares ya no tenían una composición étnica homogénea debido a las relaciones interétnicas (*mestizaje*) y a su conversión al catolicismo. Sus atributos étnicos fueron sustituidos por un rasgo de tipo más socioeconómico de la pertenencia campesina. Por ello, los términos “indio”, “vecino de pueblo” y “campesino” se utilizaban a menudo indistintamente.

extralimitarse. Es cierto que la ideología genera fervor, por lo que esas interpretaciones también podrían explicarse por ella. Pero las interpretaciones ideológicas pueden también favorecer poderosos intereses económicos, y cuando su continua aplicación hace evidente esto último, es muy difícil seguir llamándolas meramente ideológicas.

En cuanto a los derechos individuales sobre la tierra, el interés y la ideología pueden distinguirse más claramente, ya que el liberalismo pretendía proteger por igual los derechos de ricos y pobres, indígenas y no indígenas. Creemos, pues, que un desequilibrio sistemático que se manifieste en la ausencia de personas indígenas como demandantes podría ser una señal indirecta del sesgo originado en el interés. Más claramente, podemos suponer que una negativa sistemática por parte de las autoridades locales a hacer valer los derechos de los demandantes indígenas individuales obedeció (principalmente) a la misma motivación, y que las decisiones judiciales que respaldaron esas decisiones también lo hicieron. Aunque los jueces no fueran beneficiarios directos, podían servir para afianzar los intereses de los poderosos.

Dado que las autoridades locales estaban más próximas a las élites económicas locales y, por tanto, más sujetas a su influencia, creemos más probable que estuvieran predispuestas en su favor y en contra de los indígenas pobres debido a los posibles beneficios económicos o de prestigio que podrían obtener. Era más factible que las autoridades federales –especialmente las que tenían fama de ser más independientes, como la Suprema Corte– decidieran los casos en función de la ideología de sus miembros, y no tanto del interés.

En la misma elección de 1877 en la que Díaz fue confirmado como presidente, ocho nuevos magistrados de la Suprema Corte fueron nombrados para unirse a los tres que habían jurado lealtad al plan de Tuxtepec desautorizando al presidente Lerdo.<sup>29</sup> Sin dudas, Ignacio Vallarta, quien solo estuvo en la Corte

---

29 Bajo la Constitución de 1857, que los vencedores de Tuxtepec se comprometieron a honrar, los magistrados eran elegidos a través de un método indirecto, por el cual los ciudadanos votaban electores que a su vez elegían delegados para seleccionarlos (sección 92).

cinco años (en los que fue su presidente), fue la voz más fuerte durante este periodo, que tendría una enorme influencia en las décadas siguientes. La ideología de los magistrados de esta Suprema Corte “reinstalada” ciertamente estaba en sintonía con la de los magistrados anteriores. Con algunas excepciones, formaban parte de la llamada “brillante” generación liberal y habían ocupado cargos en los gobiernos local y federal (Bravo Rodríguez, 1990, p. 1115). También eran cercanos a la nueva administración, como lo ilustra una práctica por entonces común de puertas giratorias, según la cual muchos magistrados tomaban licencia para incorporarse temporalmente a puestos ejecutivos. Sin embargo, los comentaristas señalan que al menos algunos de los magistrados se mantuvieron bastante independientes tanto de la administración (Guerrero Lara y Santamaría González, 1990, p. 984) como de los intereses estatales y locales (Marino, 2016, p. 307).

A continuación, examinamos la plausibilidad de estas intuiciones proporcionando estadísticas descriptivas por ahora básicas y preliminares, así como un análisis cualitativo de una base de datos original que contiene *todos* los casos de conflictos de tierras publicados por la Suprema Corte entre 1871 y 1910.

### **Tendencias generales de los casos judiciales sobre conflictos de tierras**

Para comprender el alcance y el tipo de aplicación judicial de los derechos sobre la tierra bajo los gobiernos liberales, utilizamos una base de datos original de sentencias relativas a la tierra que la Suprema Corte de Justicia de México emitió y publicó en el *Semanario Judicial* entre 1871 y 1910.<sup>30</sup> De las aproximadamente

---

30 El *Semanario* publicó la mayoría de las sentencias de la Suprema Corte, en muchos casos precedidas por la decisión del tribunal de primera instancia. Debido a supuestas razones administrativas y financieras que coincidieron con el ascenso de Porfirio Díaz al poder, el *Semanario* dejó de publicarse durante el periodo 1877-1880. Aun así, las sentencias de amparo dictadas durante estos años aparecieron en revistas especializadas como *El Foro* y *El Derecho* (Martínez Godínez, 2009, p. 7), por lo que abordamos este vacío en el informe oficial recurriendo a la primera fuente. La adición de los casos de *El Foro* cambia un poco los números de estos con respecto



16.000 decisiones de la Corte bajo el periodo estudiado, una cuarta parte (3.970) se refería directa o indirectamente a casos relacionados con la tierra y una quinta parte (2.885) específicamente a conflictos de derechos sobre tierras rurales.<sup>31</sup>

Aunque la Suprema Corte no solo resolvió juicios de amparo relacionados con conflictos agrarios, los amparos son sorprendentemente ubicuos en la base de datos: de todos los casos que involucraban directamente algún tipo de controversia de derechos sobre tierras rurales, más del 97% (2.811) eran juicios de amparo.<sup>32</sup> Dada la revisión obligatoria de los amparos por parte de la Corte en este periodo, nuestra base incluye *todas* las decisiones publicadas sobre estos casos. El mapa 1 muestra la distribución geográfica por estado de los casos sobre tierras (por 100.000 habitantes) en los que se alegaba o podía sospecharse un despojo. Como puede observarse, los casos se distribuyeron por todo el país. Esto se debe, en gran medida, a la preponderancia de los amparos, a la existencia de jueces de distrito en todo el país y a la revisión por parte de la Corte de sus decisiones.

La tabla 1 se centra en los casos de amparo que implicaban un conflicto de derechos sobre la tierra rural. Como puede observarse, los casos aumentan a medida que evoluciona el auge de las exportaciones. Casi la mitad de los casos (1.254 o 45%) se referían a conflictos probablemente motivados por un despojo, entre otros, reclamaciones de restitución, desamortización y baldíos. En casi todos estos casos (1.069 o el 85%) se formuló explícitamente una alegación de despojo o de violación del derecho constitucional a la propiedad; sin embargo, muy pocos

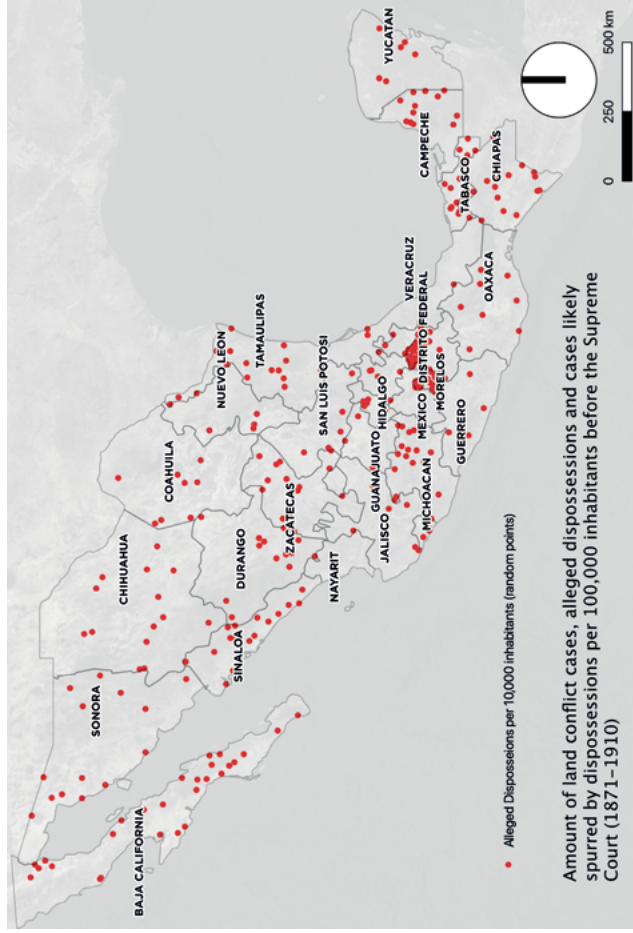
---

a la versión original de este texto en inglés, pero las tendencias generales persisten.

31 Solo consideramos estos últimos casos de conflictos directos de derechos sobre la tierra. Entre los primeros se incluían también los conflictos de tierras urbanas y los que solo implican indirectamente conflictos de derechos sobre la tierra, como hipotecas, herencias, cobros de impuestos y unos pocos casos de baldíos en los que no estaban en juego los derechos sobre la tierra.

32 Otras decisiones se referían a la asignación de tierras públicas realizada por los juzgados federales de distrito en primera instancia y revisada por la Suprema Corte, decisiones de casación en casos civiles y penales ordinarios, decisiones que implicaban conflictos de jurisdicción entre distintos tribunales, opiniones consultivas y revisiones que de algún modo implicaban un conflicto de tierras.

**MAPA I**  
**Casos judiciales acerca de conflictos de derechos sobre tierras rurales (1871-1910)**



Fuente: georreferenciación propia utilizando datos codificados de *Semanario Judicial y El Foro*, México.

**TABLA I****Juicios de amparo por conflictos de derechos sobre la tierra rural por década y tipo de litigio<sup>33</sup>**

| (A)<br>Periodo | (B) Propiedad rural directamente implicada en el litigio | (C) Tipo de litigio en el que era más probable un caso de despojo (y proporción de (B)) | (D) Peticionarios colectivos (y proporción de (B)) |
|----------------|----------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| 1871-1880      | 185                                                      | 66 (36%)                                                                                | 25 (13,5%)                                         |
| 1881-1890      | 285                                                      | 140 (49%)                                                                               | 21 (7%)                                            |
| 1891-1900      | 551                                                      | 254 (46%)                                                                               | 32 (6%)                                            |
| 1901-1910      | 1,790                                                    | 794 (44%)                                                                               | 58 (3%)                                            |
| Total          | 2.811                                                    | 1.254 (45%)                                                                             | 136 (5%)                                           |

Fuente: datos codificados de *Semanario Judicial y El Foro*, México.

(136 o el 5%) involucraban a un demandante colectivo identificable, incluidos los pueblos, vecinos y asociaciones de vecinos que actuaban en nombre de los intereses colectivos de los pueblos.<sup>34</sup> El porcentaje de demandantes colectivos identificados disminuye a medida que avanza el auge de las exportaciones, aunque el número de casos aumenta hacia el final.

### Tipo de peticionarios

Bastante más de la mitad de los peticionarios de la base de datos completa eran individuos o grupos respecto a los cuales no pudimos determinar –de acuerdo con la información disponible– si eran ricos o pobres, o si pertenecían a un pueblo. Por lo tanto, construimos un subconjunto de decisiones provenientes de dos estados, Estado de México y Oaxaca, para los que recopilamos información algo más detallada. Estos estados tienen en común una alta densidad de población rural –y particularmente indígena/campesina–, así como una larga tradición de

33 Datos preliminares; trabajo en curso.

34 En comparación con la versión original de este capítulo, esta categoría añade a los pueblos vecinos que actúan en nombre propio.



disputas legales por la tierra.<sup>35</sup> Este subconjunto de decisiones incluye 339 juicios de amparo relacionados con un conflicto de derechos sobre la tierra rural.

Centrarnos en este subconjunto preliminar de casos del Estado de México y Oaxaca nos permitió reducir ligeramente, a alrededor del 40%, los peticionarios individuales no identificados que llegaron a la Corte, por lo que los siguientes resultados refieren a los casos de estos estados. Los pueblos y vecinos que actuaban a título colectivo representaron alrededor del 11% del total de los juicios de amparo en estos dos estados. No encontramos en este subconjunto casos relativos a corporaciones eclesiásticas actuando como tales. Entre los otros peticionarios identificados se contaban los miembros de pueblos indígenas que iniciaron amparos de manera individual (7%), los hacendados (5%) y, en la categoría más numerosa, los rancheros y otros propietarios o poseedores de pequeñas o medianas parcelas (35%).

En cuanto a la tasa de éxito, los miembros individuales de los pueblos parecieron ganar, aunque sea parcialmente, con mayor frecuencia que el resto. Sin embargo, cabe destacar que algunos o varios de los poseedores no identificados, con una tasa de éxito menor, pueden haber sido también vecinos individuales. La tabla 2 resume estos resultados.

**TABLA 2**  
**Peticionarios en juicios de amparo del Estado de México y Oaxaca en la Suprema Corte<sup>36</sup>**

| Solicitante                    | Casos     | Tasa de éxito |
|--------------------------------|-----------|---------------|
| Pueblos/Vecinos colectivamente | 38 (11%)  | 60            |
| Vecinos individuales           | 23 (7%)   | 77            |
| Haciendas                      | 18 (5%)   | 59            |
| Rancheros                      | 117 (35%) | 60            |

35 Ver Falcón (2015) para Estado de México y Reina (1980) para Oaxaca. En comparación con el capítulo original, que se centraba en cuatro estados, restringimos nuestra atención a dos estados y utilizamos datos ligeramente refinados.

36 Datos preliminares; trabajo en curso.

| Solicitante                              | Casos      | Tasa de éxito |
|------------------------------------------|------------|---------------|
| Poseedores individuales no identificados | 132 (39%)  | 47            |
| Otros                                    | 11 (3%)    |               |
| Total                                    | 339 (100%) |               |

Fuente: datos codificados de *Semanario Judicial y El Foro*, México.

### *Peticionarios colectivos*

Aunque no parece que a los pueblos y vecinos que actuaban colectivamente les fuera peor en la Suprema Corte que a otros peticionarios, el porcentaje relativamente pequeño de estos peticionarios que accedió a la justicia puede ser en sí mismo una prueba de parcialidad. Contrasta fuertemente con el alto número de quejas que tenían los pueblos y su interés expreso en llevarlas ante la justicia. Recuérdense, por ejemplo, las cerca de 1.500 peticiones de títulos de propiedad que los solicitantes colectivos presentaron ante el *Archivo de Búsquedas* con el fin de defender legalmente sus tierras, tal como se sostuvo anteriormente (Saffon, s. f.).

El limitado acceso a la justicia de los pueblos no es solo el resultado de la capacidad estatal, la debilidad organizativa o la falta de motivos legales; los miembros de los pueblos indígenas llegaban a los tribunales. Además, desde la época colonial, los pueblos mostraron una fuerte capacidad de acción colectiva no solo protestando, sino también presentando con frecuencia peticiones ante las autoridades estatales (Ruiz, 2010; Saffon, s. f.; Franco-Vivanco, 2021). Las leyes y los reglamentos liberales sobre la tierra, así como las interpretaciones de las autoridades nacionales reservaban cierto espacio para que los derechos colectivos indígenas a la tierra siguieran estando protegidos, por lo que era bastante plausible que los pueblos creyeran que podrían tener su día en los tribunales.

El acceso restringido de los pueblos a los tribunales parece haber sido el resultado de las interpretaciones de la Suprema Corte contra la propiedad colectiva, estableciendo no solo que los grupos indígenas no podían tener propiedades, sino también que habían dejado de existir como entidades legales y que,



por lo tanto, se les prohibía incluso presentar peticiones ante la justicia. Aunque la postura de la Corte tenía una base muy firme en la ideología liberal, podía sospecharse que favorecía los intereses de los poderosos, ya que no estaba indiscutiblemente basada en un texto legal, se consolidó recién bajo el auge de las exportaciones, y se mantuvo incluso después de que se reconocieran sus efectos negativos sobre las personas indígenas.

Antes de que llegara Díaz al poder, las peticiones relacionadas con la protección de tierras colectivas habían recibido una reacción mixta por parte de los tribunales, pero los pueblos estaban autorizados a litigar como corporaciones. Por ejemplo, en 1872, la Suprema Corte concedió una petición del representante de más de diez mil habitantes del pueblo de San Lorenzo Ixtacoyotla (Hidalgo), que alegaban que el estado había ordenado la transferencia, a una sola persona, de vastas extensiones de tierra que se habían comprado en 1713.<sup>37</sup> Tanto el juez de distrito como la Corte consideraron válidas las escrituras de los habitantes y dieron la razón a los demandantes, afirmando que el estado había reasignado erróneamente tierras que les pertenecían.

Por el contrario, en un caso de 1875, la mayoría de los vecinos del pueblo de Charo (Michoacán) alegaba que los vecinos habían comprado sus tierras en 1705 a la realeza española. Afirmaban que sus tierras comunes habían sido desamortizadas, pero que un jefe político había cedido las tierras no sujetas a desamortización a otras personas. La Corte denegó tajantemente la petición alegando, como había hecho en algunos otros casos,<sup>38</sup> que el artículo 27 de la Constitución prohibía a las corporaciones poseer propiedades.<sup>39</sup>

La débil esperanza que los pueblos podían conservar se evaporó cuando Díaz llegó al poder. De hecho, la Suprema Corte adoptó una postura contra las corporaciones indígenas que la volvió, utilizando la frase usual, “más papista que el Papa”. Su tendencia a tomar decisiones contrarias a la propiedad colectiva

---

37 SCJN, 18 de marzo de 1872 (San Lorenzo Ixtacoyotla).

38 SCJN, 5 de diciembre de 1871 (Autlán).

39 SCJN, 1 de junio de 1875 (Charo).

se hizo más uniforme y tuvo mayor alcance. Las decisiones iban a menudo acompañadas de una justificación ferozmente individualista que antes estaba ausente. Y, lo que es más importante, la Corte empezó a denegar sistemáticamente la capacidad jurídica y procesal de los pueblos, cerrando así casi todas las vías legales disponibles para defender la propiedad colectiva.

La primera sentencia relevante (Servín de Capetillo) data de enero de 1879. Giraba en torno a una autorización dada a un pueblo para el deslinde –luego de notificar a los vecinos externos– de tierras que le habían sido concedidas en 1680.<sup>40</sup> Uno de esos vecinos externos protestó por la demarcación anunciada, y la Corte le dio la razón. El tribunal dijo que la demarcación no era tan “inocente”, ya que su objetivo era compensar un despojo anterior y tenía el propósito de ampliar las tierras del pueblo. El tribunal señaló que las normas vigentes prohibían a corporaciones como los pueblos poseer propiedades que se extendieran más allá de su fundo legal, y que las tierras debían transferirse a los vecinos dentro del pueblo. Sin embargo, un año más tarde, la Corte dio a un grupo de peticionantes del pueblo de Tiripitío (Michoacán) que se quejaban de un despojo el carácter de comuneros según la ley, lo que demostraba que sus criterios aún no estaban totalmente consolidados.<sup>41</sup>

Tres años después, la Corte profundizó el fundamento individualista de Servín. En enero de 1882, el presidente Vallarta escribió un largo voto en el que acompañaba la decisión del tribunal de denegar una petición presentada por “indígenas de Chicontepec” (Veracruz) contra el supuesto despojo por parte de un jefe político de las tierras que habían comprado bajo la forma jurídica de una “asociación de ganaderos”, una forma que, afirmaban, no estaba prohibida por la Constitución.<sup>42</sup> Vallarta negó que pudieran existir corporaciones “perpetuas”, independientemente de su denominación. Señaló que, lejos de despojar a los indígenas, las normas sobre desamortización preservaban sus tierras, procurando que fueran fructíferas para

---

40 SCJN, 9 de enero de 1879 (Servín).

41 SCJN, 14 de enero de 1880 (Tiripitío), citada en Cabrera Acevedo (1990a, p. 145).

42 SCJN, 9 de enero de 1882 (Chicontepec).

su explotación “bajo la vigilancia del interés individual”. Para el presidente de la Corte, la eliminación de las corporaciones indígenas y de las tierras colectivas solo podía favorecer a esa “raza desgraciada y digna de mejor suerte”, aunque los “indígenas” no hubieran solicitado la parcelación de las tierras. Dados los beneficios que la desamortización reportaría a los indígenas, Vallarta expresó perplejidad ante el intento de estos de eludir las normas que ordenaban la desamortización recurriendo a otras formas jurídicas. Esta línea fue aplicada por el tribunal en otros casos, incluyendo una decisión de 1883 que involucraba a una “sociedad agricultora” en Totoltepec (Estado de México).<sup>43</sup>

No obstante, el rechazo más frontal de la propiedad colectiva estuvo representado por las decisiones de la Corte relativas a la capacidad de litigar. Dicha capacidad era un elemento básico para que los pueblos y las corporaciones pudieran defenderse a través de la ley y proteger también la propiedad individual de sus miembros frente a invasiones externas, que podrían resultar del proceso de desamortización o de la aplicación de las leyes sobre baldíos. Impedir que los pueblos comparecieran ante un juez tendría enormes repercusiones sociales y políticas.

En un caso de 1882, relativo a la comunidad de Techuchulco (Estado de México),<sup>44</sup> un grupo de vecinos solicitaba que se rechazara una acción iniciada en su contra por un pueblo vecino, dado que el pueblo no estaba autorizado a litigar. Por unanimidad, la Corte denegó la petición, afirmando que la acción legal se había iniciado treinta años antes, previamente a la promulgación de la Ley de Desamortización. Pero, dos meses después, fijó un criterio más firme en contra de la capacidad procesal de los pueblos. Varios habitantes de Santiago Mitlatongo (Oaxaca) se quejaban de una autorización concedida a un pueblo vecino para demarcar las tierras que los primeros poseían.<sup>45</sup> En su voto concurrente, Vallarta reiteró el mantra liberal de que las corporaciones no podían tener propiedades y, en consecuencia, rechazó la autorización concedida al pueblo para demarcar la tierra.

---

43 SCJN, 16 de agosto de 1883 (Totoltepec).

44 SCJN, 11 de enero de 1882 (Cayetano Maya; Techuchulco).

45 SCJN, 18 de marzo de 1882 (Mitlatongo).



Vallarta afirmó que las comunidades indígenas no podían comparecer ante un juez para interponer las acciones legales que se derivaban directamente del derecho a poseer la propiedad, para defender los derechos individuales de propiedad de sus miembros, o incluso para exigir que se demarcaran las tierras con el fin de asignarlas a los vecinos.<sup>46</sup> De allí que las corporaciones no pudieran litigar siquiera para promover la desamortización de sus tierras, lo que a la postre conduciría a su desaparición. Según Vallarta, las corporaciones no podían hacer en nombre de otros lo que no podían hacer en nombre propio (González Navarro, 1990, p. 1080).

Aunque Vallarta reconocía los graves problemas de acción colectiva que ello podría implicar, insistía en que el espíritu de la Reforma exigía la desaparición inmediata de las corporaciones. Y, en contra de los críticos que afirmaban que la Constitución solo prohibía ciertas formas de propiedad colectiva, pero no prohibía a los pueblos recurrir a los tribunales, replicaba que las corporaciones tenían la incapacidad civil absoluta que produce la muerte (Cabrera Acevedo, 1990b, p. 581).

Una forma ciertamente errónea de interpretar esta sentencia sería afirmar que, al dificultar la división de la tierra, el tribunal estaba defendiendo indirectamente la persistencia de la propiedad colectiva. La presión a favor de la desamortización de tierras era fuerte, y si los pueblos como colectivos no la promovían, alguien dentro o incluso fuera de la comunidad lo haría, posiblemente con intereses opuestos a los de la comunidad. La solución ponía a los pueblos a merced del despojo por parte de hacendados fuertes y jueces o autoridades locales sin escrúpulos, y el propio Vallarta lo reconocía en parte.

De hecho, más tarde, en 1882, la Corte resolvió un juicio presentado por los pueblos de San Bartolomé Tepetitlán y San Francisco Sayula (Hidalgo) contra la decisión de un juez local en una acción civil, que los peticionarios habían interpuesto contra una hacienda alegando despojo.<sup>47</sup> Los peticionarios intentaban demostrar que no eran una de las “corporaciones” a

---

46 *Idem.*

47 SCJN, 9 de noviembre de 1882 (Tepetitlán).

las que la Constitución prohibía tener propiedades. El tribunal denegó la petición, nuevamente con un largo voto de Vallarta. El voto argumentaba que los pueblos no habían cumplido con la legislación estatal que exigía la autorización del Ejecutivo para litigar a título colectivo y que, en cualquier caso, la autorización nunca podría haberse concedido, ya que los pueblos no tenían capacidad jurídica. Si bien Vallarta reconocía los “innumerables abusos” cometidos contra la “raza desgraciada” indígena, tales abusos no permitían a los pueblos conservar la propiedad estancada, ni “revivir las personas jurídicas” que la Constitución extinguiera (Cabrera Acevedo, 1990b, p. 582). Correspondía a cada miembro de la antigua comunidad emprender acciones para la protección de sus tierras.

La jurisprudencia de la Corte era tan perniciosa para las corporaciones indígenas que hizo que el propio Díaz la reformara mediante la Ley del 26 de marzo de 1894, que, como se señaló, a pesar de legalizar operaciones abusivas e irregulares de traspaso de tierras, autorizaba a las corporaciones indígenas a litigar. No obstante que, como consecuencia de ello, los casos que involucraban a pueblos y ayuntamientos aumentaron (ver tabla 1), siguieron siendo muy pocos, limitados a la discusión de cuestiones relativamente marginales acerca de su fundo legal. En buena medida, la jurisprudencia del tribunal había cumplido su propia profecía sobre la muerte de los pueblos, o al menos su enfermedad grave.

Los párrafos anteriores también muestran la sofisticación jurídica de los miembros de los pueblos. Buscaban justicia a través de diversos canales: como pueblo, como asociación agrícola o como grupo de vecinos. Esta sofisticación es evidente en la elección de su representación. En aquella época, los procedimientos de amparo no requerían una representación profesional o formal. Sin embargo, alrededor del 40% de las peticiones colectivas fueron presentadas por un licenciado (un abogado) o un representante con poder notarial, probablemente debido a los obstáculos legales previstos en relación con la legitimación y otras cuestiones (Saffon, s. f.). Las opciones legales eran cada vez más limitadas para los peticionarios colectivos, pero siguieron intentándolo.

### *Peticionarios individuales*

La postura restrictiva de la Suprema Corte en los casos de grupos indígenas no pareció reflejarse en los casos de peticionarios individuales, muchos de los cuales eran también campesinos o indígenas. A partir de las cifras anteriores, no es posible determinar si estos peticionarios enfrentaron obstáculos en el acceso. Aunque solo el 7% de los peticionarios de nuestra submuestra podía ser clasificado como indígena, es posible que algunos de los propietarios o poseedores de terrenos individuales (rancheros) y de peticionarios no identificados también lo fueran. En los siguientes párrafos se analizan los casos de peticionarios individuales en general que *no* fueron identificados como rancheros o hacendados.

Resulta claro que estos peticionarios individuales recibieron un trato considerablemente mejor en los casos de amparo que los pueblos. Al subrayar las protecciones al debido proceso y a la legalidad, así como la prohibición de confiscar tierras sin indemnización, la Corte bloqueó reiteradamente las acciones de las autoridades locales que dieron lugar al despojo de unidades individuales de tierra. Aunque los tipos de casos de los que se ocupó la Corte fueron múltiples, hay tendencias perceptibles. Muchos casos se referían a peticiones en las que se denunciaba la decisión de una autoridad local o estatal de asignar a un tercero la tierra que poseía el peticionario con la justificación de que la autoridad estaba distribuyendo la tierra desamortizada de un pueblo, que la tierra era pública y podía privatizarse, o que se habían dejado de pagar los impuestos sobre la tierra.<sup>48</sup>

---

48 Las decisiones incluyen las siguientes: SCJN, 25 de marzo de 1872; 11 de junio de 1884; 17 de diciembre de 1885; 2 de junio de 1886; 6 de junio de 1887; 16 de junio de 1888; 2 de febrero de 1889; 12 de noviembre de 1890; 11 de diciembre de 1893; 23 de mayo de 1894; 23 de junio y 21 de julio de 1894; 8 de febrero de 1895; 27 de junio, 10 de julio y 23 de julio de 1896; 23 de noviembre y 5 de diciembre de 1898; 4 de marzo y 30 de octubre de 1899; 15 de marzo de 1900; 15 de julio de 1901; 12 de marzo de 1902; 9 de mayo y 17 de septiembre de 1903; 10 de mayo y 22 de diciembre de 1904; 23 de marzo de 1905; 13 de enero y 20 de noviembre de 1906; 13 de febrero, 13 de mayo, 12 de junio, 19 de junio, 22 de junio y 17 de julio de 1907; 20 de abril de 1908; 13 de julio, 29 de agosto, 10 de septiembre, 17 de septiembre, 10 de octubre, 28 de octubre, 29 de octubre, 20 de noviembre y 2 de

En muchos de estos casos, si no en la mayoría, la Corte decidió que, dada la oposición del peticionario a la reasignación de tierras, la autoridad administrativa no tenía jurisdicción para decidir la cuestión, que debía resolverse mediante una acción civil ordinaria presentada ante un juez. Otros casos giraban en torno a denuncias de desposesión resultantes de un procedimiento o decisión de un tribunal civil que implicaba una adjudicación de tierras en el que no se había dado a la peticionaria la oportunidad de ejercer su oposición. En muchas ocasiones, la Corte concluyó que tales actuaciones habían sido irregulares y paralizó la adjudicación de tierras.

Aunque es poco probable que todas o incluso la mayoría de las decisiones de las autoridades estatales y locales estuvieran al servicio de sus intereses directos o sus alianzas con las élites locales, probablemente muchas sí lo estuvieron. Algunas decisiones de nuestra base ofrecen ejemplos extremos. En un caso de 1896 procedente de Oaxaca, resuelto por la Corte, una serie de funcionarios municipales solicitaron a un tribunal su liberación de la cárcel. Alegaban que se los había metido allí por su oposición a la decisión de un juez local de adjudicar ilegalmente una parcela de tierra... a sí mismos; la Corte dio la razón a los demandantes.<sup>49</sup> En un caso de Campeche resuelto en 1908, una persona alegó que un juez local, que también era su vecino, le había ordenado destruir una valla que protegía sus tierras cultivadas; la Corte también dio la razón al peticionario.<sup>50</sup> En un caso de 1906, un particular alegó que un vecino, pariente del alcalde del municipio, había construido en la propiedad del peticionario un pozo para extraer agua; la Corte volvió a dar la razón al demandante.<sup>51</sup>

La protección activa de los derechos individuales por parte de la Suprema Corte fue probablemente el corolario de su hostilidad hacia la propiedad colectiva y las corporaciones. De hecho, en varios casos, los vecinos reivindicaron la propiedad

---

diciembre de 1908; 10 de julio, 17 de noviembre y 24 de noviembre de 1909.

49 SCJN, 11 de agosto de 1896.

50 SCJN, 1 de julio de 1908.

51 SCJN, 3 de febrero de 1906.

o posesión individual de pequeñas extensiones de tierra dentro de los pueblos, y con ello desafiaron implícitamente el poder de los pueblos o de las autoridades municipales para mantener la integridad de las tierras colectivas o para regular la distribución interna de las tierras comunes. Cuando la Corte falló a favor de estas peticiones, debilitó el poder de las corporaciones para imponer ciertas restricciones internas a los miembros del grupo, que son vitales para su supervivencia y cohesión (Kymlicka, 1995), así como para la protección de la propiedad colectiva de la tierra.

Sin embargo, no todas las peticiones presentadas por particulares contra las autoridades locales tenían por objeto cuestionar la propiedad colectiva; en muchos casos, pretendían desafiar las decisiones de esas autoridades de asignar tierras colectivas a un tercero en lugar de a los poseedores de los pueblos. Por lo tanto, podían ser un intento implícito de proteger las tierras colectivas, o al menos de preservar las tierras desamortizadas en manos de los vecinos ahora que los pueblos ya no podían actuar colectivamente para hacerlo. En esos casos, las decisiones de la Corte pueden haber tenido el efecto no deseado de proteger la cohesión de las comunidades indígenas y sus tierras, aunque la incapacidad de los pueblos para defenderse las dejó vulnerables a posteriores intentos de desposesión.

## Diferentes tipos y niveles de aplicación

### *Autoridades impugnadas*

Los peticionarios impugnaron a diferentes autoridades a través del amparo. Nuestros datos Estado de México y Oaxaca nos permiten identificar qué autoridades fueron desafiadas con mayor frecuencia. Como muestra la tabla 3, 62% de las peticiones se dirigieron contra la decisión de un juez estatal o local, y 26,5% contra las decisiones de un ayuntamiento o municipio, es decir, las autoridades locales bajo cuya jurisdicción se encontraban los pueblos. Por lo tanto, las autoridades estatales –y especialmente las locales–, fueron responsables de una clara mayoría de los presuntos agravios relacionados con el despojo.

Una porción pequeña de los casos (8%) desafiaba las acciones de los jefes políticos. Estos eran agentes a nivel distrital



de los ejecutivos central y estatal (Mecham, 1986, p. 143), que en varios estados tenían poderes sustanciales para hacer asignaciones de tierras y resolver disputas relacionadas con la desamortización (Marino, 2001, p. 41; Falcón, 2015, p. 269). Los jefes fueron utilizados por Porfirio Díaz como una herramienta clave para centralizar el poder (Guerra, 1985, pp. 110-2; Knight, 1986, pp. 24-30; Falcón, 2015, pp. 213-4), y a menudo han sido retratados como las autoridades más temidas bajo el porfiriato. Sin embargo, los jefes no parecen haber sido tan cuestionados judicialmente durante el periodo como las autoridades locales y estatales. Además, los jefes fueron la autoridad respecto de la cual la Corte se mostró menos deferente.

**TABLA 3**  
**Autoridades impugnadas mediante juicios de amparo en Estado de México y Oaxaca, y resultados<sup>52</sup>**

| Autoridad responsable del presunto despojo | Casos (%) | El demandante se impone en la Suprema Corte (%) | El demandante se impone en el juzgado de distrito (%) |
|--------------------------------------------|-----------|-------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|
| Ayuntamiento / municipio                   | 26,5      | 66                                              | 57                                                    |
| Juez estatal o local                       | 62        | 45                                              | 41                                                    |
| Autoridades estatales no judiciales        | 3,5       | 55                                              | 55                                                    |
| Jefe político y autoridades federales      | 8         | 67                                              | 62,5                                                  |

Fuente: datos codificados de Semanario Judicial y El Foro, México.

Los hallazgos anteriores son consistentes con el papel que el juicio de amparo jugó en las relaciones entre las autoridades estatales dentro del arreglo federal de poderes. Además de ser un instrumento potencialmente útil para solicitar una reparación de las violaciones de los derechos, el amparo también permitía que el poder judicial federal controlara (y moderara)

52 Datos preliminares; trabajo en curso.

las acciones de las autoridades locales, y no solo las decisiones de los jueces federales de distrito.<sup>53</sup>

### *Agentes judiciales del amparo*

La actuación de los jueces de distrito parece haber sido similar a la de la Suprema Corte. De todas las peticiones sobre las que existe una decisión publicada de ambos tribunales, la Corte concedió (incluso parcialmente) alrededor del 53%, frente al 47% en el caso de los jueces de distrito. Cuando ambos (tipos de) tribunales no estuvieron de acuerdo, la Corte otorgó una protección ligeramente mayor a los peticionarios en comparación con los jueces de distrito. En alrededor del 64% de estos casos de no convergencia, la Corte o bien concedió una petición que un juez de distrito había denegado o bien decidió de forma más completa a favor del peticionario, y en el 36% restante ocurrió lo contrario.

Esta diferencia es sutil. Por un lado, podría explicarse por el peculiar papel institucional y político que desempeñaban los jueces de distrito frente a la Suprema Corte. Los jueces de distrito cobraron relevancia política durante los gobiernos de Juárez y Lerdo por su activa participación en los juicios de amparo (Cabrera Acevedo, 1990a, p. 42). En términos de su relación con las élites locales, estos jueces parecen haber ocupado un lugar intermedio entre los jueces locales y estatales, por un lado, y la Corte, por el otro, aunque tal vez permanecieran más cerca de esta última debido al papel que tenía en su nombramiento.<sup>54</sup>

Los jueces de distrito eran probablemente más propensos a la influencia de las élites y autoridades locales que los magistrados de la Corte. En palabras del historiador del siglo XIX Orozco: “No son los poderosos, no son los grandes hacendados quienes

---

53 Esto fue implícitamente reconocido por el miembro del Congreso quien en 1861 presentó el primer proyecto de ley de amparo al pleno. Negó que la centralización fuera uno de los objetivos del estatuto, pero reconoció que las disposiciones de amparo “reviste[n] a los tribunales de la Federación de una especie de poder conservador, o sea moderador de los poderes públicos” (Cabrera Acevedo, 1988).

54 La Suprema Corte enviaba al presidente del país una lista de tres candidatos, de la que este seleccionaba a uno.

han visto caer de sus manos esos millones de hectáreas, sino los miserables, los ignorantes, los débiles [...] los que no pueden llamar compadre a un juez de Distrito, a un gobernador ni a un ministro de Estado” (Silva-Herzog, 1972). Sin embargo, los jueces de distrito estaban menos cooptados por las élites que los jueces y autoridades locales, o al menos así se les percibía. Según un comentarista contemporáneo: “El pueblo ha tenido mayor confianza en los jueces de distrito, no sometidos al poder de los caciques, y en la Corte Suprema, que está lejos del influjo y del poder de los políticos locales” (Cabrera Acevedo, 1985, p. 191).

## Conclusión

Este capítulo analizó la aplicación desigual de la legislación sobre desamortización de tierras colectivas adoptada durante la reforma liberal en México, a partir de la década de 1850. Por un momento breve, las leyes comenzaron a aplicarse de manera pareja tanto a corporaciones eclesiásticas como a corporaciones indígenas, pero rápidamente esto viró hacia una postura pasiva con relación a estas últimas. El Estado –principalmente bajo el gobierno de Benito Juárez– contaba con una capacidad limitada debido a la inestabilidad política y la debilidad financiera causada por invasiones externas y enfrentamientos internos. Sin embargo, esto no impidió aplicar la ley, sino que obligó a priorizar su alcance, que se decidió circunscribir al caso de la Iglesia. Esto cambió con el ascenso de Porfirio Díaz, que promovió vigorosamente el cumplimiento de la legislación en contra de los pueblos. Su gobierno hizo claros esfuerzos por reforzar la capacidad del Estado para proteger el derecho individual de propiedad, en alianza con las élites económicas y, en la agricultura, los hacendados. Estos codiciaban las tierras valiosas que los pueblos habían ocupado, además de los baldíos públicos, y las obtuvieron con la complicidad de las élites locales y, en general, la tolerancia del gobierno federal.

Este proceso tuvo un claro apoyo en la Suprema Corte y el Poder Judicial federal, el objeto central del capítulo. Desde antes de que Díaz llegara al poder, pero con un ímpetu muy renovado después, el Poder Judicial se mostró hostil a las defensas legales de la propiedad colectiva, hasta el punto de



anunciar la prohibición total de que las corporaciones indígenas comparecieran ante los tribunales. El bajo número de peticiones de pueblos es revelador de esa hostilidad. Por el contrario, el Poder Judicial federal se mostró más receptivo a las demandas que implicaban la defensa de la propiedad individual, lo que, por supuesto, beneficiaba a los hacendados, pero posiblemente también a propietarios o poseedores menos privilegiados como los rancheros y los miembros individuales de los pueblos.

Aunque es probable que la aplicación de los derechos individuales sobre la tierra se inclinara hacia los ricos o poderosos cuando los encargados de hacerlos cumplir eran las autoridades locales y estatales, los tribunales federales parecen haber refrenado el sesgo ampliando a otros individuos, muchos de ellos vecinos indígenas, las protecciones concedidas al resto. La motivación en juego a nivel federal fue probablemente la ideología liberal; las motivaciones estrictamente basadas en el interés habrían llevado a que decidieran en contra de los pobres.

En general, sin embargo, la protección de los derechos brindada por el Poder Judicial federal no parece haber sido lo suficientemente fuerte como para resguardar a los indígenas del despojo de sus tierras. Los jueces de amparo no tenían jurisdicción para verificar el cumplimiento de sus sentencias. Y estas no resolvían de manera definitiva los conflictos, ya que las sentencias solo podían determinar si los casos implicaban la violación de un derecho por parte de una autoridad estatal y ordenar su reparación. En muchos casos, las violaciones de los derechos podían ser avaladas por las autoridades judiciales locales, o incluso reiteradas por las autoridades contra las que se había dirigido el amparo, tal vez de formas más sutiles para evitar futuras intervenciones federales.

Además, el fin de la capacidad de las corporaciones indígenas para actuar colectivamente en defensa de sus tierras las hizo vulnerables a los despojos por parte de los poderosos. A medida que estos se hicieron más sistemáticos, su reparación se hizo menos probable. Esto, según muchos, fue una poderosa causa para que estallara la revolución mexicana.



## Referencias

- Amengual, M. y Dargent, E. (2020). The social determinants of enforcement. integrating politics with limited state capacity. En D. Brinks, V. Murillo y S. Levitsky (Eds.), *The Politics of Institutional Weakness in Latin America* (pp. 161-182). Cambridge University Press.
- Ávila Espinosa, F. A. (2010). El problema agrario a fines del Porfiriato y en los comienzos de la Revolución. En Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ed.), *La justicia durante el Porfiriato y la revolución 1898-1914*. SCJN.
- Bazant, J. (1971). *Los bienes de la Iglesia en México (1856-1875): aspectos económicos y sociales de la revolución liberal*. El Colegio de México.
- Bravo Rodríguez, A. (1990). Perfil biográfico de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando fue su presidente Ignacio L. Vallarta (1877-1882). En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia a principios del Porfirismo (1877-1882)*. SCJN.
- Brewer-Carías, A. (2009). *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*. Cambridge University Press.
- Cabrera Acevedo, L. (1985). La revolución de 1910 y el Poder Judicial federal. En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*. SCJN.
- Cabrera Acevedo, L. (1988). Apéndice documental. En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio*. SCJN.
- Cabrera Acevedo, L. (1990a). La Suprema Corte de Justicia en el Primer Periodo del Porfirismo (1877-1880). En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia a principios del Porfirismo (1877-1882)*. SCJN.
- Cabrera Acevedo, L. (1990b). Apéndice documental. En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia a principios del Porfirismo (1877-1882)*. SCJN.
- Centeno, M. A. (2002). *Blood and Debt. War and the Nation-State in Latin America*. The Pennsylvania State University Press.
- Coatsworth, J. (1981). *Growth against Development. The Economic Impact of Railroads in Porfirian Mexico*. Northern Illinois University Press.

Ducey, M. (1997). *Liberal Theory and Peasant Practice: Land and Power in Northern Veracruz, Mexico (1826-1900)*. En R. Jackson (Ed.), *Liberals, the Church, and Indian Peasants: Corporate Lands and the Challenge of Reform in Nineteenth-Century Spanish America*. University of New Mexico Press.

Escobar Ohmstede, A. (coord.). (1993). *Indio, nación y comunidad en el México del siglo XIX*. Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.

Falcón, R. (1978). El surgimiento del agrarismo cardenista. Una revisión de las tesis populistas. *Historia mexicana*, 27(3), 333-86.

Falcón, R. (2015). El jefe político. El Colegio de México/El Colegio de Michoacán/Ciesas.

Franco-Vivanco, E. (2021). Justice as checks and Balances: Indigenous Claims in the courts of colonial Mexico, *World Politics* 73(4), 712-773.

Fraser, D. J. (1972). La política de desamortización en las comunidades indígenas, 1856-1872. *Historia Mexicana* 21(4), 615-652.

González Navarro, M. (1985). *El maderismo y la revolución agraria. Coloquio internacional México al filo del siglo XXI. La Revolución hoy*, UNAM.

González Navarro, M. (1990). Vallarta, indios y extranjeros en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1877-1887). En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia a principios del Porfirismo (1877-1882)*. SCJN.

González Roa, F. (1919). *El aspecto agrario de la revolución mexicana*. Poder Ejecutivo-Dirección de Talleres Gráficos.

Guerra, F. X. (1985). *Le Mexique: de L'Ancien Régime a la Revolution*. L'Harmattan.

Guerrero Lara, E. y Santamaría González, L. F. (1990). La publicidad de la jurisprudencia en el periodo 1877-1882. En Suprema Corte de Justicia de México (Ed.), *La Suprema Corte de Justicia a principios del Porfirismo (1877-1882)*. SCJN.

Haber, S., Razo, A. y Maurer, N. (2003). *The Politics of Property Rights. Political Instability, Credible Commitments, and Economic Growth in Mexico, 1876-1929*. Cambridge University Press.

Hale, C. A. (1968). *Mexican Liberalism in the Age of Mora, 1821-1853*. Yale University Press.



- Hernández, A. (1993). *Anenecuilco. Memoria y vida de un pueblo*. Colegio de México, Fondo de Cultura Económica.
- Holden, R. (1994). *Mexico and the Survey of Public Lands*. Northern Illinois University Press.
- Katz, F. (1988). Rural uprisings in preconquest and colonial Mexico. En *Riot, Rebellion, and Revolution*. Princeton University Press.
- Knight, A. (1986). *The Mexican Revolution. Vol. I. Porfirians, Liberals and Peasants*. Cambridge University Press.
- Knowlton, R. (1976). *Church Property and the Mexican Reform. 1856-1910*. Northern Illinois University Press.
- Knowlton, R. (1996). Tribunales federales y terrenos federales en el México del siglo XIX: El Semanario Judicial de la Federación. *Historia mexicana*, 46(1).
- Knowlton, R. (1998). El ejido mexicano en el siglo XIX. *Historia Mexicana*, XLVIII(1), 71-96.
- Kourí, E. (s. f.). Manuscrito de libro.
- Kourí, E. (2002). Interpreting the expropriation of indian pueblo lands in porfirian Mexico: The unexamined legacies of Andrés Molina Enríquez. *Hispanic American Historical Review*, 82(1), 69-117.
- Kuntz, S. (2010a). Los ferrocarriles y tierras a través de los expedientes de la Suprema Corte de Justicia. En Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ed.), *La justicia durante el Porfiriato y la revolución 1898-1914*. SCJN.
- Kuntz, S. (2010b). *Las exportaciones mexicanas durante la primera globalización, 1870-1929*. El Colegio de México.
- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Clarendon, Oxford University Press.
- Marino, D. (2016). (2001). La desamortización de las tierras de los pueblos (centro de México, siglo XIX). Balance historiográfico y fuentes para su estudio. *América Latina en la historia económica. Boletín de fuentes*, 16.
- Marino, D. (2016). La medida de su existencia. La abolición de las comunidades indígenas y el juicio de amparo en el contexto desamortizador (centro de México, 1856-1910). *Revista de Indias*, LXXVI(266), 287-313.

Martínez Godínez, M. (2009). Orígenes y antecedentes legislativos de la jurisprudencia. *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* (3).

McBride, G. M. (1923). *The Land Systems of Mexico*. American Geographical Society.

Murillo, V. y Levitsky, S. (2009). Variation in Institutional Strength. *Annual Review of Political Science*, 12, 115-33.

Nino, C. S. (2023). *Un país al margen de la ley*. Siglo Veintiuno.

O'Donnell, G. (1993). Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales: una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas. *Desarrollo Económico*, 33(130), 163-184.

Orozco, W. L. (1898). *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*. Ediciones El Caballito.

Powell, T. G. (1972). Los liberales, el campesinado indígena y los problemas agrarios durante la Reforma. *Historia Mexicana* 21(4), 653-675.

Reina, L. (1980). *Las rebeliones campesinas en México (1819-1906)*. Siglo XXI.

Ruiz, E. (2010). *Mexico's Indigenous Communities: Their Lands and Histories, 1500-2010*. University Press of Colorado.

Saffon, M. P. (2015). *When theft becomes Grievance: Disposessions as a cause of redistributive land claims* (doctoral dissertation). Columbia University, Department of Political Science.

Saffon, M. P. (s. f.). *When theft becomes grievance: The violation of land rights as a cause of agrarian reform claims in Latin America*. Book Manuscript.

Silva-Herzog, J. (1959). *El agrarismo mexicano y la reforma agraria. Exposición y crítica*. Fondo de Cultura Económica.

Silva-Herzog, J. (1972). *Breve historia de la revolución mexicana. Los antecedentes y la etapa maderista*. Fondo de Cultura Económica.

Simpson, E. (1937). *The Ejido: Mexico's Way Out*. The University of North Carolina Press.

Tanck, D. (2005). *Atlas ilustrado de los pueblos de indios*. Colegio de México.



Tannenbaum, F. (1930). *The Mexican Agrarian Revolution*. The Brookings Institution.

Wilkie, J. (1998). Primera reforma agraria en México, 1853-1909, a través de la estadística nacional. *Mexico and the World* 3(3).

Womack, J. (1968). *Zapata and the Mexican Revolution*. Vintage.

**Segunda Parte:**  
**Activismo y decisión judicial**



# **El poder judicial como actor político central en América Latina**

*Ezequiel González-Ocantos<sup>1</sup>*

*Pablo Valdivieso-Kastner<sup>2</sup>*

---

1 Profesor de Política Comparada y Judicial, Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Professorial Fellow en Nuffield College, University of Oxford, Reino Unido.

2 Candidato a doctor en Ciencia Política, Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, University of Oxford, Reino Unido.



## Introducción

155

El poder judicial como actor político central en América Latina

Una de las principales novedades que trajo la tercera ola de democratización en América Latina es el rol central de las cortes, especialmente las constitucionales y supremas, en procesos institucionales de altísima relevancia. Como resultado de esta transformación estructural, los jueces ahora suelen desempeñar el rol de árbitro entre las distintas ramas de gobierno durante conflictos sobre el diseño e implementación de políticas públicas y sobre el alcance de las prerrogativas formales de los demás poderes del Estado. Por otra parte, el auge de la movilización legal acercó a distintos grupos sociales al mundo judicial. Estos actores definen sus demandas como cuestiones de derechos o déficits en la efectividad de los mismos. En muchísimas instancias, las cortes se han mostrado muy receptivas, expandiendo el contenido de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y creando nuevos (Helmke y Ríos-Figueroa, 2011).

A modo de ejemplo, los tribunales superiores de la región han dictado fallos cuestionando el recorte de beneficios sociales en la era neoliberal (Botero, 2017; Brinks y Forbath, 2014; Kapiszewski, 2012; Rodríguez-Garavito, 2011); removieron barreras para el juzgamiento de exmilitares responsables de violaciones de los derechos humanos durante dictaduras y conflictos armados (González-Ocantos, 2014); conminaron al ejecutivo a reformar sistemas de salud pública (Botero, 2015; Wilson y Rodríguez-Cordero, 2006), y comenzaron a reconocer los derechos sociales y civiles de minorías (Díez, 2015; Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, 2015). La visibilidad con la que las cortes latinoamericanas ejercen su influencia no tiene precedentes, y la frecuencia con la que lo hacen inevitablemente



lleva a los jueces a meterse en la jungla de la política. En efecto, algunos fallos defienden derechos altamente controvertidos y fuerzan importantes erogaciones presupuestarias, lo cual suele conmocionar el juego democrático.

¿Qué explica este cambio en el poder de los jueces? El poder de los jueces “resulta de la interacción entre tres componentes diferentes: el aporte *independiente* de la corte para producir resultados *políticamente significativos* que *son acatados* por otros actores” (Ginsburg, 2003, p. 252).<sup>3</sup> Esta definición sugiere que el poder aumenta cuando las cortes y sus jueces 1) gozan de altos niveles de autonomía durante el proceso de toma de decisiones y posterior seguridad institucional, 2) amplían el alcance de su participación en debates políticos importantes, y 3) toman decisiones que modifican el comportamiento de sus interlocutores.

Este capítulo recorre las innovaciones teóricas y metodológicas de un campo de investigación académica relativamente joven, pero vibrante, surgido en respuesta a estos cambios. Comenzamos analizando la literatura que intenta explicar por qué las cortes latinoamericanas adquirieron mayor poder y relevancia en las últimas décadas. En primer lugar, revisamos la contribución de autores que enfatizan los procesos de reforma judicial promovidos por la clase política. Estas reformas crean estructuras institucionales formales que protegen y empoderan a la rama judicial. Luego presentamos los principales hallazgos de colegas que teorizan sobre el poder de los jueces en función de las interacciones estratégicas entre las cortes, los ejecutivos y las legislaturas. Mientras que estos dos enfoques entienden la *capacidad* de los jueces para ejercer su poder como resultado del cambio institucional formal o de las preferencias y los recursos de los políticos con los que interactúan, un tercer grupo de investigadores se interesa por la *predisposición* de los jueces para ejercer su poder. El argumento principal en este sentido es que se ha producido un cambio fundamental en ideas sobre la permeabilidad hermenéutica de la ley escrita, así como también en los valores profesionales que habitan en los actores judiciales. Todo esto permite comprender por qué las cortes

---

3 A menos que se señale lo contrario, todas las traducciones son propias.

latinoamericanas se involucran más en cuestiones políticas que antes se pensaban vedadas para este tipo de actores.

Adicionalmente, el capítulo considera contribuciones académicas sobre dos aspectos relacionados con la tercera dimensión del poder de los jueces: las consecuencias de sus decisiones. Por un lado, abordamos el impacto judicial entendido como la valoración de si los poderes judiciales tienen o no un impacto tangible en las vidas de los ciudadanos, aumentando los niveles de efectividad de sus derechos. Por el otro, y desde una perspectiva más acotada, nos enfocamos en las estrategias usadas por las altas cortes de justicia para promover el cumplimiento de sus sentencias.

A modo de conclusión, el capítulo explora algunas áreas que han suscitado interés en los últimos tiempos, incluyendo las relaciones entre los jueces y la opinión pública, asuntos relacionados con cuestiones de género en el ámbito judicial, y el comportamiento de actores judiciales poco estudiados, incluyendo los fiscales y los jueces de instancias inferiores.

## Reformas judiciales en América Latina

Varios autores explican la expansión del poder de los jueces haciendo referencia a procesos de cambio institucional formal impulsados por los intereses (ya sea inmediatos o futuros) de la clase política.

A fines de los años ochenta, organizaciones financieras internacionales comenzaron a difundir propuestas de reforma judicial en Latinoamérica. Las mismas incluían, entre otros puntos, la constitucionalización del control de constitucionalidad, en algunos casos acompañada por la creación de cortes constitucionales inspiradas en el modelo europeo de protección de derechos fundamentales; cambios para garantizar la titularidad y estabilidad salarial de los actores judiciales; la implementación de procesos meritocráticos para nombrar, promover y remover jueces, usualmente centrados en consejos de la magistratura y academias judiciales; y cambios procesales, especialmente en el área de la justicia penal (Carothers, 1999; Finkel, 2008; Hammergren, 1998, 2007; Langer, 2004; González-Ocantos, *et al.*, 2023). Estas reformas tuvieron como objetivo proteger a

los actores judiciales de presiones políticas, profesionalizar el personal y mejorar su capacidad para controlar el ejercicio de la función pública, aumentar el respeto por el debido proceso y así reforzar la calidad de las nuevas democracias, y apuntalar el Estado de derecho y la seguridad jurídica, entre otras cosas, para asegurar contratos y así promover una exitosa transición a economías de mercado más abiertas (Carothers, 2001).

Como resultado de la difusión de estos formatos de reforma, Ríos-Figueroa (2011) sostiene que “los jueces latinoamericanos ahora gozan de una protección considerablemente mayor frente a la presión política que la que solían tener” (p. 29). El hecho de que los políticos acordaran fortalecer el poder judicial y, al hacerlo, limitar su propio poder político, es un fenómeno que atrajo muchísima atención por parte de los estudiosos del tema. El trabajo en esta área se concentra en los momentos fundacionales en los que las élites políticas promovieron un cambio institucional de alto alcance, por ejemplo, a través de reformas constitucionales.

Con el fin de explicar el accionar de los políticos, Finkel (2008) conceptualiza las reformas como procesos de dos etapas: una de iniciación y otra de implementación. Según la autora, “durante el período de iniciación, cuando se implementan por primera vez los cambios constitucionales, se minimizan los costos de la reforma, ya que [los cambios] no son ni inmediatos ni certeros” (p. 13). Siguiendo esta lógica, Finkel explica que a principios de los años noventa, presidentes de países como Perú y Argentina negociaron paquetes de reforma promovidos por instituciones financieras internacionales. Estas reformas permitieron mostrar hacia el exterior el *compromiso* con el Estado de derecho, creando así condiciones favorables para la inversión y asegurando el apoyo externo durante periodos de liberalización económica. Lo interesante, señala Finkel, es que estos presidentes lograron su objetivo sin realmente ceder poder real frente a las cortes. El verdadero empoderamiento judicial depende del resultado de la etapa de implementación, cuando el ejecutivo tiene más margen para proceder de manera unilateral, ya que solo necesita mayorías legislativas simples para aprobar marcos regulatorios. Basándose en el influyente modelo de reaseguro de Ginsburg (2003), autores como Finkel

(2008) y Barros (2002) argumentan que los presidentes solamente impulsaron legislación de implementación orientada a fortalecer el poder de los jueces de manera efectiva una vez que anticiparon que perderían elecciones en el corto o mediano plazo. Bajo esas condiciones, la creación de cortes más independientes y profesionales se convirtió en una herramienta para acotar el margen de acción de sus potenciales sucesores. Esto explica por qué, por ejemplo, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) empoderó a la Corte Suprema de México a mediados de los años noventa, cuando la posibilidad de perder la presidencia se convirtió en una alternativa real, y por qué, en cambio, los presidentes de Argentina o Perú no cumplieron en general con la promesa que hicieron durante la etapa de iniciación.

Otros académicos presentan una perspectiva alterna sobre las motivaciones de los políticos para promover el empoderamiento judicial. Por ejemplo, en un estudio sobre la formación de la Corte Constitucional colombiana en 1991, Nunes (2010) también destaca la conexión entre neoliberalismo, preocupación por la seguridad jurídica y reformas judiciales, pero pone más énfasis en las ideas y los principios de los políticos que en sus intereses electorales. El presidente Gaviria “creía firmemente que un sistema eficaz de protección de los derechos negativos era fundamental para el éxito del crecimiento económico impulsado por el mercado” (p. 68). El análisis de Magaloni (2003) sobre la decisión del PRI de fortalecer a la Corte Suprema mexicana contrasta de manera similar con el de Finkel. Magaloni no interpreta la reforma como una respuesta a las demandas de las instituciones de crédito internacionales, ni como una estrategia de reaseguro ante una derrota electoral inminente. Según Magaloni, el empoderamiento judicial es una medida innovadora para garantizar coordinación entre actores políticos en un contexto de mayor pluralismo. La fragmentación del poder que precedió a la transición democrática de 2000 llevó al PRI a aprobar una ambiciosa reforma constitucional en 1994, que otorgó a la Corte Suprema la autoridad para mediar en conflictos políticos. Siguiendo el modelo de arbitraje jurisdiccional adoptado en países federales europeos, se le concedió a la Corte competencia originaria para conocer asuntos planteados por legisladores federales, partidos políticos y gobernadores. Esta

ampliación de los poderes de revisión convirtió a los jueces supremos en árbitros en disputas entre las ramas del gobierno federal y los estados, esferas en las que la oposición estaba ganando espacio.

El esfuerzo más ambicioso para producir una teoría unificada sobre el empoderamiento judicial es quizás el trabajo de Brinks y Blass (2018). Estos autores explican la variación en sistemas de justicia constitucional en Latinoamérica producto de las reformas sancionadas desde los años setenta. Estas reformas prevén la necesidad de formar “coaliciones más o menos súper mayoritarias de gobernanza constitucional que contribuyen a la autonomía del sistema” (por ejemplo, el tipo de mayorías necesarias para designar a los jueces de la Corte Constitucional), y estipulan “esferas más o menos expansivas de justicia constitucional que contribuyen al alcance de su autoridad” (Brinks y Blass, 2018, p. 10). En este último sentido, “algunos [sistemas] son encomendados con total autoridad para decidir algunas de las cuestiones políticas más cruciales, en representación de cualquiera que pueda solicitarlo, mientras que otros tienen una agenda mucho más limitada” (p. 3). A pesar de que también enfatizan los orígenes políticos de las nuevas reformas constitucionales o reformas a las prerrogativas de tribunales superiores existentes, afirmando que quienes las promueven buscan sistemas de justicia constitucional fieles a sus intereses, Brinks y Blass resaltan los roles *conjuntos* de la ideología y la distribución del poder en las asambleas constituyentes como factores explicativos centrales de la variación antes descrita. Las constituciones son declaraciones de valores y reflejan las prioridades de aquellos que tienen el poder de redactarlas. Siguiendo esta lógica, los políticos latinoamericanos encargaron la protección de estos valores y prioridades a un sistema judicial robusto cuando se sintieron políticamente amenazados o requerían la ayuda de este sistema para avanzar con su agenda programática, limitando así lo que se podría lograr a través de la política tradicional.

Estas teorías de empoderamiento judicial formal se enfocan en momentos fundacionales y asumen que la coyuntura produce un efecto tipo *path dependence* en los niveles posteriores de autonomía del poder judicial y de la propensión de los jueces a involucrarse en cuestiones políticas. Sin embargo, la realidad

es que los alcances del cambio institucional no son estáticos. Por ejemplo, en un análisis de 11 países latinoamericanos entre 1904 y 2006, Pérez-Liñán y Castagnola (2009, 2016) documentan notables patrones de inestabilidad en la composición de los tribunales superiores de la región, lo cual claramente altera el sentido original y socava las aspiraciones de las reformas. En otro estudio sobre Argentina entre los años 1916 y 2010, Castagnola (2018) indaga sobre las motivaciones que llevan a los presidentes a inducir estos cambios de personal a nivel de la Corte Suprema. Los resultados muestran que el ejecutivo tiende a forzar la renuncia de jueces hacia el principio del mandato, con el objetivo de garantizarse un tribunal “amigo” durante la mayor parte de su gestión. Los jueces que corren mayor peligro no son necesariamente los que tienen un perfil más político que jurídico, o los que fueron nombrados por otros partidos, sino los que pertenecen a facciones rivales del partido presidencial.

La falta de estabilidad en el sistema judicial refleja, en parte, los cambios recurrentes de régimen político en la segunda mitad del siglo xx. También se debe al hecho de que, con la creciente importancia de las cortes durante la tercera ola, estas se convirtieron en un botín deseado por los políticos. Dado el alto impacto que tienen las decisiones judiciales, es natural que los presidentes busquen influir en la elección de jueces. Esta inestabilidad sugiere que los políticos impulsan cambios en el sistema judicial para ejercer su poder de manera inmediata y pragmática, en lugar de ser motivados por principios reformistas u objetivos programáticos de largo plazo, como indican algunos modelos de empoderamiento judicial. Además, la falta de estabilidad resalta la flexibilidad de las reformas judiciales y su limitada capacidad para producir efectos duraderos.

Argentina ofrece dos ejemplos de estas motivaciones de corto plazo, y sus efectos contrastantes sobre el poder judicial. A fines de los años ochenta, el presidente Menem amplió el tamaño de la Corte para llenarla de aliados que respondieran a las necesidades del gobierno en dos áreas clave: los juicios contra exmilitares, que el presidente quería cerrar, y las reformas de mercado, que el presidente deseaba impulsar sin objeciones de los tribunales (Verbitsky, 1993). A principios de la década de los 2000, el presidente Kirchner también forzó renuncias y



promovió *impeachments* con el fin de dismantelar la corte de Menem, pero también decretó nuevos controles a las prerrogativas de nominación del presidente, que finalmente condujeron al nombramiento de jueces más autónomos. Según Ruibal (2009), Kirchner utilizó su lucha contra la corte menemista, que se había convertido en símbolo de corrupción y atrofia institucional, como una herramienta para mejorar su legitimidad ante una sociedad hastiada.

### El modelo estratégico de decisión judicial

Los trabajos sobre empoderamiento judicial que destacan el rol de las reformas judiciales se concentran en las preferencias y los incentivos de las élites políticas. Asumen que las elecciones institucionales de los presidentes, las legislaturas y asambleas constituyentes limitan o expanden la capacidad de las cortes para ejercer poder, y que dichas reformas reflejan sus preferencias reales. Además, como se mencionó, los modelos de reforma judicial observan casi exclusivamente los momentos fundacionales asumiendo que estos actores pueden predecir los efectos de tal reforma ignorando así las dinámicas institucionales subsiguientes y el impacto que estas tienen sobre el poder judicial.

Un segundo cuerpo de literatura ofrece una perspectiva distinta, prestando especial atención a cómo el entorno político y las interacciones entre las diferentes ramas de gobierno afectan la seguridad institucional de los jueces y la capacidad de hacer intervenciones influyentes en debates políticos sensibles (Epstein y Knight, 1998). El denominado *modelo estratégico* de decisión judicial teoriza el empoderamiento desde la perspectiva de los jueces, y se concentra en la dinámica del proceso de toma de decisiones, no en la reforma a las instituciones formales. Cabe decir que, si bien estos autores prestan atención a las preferencias de los políticos y al impacto de la competencia interpartidaria, ponen mayor énfasis en cómo los jueces procesan las señales generadas por el entorno político. Esto los lleva a conceptualizar a los jueces como actores estratégicos que buscan promover sus objetivos personales y profesionales, siempre con un ojo en las limitaciones y oportunidades planteadas por



el entorno. El supuesto que subyace a esta intuición teórica es que, al ser la rama menos peligrosa, con ninguna influencia sobre el aparato represivo o el erario, los jueces deben evaluar muy cuidadosamente cuándo resulta conveniente comportarse de manera asertiva.

Aunque el modelo no niega que las barreras formales a la injerencia de los políticos en el trabajo de los jueces (p. ej. titularidad, estabilidad salarial, mecanismos meritocráticos de selección) hacen que un comportamiento audaz y sincero resulte más probable (Ríos-Figueroa, 2016), estos autores identifican mecanismos informales que a menudo ponen en peligro la efectividad de las prerrogativas formales de la rama judicial.

Con el fin de caracterizar el proceso a través del cual las cortes se convierten en actores políticos influyentes, el modelo estratégico considera los recursos políticos disponibles para que los funcionarios electos puedan cuestionar las decisiones de las cortes, amenazar a los jueces o desactivar sectores independientes dentro de la rama judicial (Ferejohn, 1998; Ferejohn y Weingast, 1992). Los jueces prestan atención al poder sancionatorio de sus interlocutores porque comprenden que cualquier falla en ajustar sus decisiones a las preferencias de actores poderosos puede traer consecuencias negativas. La presunción central del modelo estratégico es, por lo tanto, que los jueces responderán a la presencia de limitaciones políticas moderando su propensión a tomar riesgos. En contraste, cuando el poder de sus interlocutores en el juego de separación de poderes es efectivamente controlado por reglas formales, y su capacidad de retaliación contra las cortes se ve debilitada por la fragmentación política, la expectativa es que los jueces serán más libres. Siguiendo este razonamiento, una predicción central del modelo estratégico es que los jueces tienen mayores grados de libertad en contextos de gobierno dividido o cuando los presidentes no cuentan con una super mayoría legislativa para modificar la composición de las cortes.

La historia de inestabilidad documentada por Pérez-Liñán y Castagnola (2009, 2016) muestra que los jueces deben ser cuidadosos a la hora de decidir si poner o no límites a los políticos. Por esta razón histórica, el modelo estratégico ha resultado extremadamente atractivo para los estudiosos de la política

judicial latinoamericana. A nivel estructural, el hecho de que el empoderamiento judicial se convirtió en un fenómeno regional tras la tercera ola de democratización, cuando el pluralismo y la estabilidad del régimen democrático aumentaron drásticamente, también provee sustento al supuesto de que la fragmentación del poder es una precondition para la asertividad judicial.

Algunos colegas han rastreado cómo los cambios en el poder judicial reflejan alteraciones en el nivel de fragmentación política. Por ejemplo, el estudio pionero de Chávez (2004) sobre el poder judicial argentino durante la segunda mitad del siglo xx revela que “el control partidario monolítico permitió que ciertos presidentes, especialmente Juan Domingo Perón y Carlos Menem, acumularan el poder necesario como para subordinar las cortes” (p. 452). La comparación subnacional entre los casos de las provincias cuyanas de San Luis y Mendoza muestra, además, que luego de la democratización a principios de los años ochenta, las diferencias en los niveles de competencia partidaria explican las trayectorias divergentes del poder judicial (Chávez, 2003). Por último, observando el caso mexicano, Domingo (2000) muestra cómo la liberalización política de los años noventa forjó un espacio propicio para la autonomía de los jueces.

Otros autores han utilizado métodos econométricos para contrastar de manera directa las implicancias observables específicas del modelo estratégico. Muchos de ellos estiman la probabilidad de que los jueces desafíen al gobierno como una función del grado de fragmentación política. Utilizando una amplia base de datos de los fallos de la Corte Suprema argentina entre 1935 y 1998, Iaryczower *et al.* (2002) demuestran que los jueces son más propensos a desafiar a la rama ejecutiva en contextos donde el control presidencial sobre la legislatura es más difuso. Esto se debe a que tales circunstancias disminuyen la credibilidad de amenazas de *impeachment*. Tal como concluyen Chávez *et al.* (2011) en su comparación del poder judicial en los Estados Unidos con el de Argentina, “cuando las ramas ejecutiva y legislativa se unen contra las cortes, estas tienen pocos recursos para defender un rumbo independiente” (p. 219). Ríos-Figueroa (2007) también analiza todas las decisiones de la Suprema Corte de México en cuestiones constitucionales entre 1994 y 2002, y descubre que las dificultades de coordinación

entre el ejecutivo y el legislativo favorecen la asertividad. De hecho, la probabilidad de que la Suprema Corte fallara contra el PRI aumentó significativamente luego de que el partido perdiera su mayoría en la Cámara de Diputados en 1997.

Otros trabajos plantean un panorama de mayor complejidad. Por ejemplo, en una comparación (1940-2000) entre las cortes supremas de Argentina y Chile, Scribner (2011) analiza casos en los que están en juego los poderes excepcionales del ejecutivo y la libertad de expresión. La autora encuentra que los factores derivados del entorno político afectan las decisiones judiciales que tienen que ver con los intereses del poder político, mas no aquellas en las que se discuten derechos fundamentales. Otro estudio, esta vez sobre el Tribunal Constitucional peruano (Tiede y Ponce, 2014), muestra que dicha corte tiende a ser deferente con el Congreso, más que con el Ejecutivo, dado que esta institución maneja el proceso de nombramiento y remoción de los jueces. Finalmente, Rodríguez-Raga (2011) sostiene que los cálculos estratégicos también afectan las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, que es reconocida por su comportamiento audaz. Si bien la fortaleza política del presidente no afecta los niveles de asertividad de la Corte, cuando el gobierno señala que un caso particular tiene alta prioridad, es más probable que los jueces actúen de manera deferente.

Los altos niveles de inestabilidad judicial observados en Latinoamérica han llevado a los estudiosos del tema a proponer importantes cambios al modelo estratégico que, en primera instancia, se desarrolló para explicar el comportamiento de la Corte Suprema estadounidense. En una contribución pionera, Helmke (2005) observó que casi todos los presidentes argentinos desde la década de los cuarenta modificaron la composición de la Corte Suprema. En este contexto, el comportamiento deferente se convirtió en regla, dado que los jueces no podían dar por sentado el respeto hacia su investidura. No obstante, la inestabilidad extrema también produce incentivos para lo que ella denomina *defección estratégica*. De hecho, la Corte Suprema sistemáticamente aumenta la tasa de desafío a las políticas del gobierno hacia el final de los mandatos presidenciales, no solo porque la capacidad de contragolpe disminuye cuando el presidente está por abandonar el cargo; la defección es estratégica

porque también tiene como fin convencer a quien resulte electo como sucesor de que puede confiar en que la corte no será un obstáculo para sus planes de gobierno. En otro estudio, Basabe (2011) resalta la extrema inestabilidad judicial en la Corte Constitucional de Ecuador entre 1999 y 2007, y demuestra que, en lugar de propiciar comportamiento estratégico para evitar represalias, dicha inestabilidad extrema alienta a los jueces a fallar sinceramente en contra del ejecutivo, incluso si esto conduce a choques frontales. Esto sucede porque los jueces tienen la certeza de que serán removidos sin importar cómo voten, entonces prefieren fallar a conciencia con el fin de consolidar su reputación y así garantizarse carreras posteriores en la academia o en el sector privado.

Finalmente, Ansolabehere (2007) y Kapiszewski (2012) utilizan herramientas del institucionalismo histórico para mostrar que los patrones de largo plazo en las relaciones entre el ejecutivo y el judicial (por ejemplo, si la norma para los políticos es promover la politización o la estabilidad judicial), forjan el “carácter” de los tribunales superiores. Estos patrones históricos, a su vez, impactan sobre los incentivos y las estrategias que caracterizan las relaciones entre las ramas de gobierno. Para Ansolabehere (2007, p. 89), la subordinación histórica del poder judicial a la rama ejecutiva en México y Argentina hace que los tribunales superiores se comporten siguiendo una racionalidad “conservadora”. De manera similar, Kapiszewski (2012) muestra que mientras que en Argentina “la politización histórica de los tribunales superiores produjo una Corte frecuentemente dócil y sumisa”, los políticos brasileños “fueron incentivados a profesionalizar el Supremo Tribunal Federal (STF) ya que, al hacer eso, históricamente generaron una corte predecible, más propensa a adoptar posiciones jurídicas convencionales y otorgar legitimidad a las leyes” (pp. 26-27).

La escuela estratégica revolucionó el estudio de la rama judicial porque concientizó a los académicos de la importancia del juego institucional en el proceso de toma de decisiones en el poder judicial. De todas formas, el modelo estratégico tiene una serie de limitaciones teóricas y metodológicas.

En primer lugar, el énfasis en el juego de separación de poderes lleva a adscribir a una visión “externa” del poder que

ostentan los jueces. En otras palabras, el poder de las cortes es principalmente una función de las preferencias, los recursos y las elecciones de actores no judiciales (González-Ocantos, 2016). Sin embargo, la realidad es que los jueces cuentan con un grupo de herramientas que, a menudo, los ayudan a desarrollar mayor legitimidad, consolidar sus propias bases de poder y navegar exitosamente las limitaciones que impone el entorno político. Se requieren mayores esfuerzos de investigación para identificar cuáles son estas herramientas, cómo se utilizan y sus consecuencias.

En segundo lugar, el modelo estratégico subestima el conflicto entre los poderes del Estado, ya que espera que los jueces eviten represalias moderando o ignorando sus propias ideas o preferencias. Esto obviamente no puede explicar la recurrencia de los choques institucionales entre el ejecutivo y el poder judicial en la historia reciente de la región (Helmke y Staton, 2011). Una razón para esta falla predictiva es que quienes adscriben al modelo estratégico tienden a enfocarse en cómo los recursos, especialmente aquellos de los actores no judiciales, afectan la *capacidad* de las cortes de actuar en forma independiente. Al hacerlo prestan menos atención a qué determina la *predisposición* de los jueces a actuar con firmeza, desafiando los límites que plantea el entorno, fortaleciendo de esa manera su propia autoridad e influencia, pero también asumiendo posibles costos. Es decir, los jueces no siempre son aversos al riesgo. Este es un tema al que volveremos en la siguiente sección del capítulo.

En tercer lugar, desde una perspectiva metodológica, evaluar el grado de fragmentación política en el contexto latinoamericano representa un desafío considerable debido a las características propias de la región. Este contexto se caracteriza por una baja institucionalización de los sistemas de partidos, una multiplicidad de partidos representados en las legislaturas, niveles reducidos de disciplina partidaria y una frecuente migración de legisladores entre partidos. En este escenario, la credibilidad de los modelos de interacción estratégica depende en gran medida de la medición de variables influenciadas por un entorno dinámico y sujeto a transformaciones a lo largo del tiempo.

## La importancia de las ideas sobre el derecho y el rol institucional de los jueces en democracia

La noción de “poder” usualmente se refiere a la capacidad de defender o desafiar el *statu quo*. En política, el poder adopta distintas formas, por ejemplo, el uso de la violencia por parte del Estado, la capacidad de las coaliciones legislativas de aprobar leyes o el efecto disuasivo de los fondos de campaña de un candidato sobre potenciales rivales internos. Pero el poder no se sustenta solamente en tipos de “capital” que fácilmente podemos ver o medir, como las armas, los votos o el dinero. Los esquemas cognitivos con los que los actores interpretan la realidad también pueden condicionar su poder de manera significativa. Desde esta perspectiva, el poder está determinado por la capacidad de los actores políticos de imaginar formas de mantener o adquirir nuevas prerrogativas o recursos, y por creencias que afectan su predisposición a hacerlo. Por ejemplo, los burócratas a menudo internalizan rutinas de comportamiento que hacen que ignoren cursos alternativos de acción que podrían empoderarlos o facilitar la concreción de objetivos. El líder de un grupo religioso puede, en principio, tener la habilidad de direccionar los votos de sus fieles y, por ende, determinar el resultado de una elección, pero una visión del mundo que rechaza la participación religiosa en la política puede hacer que el líder carezca de poder en el campo electoral.

Muchos estudiosos de la política judicial latinoamericana toman herramientas del institucionalismo sociológico para explorar esta dimensión alternativa del poder, que resulta muy difícil de capturar empíricamente. En particular, enfatizan el rol de las ideas jurídicas, las normas profesionales y las concepciones sobre el rol judicial a la hora de determinar la predisposición de los jueces a ejercer poder e intervenir en política. Ansolabehere *et al.* (2022) engloban dichos parámetros dentro del concepto de “cultura legal”, que definen “como el conjunto de sentidos (actitudes y prácticas) acerca de cómo el marco jurídico debería ser interpretado” (p. 1). Según estos autores, los jueces no son simplemente políticos con toga que despliegan racionalidad instrumental en juegos de separación de poderes; por el contrario, ven a los jueces como burócratas sujetos

a procesos de socialización muy intensos, los cuales generan formas específicas de pensar el derecho, determinan culturas institucionales e inculcan un sentido de misión profesional. Todo esto tiene un impacto decisivo en el comportamiento, ya que las ideas o los valores profesionales pueden promover la pasividad judicial incluso cuando el entorno político ofrece altos grados de libertad, o la asertividad incluso cuando a todas luces resulta claro que es peligroso desafiar a los políticos.

Según Couso (2010), “cualquier apelación a la cultura implica que los sentidos y entendimientos compartidos pueden impulsar a la gente a actuar en formas no determinadas ya sea por su propio interés o cuestiones estructurales” (p. 143). Siguiendo esta lógica, Hilbink (2012) cuestiona los estudios sobre el poder de los jueces que miran exclusivamente el rol de las instituciones formales o los niveles de fragmentación política sugiriendo que, para comprender la asertividad, o lo que ella denomina “independencia judicial positiva”, necesitamos contemplar factores ideacionales o culturales. Hilbink argumenta que es crucial estudiar cómo los jueces perciben “su función en un sistema democrático, es decir, si creen que su enfoque debería ser deferente o cuestionar las decisiones del Estado” (p. 589). Partiendo de esta base, González-Ocantos desarrolla el concepto de “preferencias legales” para referirse a los fundamentos ideacionales del poder de los jueces. Las preferencias legales son disposiciones para la acción profundamente internalizadas, que crean una perspectiva cognitiva a través de la cual los jueces procesan las disputas en las que deben intervenir (González-Ocantos, 2016, p. 33). Las preferencias legales incluyen visiones muy específicas sobre el alcance y la maleabilidad de las prerrogativas judiciales formales, cuáles fuentes de derecho resultan legítimas y cuáles no, formas correctas de argumentación jurídica, estándares probatorios, etc. Las preferencias legales, por ende, engendran una lógica de comportamiento en la que priman consideraciones sobre qué se considera apropiado, por sobre consideraciones puramente instrumentales. Este proceder conduce a los jueces a creer que deben favorecer o defender ciertas soluciones jurídicas, más allá de la permisividad del entorno político. Además, debido a que promueven el apego casi inconsciente a rutinas de decisión,



las preferencias legales estructuran la imaginación judicial y limitan los tipos de soluciones que los jueces pueden concebir para casos específicos.

El enfoque ideacional destaca la prevalencia de las preferencias legales formalistas como explicación de la pasividad y sumisión históricas de los poderes judiciales latinoamericanos durante gran parte del periodo posterior a la Independencia. Durante mucho tiempo, los poderes judiciales de la región adoptaron una versión muy formalista del positivismo jurídico, defendiendo la supremacía de la ley escrita y mostrando cierta resistencia hacia enfoques interpretativos activistas o no textualistas (Couso, 2010; González-Ocantos, 2016; Hilbink, 2007). Según la revisión de la investigación legal del siglo xx en la región realizada por Couso (2010), “la hegemonía del positivismo jurídico y una comprensión deferente del papel de los tribunales en relación con el sistema político eran absolutos” (p. 152). En este contexto, la idea de que la ley era clara y no necesitaba interpretación era ampliamente aceptada (Cúneo, 1980; Pérez-Perdomo, 2006). Adicionalmente, los jueces creían firmemente en la supremacía legislativa; por lo tanto, al ejercer el control constitucional, se centraban en la dimensión procedimental de las constituciones, simplemente verificando si las leyes o los decretos se habían promulgado según los procedimientos establecidos. De esta manera, la predisposición para analizar el impacto de la legislación en los derechos fundamentales de los ciudadanos o su compatibilidad con estos derechos era más bien baja.

Este *habitus* formalista suprimió la asertividad judicial. Un juez de un tribunal superior peruano, citado en Pásara (2010), ilustra con su testimonio esta visión del rol judicial: “Un juez no puede convertirse en legislador al interpretar la ley debido a la obsolescencia de los instrumentos jurídicos [...] porque hacer eso significaría erigir la voluntad del juez en una suerte de ley, algo que es doctrinalmente inadmisibles y muy peligroso” (p. 37). Un académico colombiano se hace eco de este sentir, recordando el impacto de la cultura jurídica positivista en su socialización como abogado: “La forma dominante de enseñar el derecho [...] promovía en un nivel básico aprender las reglas contenidas en las leyes y los códigos de memoria como un paso



necesario para recordarlas y mantenerse fieles a ellas [...] La 'legalidad' como herramienta de control social comenzó allá [...] en nuestra memoria" (López-Medina, 2004, p. 2).

Estas preferencias legales tuvieron importantes efectos distributivos, principalmente porque no permitieron el desarrollo de una jurisprudencia orientada a los derechos, induciendo a los jueces a pronunciarse sistemáticamente en favor de intereses conservadores (Hilbink, 2007, 2012). Con referencia al caso brasileño, Taylor (2008) señala que los jueces se concentraban en "la ley tal como estaba escrita [...] A pesar de un extenso capítulo de derechos individuales en la Constitución de 1988, la protección de los derechos individuales es casi siempre la excepción" (pp. 35-36). En México, rutinas formalistas implicaron durante mucho tiempo que, a pesar de las reformas empoderadoras de los años noventa, la Corte Suprema escapara a la posibilidad de convertirse en garante de derechos fundamentales (Ansolabehere, 2010; Sánchez *et al.*, 2011). En algunos contextos esto tuvo consecuencias trágicas ya que condujo a la pasividad judicial frente a violaciones sistemáticas de derechos humanos. Por ejemplo, en un estudio sobre el poder judicial chileno, Hilbink (2007) se pregunta por qué jueces formados y nombrados en democracia no se animaron a desafiar a Pinochet. La autora descubre que una ideología jurídica caracterizada por el "apoliticismo", reproducida por una burocracia judicial altamente endogámica y jerárquica, dejó a los jueces "sin herramientas y sin ganas de adoptar una posición en defensa de principios democráticos liberales, antes, durante y después del interludio autoritario" (p. 5). En esta misma línea, el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú argumenta que, durante el conflicto armado interno (1980-2000), el formalismo llevó a los actores judiciales a abdicar su rol como protectores de derechos fundamentales, convirtiéndose indirectamente en "agentes de violencia": "El poder judicial careció de una capacidad real para actuar, o lo que es aún peor, no tenía la voluntad de actuar en defensa del orden constitucional" (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003, pp. 249-250).

La hegemonía del formalismo comenzó a resquebrajarse con la llegada de una visión alternativa del derecho y el rol de los jueces. Este nuevo paquete de preferencias legales se conoce a

menudo como “neoconstitucionalismo”. Según Huneeus (2016), el neoconstitucionalismo promueve “una visión liberal del derecho constitucional que enfatiza el poder de los jueces, la revisión judicial basada en derechos fundamentales y las prácticas interpretativas de estilo dworkiniano”, lo que conduce a los jueces a “adoptar la visión de que los derechos constitucionales están basados no solo en la ley positiva, sino en instrumentos de derechos humanos internacionales” (p. 180). Como resultado, los jueces neoconstitucionalistas descartan interpretaciones textualistas y adoptan técnicas hermenéuticas de alta complejidad, las cuales favorecen la construcción activa del contenido de los derechos fundamentales a la luz de una variedad de fuentes jurídicas internacionales, escritas, consuetudinarias y doctrinales (Cepeda, 2006).

Esta transformación ideacional condujo a una mayor asertividad judicial, generalmente con tintes progresistas. Pero ¿de dónde provienen las ideas neoconstitucionalistas y cómo lograron llegar hasta las ramas judiciales latinoamericanas?

Couso (2010) se enfoca en la importancia de los cambios que sufrió la academia jurídica en Latinoamérica, ya que las universidades representan “uno de los sitios más importantes para la configuración de una comprensión de la naturaleza, las fuentes y el rol del derecho, como así también concepciones sobre el poder judicial y la interpretación jurídica” (p. 141). Otros autores muestran cómo este nuevo discurso jurídico centrado en los derechos logró penetrar los poderes judiciales tras importantes cambios organizacionales que abrieron la puerta a nuevas voces. La creación de la Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, derivó en el nombramiento de académicos altamente reconocidos que no estaban contaminados por los vicios del formalismo (Nunes, 2010). Estos jueces alejaron la agenda de la Corte de los ideales neoliberales que inspiraron su creación, especialmente al reconocer una serie de derechos socioeconómicos (Botero, 2017). En países como Chile, las reformas institucionales produjeron una mayor profesionalización de la rama judicial a través de la creación de academias judiciales con exámenes de ingreso competitivos y la apertura de muchas vacantes. Como resultado de la creciente presencia del neoconstitucionalismo en la academia jurídica chilena, los

jueces designados para cubrir estas vacantes se rigen por ideas alejadas del formalismo (Couso y Hilbink, 2011).

Mientras que estos autores señalan las sinergias entre el desarrollo de focos de neoconstitucionalismo en la académica y procesos de reforma judicial promovidos por las élites políticas, otros enfatizan la agencia de los propios jueces para promover el cambio ideacional. En una comparación subnacional entre Brasil y México, Ingram (2015, p. 4) sugiere que los “compromisos programáticos” inherentes a los nuevos “perfiles jurídicos y culturales” llevaron a algunos jueces estatales a promover reformas judiciales que permitieron mayor asertividad. Por otro lado, Hilbink (2012) demuestra que el surgimiento de redes y asociaciones profesionales de jueces con perspectivas neoconstitucionalistas fue clave a la hora de legitimar y difundir nuevas prácticas jurídicas y misiones institucionales en Chile y en España. De manera similar, Cortez (2020) argumenta que los jueces neoconstitucionalistas que llegan a cortes dominadas por el formalismo pueden cambiar el perfil de sus colegas al adoptar nuevas prácticas organizacionales. El trabajo rastrea cómo un juez de la Corte Suprema mexicana reestructuró su cuerpo de secretarios letrados y los procedimientos de escritura de sentencias para facilitar la producción de jurisprudencia disruptiva. Finalmente, Quesada-Alpízar (2017) retrata cómo los jueces neoconstitucionalistas de Costa Rica y Chile eligieron un enfoque gradual para desarrollar nuevos estándares de protección de derechos. Esta estrategia les permitió asegurar el apoyo de colegas más tradicionalistas.

Los litigantes son otra fuente fundamental de cambio ideacional. En palabras de un exjuez de la Corte Suprema mexicana, “son los soldados desconocidos de la jurisprudencia” (entrevista con uno de los autores, Ciudad de México, 27 de julio de 2010). Luego de la tercera ola de democratización, muchos ciudadanos latinoamericanos descubrieron “el carácter potencialmente subversivo y movilizador de la retórica jurídica” (Smulovitz, 1995, p. 88). A menudo asistidos por reformas que facilitaron el acceso al poder judicial (Rodríguez-Garavito, 2009; Wilson y Rodríguez-Cordero, 2006), ciudadanos de a pie y organizaciones no gubernamentales (ONG) inundaron los despachos judiciales con demandas que transformaron las agendas de los jueces,



problematizando nuevas cuestiones y exigiendo soluciones constitucionales. La exposición a la presión sostenida por parte de la sociedad civil puede moldear radicalmente la forma en la que los jueces perciben su rol, llevándolos a adoptar enfoques novedosos. Por ejemplo, tras la crisis económica de 2001, los argentinos drásticamente escalaron el uso del amparo para obtener compensaciones económicas y esto afectó profundamente a los jueces (Smulovitz, 2010). Un juez lo explica de la siguiente manera:

Si un tipo se roba un sándwich en el contexto de exclusión post '90s, no puedo ciegamente aplicar el código penal [...] Estoy obviamente al tanto de los cambios que la sociedad atravesó durante estos años. Esto claramente nos abre los ojos a discursos jurídicos alternativos [...] El nuevo constitucionalismo se desarrolló fuertemente durante la crisis de 2001. Hubo muchos abogados jóvenes que comenzaron a invocar la Constitución para establecer excepciones al corralito, pedir medicamentos para pacientes en estado crítico, etc. Comenzaron a ver derechos en la Constitución. (Entrevista con uno de los autores, Buenos Aires, 7 de febrero de 2011)

Pero los litigantes hacen mucho más que simplemente ejercer presión y concientizar a los jueces. Por ejemplo, González-Ocantos (2016) demuestra que el éxito de la justicia transicional en países como Argentina o Perú en parte se explica por la presencia de equipos de litigantes que desplegaron intervenciones pedagógicas sumamente ambiciosas, difundiendo prácticas e ideas jurídicas alternativas basadas en el derecho internacional de los derechos humanos. Así se aseguraron de que los jueces tuvieran el conocimiento y la voluntad de brindar justicia y verdad a las víctimas del terrorismo de Estado.

Tal como señala Huneeus (2016), el neoconstitucionalismo en América Latina basa la revisión judicial en valores que emanan del derecho internacional de los derechos humanos. Los jueces neoconstitucionalistas tienden a verse a sí mismos como parte de una comunidad jurídica global que aborda cuestiones similares referidas al alcance y contenido de los derechos fundamentales. Esto implica una evolución que se

aleja del particularismo jurídico y conduce a un mayor compromiso con nociones universalistas (Slaughter, 2000). No es sorprendente entonces, que procesos y actores transnacionales también hayan desempeñado un rol central en la difusión de preferencias y prácticas neoconstitucionalistas. Desde fines de los años noventa, los jueces de los tribunales superiores latinoamericanos han participado de un productivo diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Engstrom, 2018; Huneeus, 2011). Diversos trabajos muestran que “la doctrina del control de convencionalidad” de la Corte IDH, la cual alienta a los jueces a revisar la legislación no solo a la luz de las constituciones, sino también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha suscitado interesantes debates sobre cómo deberían fallar los jueces nacionales y, en algunos casos, logró homogeneizar estándares de protección de derechos (Dulitzky, 2015; González-Ocantos y Sandholtz, 2021). Por ejemplo, González-Ocantos (2018) rastrea cómo la Corte IDH creó espacios para debatir las obligaciones jurídicas internacionales de los jueces con sus contrapartes locales. Esto tuvo como corolario un aumento significativo en el uso de jurisprudencia internacional como fuente de derecho.

El modelo ideacional ha hecho una contribución importante a la literatura sobre la rama judicial latinoamericana, principalmente al poner sobre la mesa los factores jurídico-culturales que explican la creciente predisposición de los jueces a ejercer poder, incluso desafiando los límites de posibilidad política. Por otro lado, esta perspectiva teórica amplió el conjunto de actores considerados relevantes en los modelos de cambio judicial, poniendo énfasis en el rol de los jueces, los litigantes y las cortes internacionales. Al hacerlo, el modelo resalta las especificidades del campo jurídico, sus rituales, su lenguaje y sus formas de razonamiento, sin perder de vista la naturaleza política de la ley y el comportamiento judicial.

Como los otros modelos, no obstante, también sufre de algunas fallas. En primer lugar, es notoriamente difícil establecer empíricamente el efecto independiente de las ideas jurídicas sobre la toma de decisión judicial. A menudo no está claro si las ideas neoconstitucionalistas alteran la preferencia por ciertos resultados jurídicos o simplemente fomentan la

asertividad, permitiendo a los jueces responder a compromisos ideológicos previos.

En segundo lugar, las preferencias legales tienden a ser retratadas como un esquema cognitivo que está profundamente arraigado en los jueces. Sin embargo, distintos trabajos empíricos muestran que estas preferencias suelen cambiar, muchas veces muy rápidamente. ¿Cómo podemos resolver esta contradicción? La literatura tiende a buscar respuestas en *shocks* exógenos como, por ejemplo, campañas de litigio estratégico no convencionales (González-Ocantos, 2016), pero necesitamos ser mucho más cuidadosos a la hora de teorizar las condiciones bajo las cuales rutinas y esquemas de toma de decisión aparentemente resilientes pueden ser reemplazados por otros.

En tercer lugar, el modelo ideacional se beneficiaría de la integración de algunos de los supuestos teóricos que subyacen a los demás enfoques. Mientras que las ideas ayudan a explicar despliegues de poder por parte de los jueces que resultan desconcertantes desde la perspectiva del modelo estratégico, sigue siendo cierto que el entorno político a menudo limita la acción judicial, restringiendo la capacidad de los jueces para expresar sus puntos de vista. Por otra parte, las preferencias legales dominantes o hegemónicas son en sí mismas construcciones políticas que resultan de batallas entre una infinidad de fuerzas partidarias y sociales. En este sentido, es útil percibir las preferencias legales como un reflejo de los intereses de coaliciones sociopolíticas victoriosas formadas para promover nuevos valores o políticas a través de las cortes. Por ello, la continuidad o el cambio ideacional suele responder a cambios en el balance del poder entre actores no judiciales. El enfoque del modelo estratégico sobre el rol limitante del entorno político externo debería, por ende, introducirse para comprender mejor el ritmo, el alcance y la dirección del cambio ideacional.

### El impacto de decisiones judiciales asertivas

¿Hasta qué punto la asertividad se traduce en impacto real? ¿Representan los jueces “esperanzas vacías”, como sostiene un famoso estudio sobre los Estados Unidos? (Rosenberg, 2008). En este sentido, algunos autores creen que el verdadero progreso

en la efectividad de los derechos se logra a través de la acción legislativa o ejecutiva (Hirschl y Rosevear, 2011), ya que, a la hora de diseñar políticas, las cortes tienden a ser erráticas, adoptan enfoques poco integradores, o son simplemente ineficientes.

Esta visión pesimista es compartida por algunos académicos que estudian el impacto judicial en América Latina. En su investigación sobre el derecho a la salud en Brasil, Ferraz (2009, 2020) critica fuertemente la judicialización argumentando que, en lugar de reducir la desigualdad, las cortes la profundizan. La alta tasa de éxito de reclamos individuales para acceder a medicamentos impacta negativamente en la capacidad estatal para la provisión universal en un contexto de restricciones presupuestarias. En un análisis de tres decisiones históricas sobre derechos socioeconómicos, dos de la Corte Suprema argentina y una de la Corte Constitucional de Colombia, Puga (2012) expresa su escepticismo sobre el potencial transformador del litigio. Argumenta que los expertos legales dominan los procesos de judicialización, lo que resulta en la exclusión de los grupos que realmente se ven afectados por las políticas en cuestión. Gargarella (2015), por otro lado, examina un caso famoso de la Corte Suprema argentina que ordenó el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, concluyendo que los cambios en respuesta al fallo no mejoraron las vidas de aquellos afectados por la contaminación. Finalmente, Gianella-Malca *et al.* (2013) describen las consecuencias de una decisión de la Corte Constitucional de Colombia que ordenó una reforma integral del sistema de salud. Aunque reconocen que la Corte introdujo un nuevo marco de debate sobre el derecho a la salud, las autoras no observan progresos significativos.

Quizá el esfuerzo más sistemático por estudiar los límites de la judicialización sea el volumen compilado por Botero *et al.* (2022). En su ensayo introductorio, los compiladores sugieren una serie de razones por las cuales las promesas de la judicialización, y de la “superestructura institucional” creada desde los años ochenta para ampliar el acceso a las cortes y el poder de estas, no han sido cumplidas del todo. A veces los jueces dictan fallos muy ambiciosos, sin tener en cuenta la debilidad de las instituciones encargadas de llevarlos a la práctica. Por otro lado, los procesos de judicialización rara vez están sostenidos por

estructuras de apoyo social amplias, empujando cambios por encima de lo que la sociedad civil está dispuesta a acompañar. Fallos históricos que intentan revolucionar el menú de derechos fundamentales quedan entonces expuestos a contragolpes feroces por parte de grupos de interés. Finalmente, el nepotismo y la corrupción judicial tampoco ayudan, lo que limita la legitimidad y efectividad de los remedios dictados por las cortes.

No todos comparten este pesimismo. En dos importantes estudios que analizan el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, Rodríguez-Garavito (2011) y Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco (2015) documentan una serie de efectos positivos que van más allá del simple cumplimiento de lo dispuesto en los fallos. Según los autores, las sentencias derivaron en una

reformulación de cuestiones socioeconómicas como problemas de derechos humanos, el fortalecimiento de las capacidades institucionales del estado para lidiar con dichos problemas, la formación de coaliciones de defensa para participar en el proceso de implementación, y la promoción de la deliberación pública y una búsqueda colectiva de soluciones a complejos problemas distributivos. (Rodríguez-Garavito, 2011, p. 37)

Este enfoque, por lo tanto, admite la complejidad de los problemas abordados por la judicialización, reconoce una serie de efectos indirectos más allá del cumplimiento, y pone en perspectiva lo que, de manera realista, se puede esperar del activismo judicial.

Los académicos que estudian impacto también han propuesto modelos teóricos que explican la variación en la capacidad de las cortes para afectar la efectividad de los derechos. Según Rodríguez-Garavito (2011), las cortes que establecen objetivos amplios y agendas de implementación, pero ofrecen a los burócratas márgenes de maniobra generosos, tienen más posibilidades de éxito. En un excepcional estudio que analiza el impacto judicial de ocho fallos históricos en Argentina y Colombia (y de varias sentencias emblemáticas en la India), Botero (2015, 2018, 2023) sugiere que los niveles de impacto varían en función de la densidad de redes de promoción formadas en torno



a las diferentes problemáticas, así como también del monitoreo ordenado por la corte. Botero teoriza cuidadosamente los mecanismos de impacto desencadenados por la combinación de estos dos factores que, juntos, conducen al surgimiento de “espacios de supervisión colectiva”. Finalmente, Ríos-Figueroa (2016) estudia cómo las cortes latinoamericanas dan forma a las relaciones cívico-militares en México, Perú y Colombia. Demuestra que las cortes que son más independientes, accesibles y cuentan con fuertes poderes de revisión, están mejor posicionadas para desempeñar el rol de “mediadores”, promoviendo el diálogo entre las partes y reduciendo el déficit informativo que produce el conflicto en primera instancia.

El estudio del impacto judicial en Latinoamérica todavía se encuentra en una etapa preliminar. Hasta el momento, los académicos se han concentrado en unas pocas cortes y algunos fallos históricos. Esto es comprensible, ya que documentar impacto es notoriamente difícil y requiere de un minucioso rastreo de procesos. Sin embargo, a pesar de su limitado enfoque empírico, la literatura sobre impacto ha hecho progresos relevantes, especialmente a nivel conceptual. Tanto los pesimistas como los optimistas suscriben una visión de impacto que no puede reducirse al simple cumplimiento de las autoridades gubernamentales con los términos de las sentencias. En palabras de Kapiszewski y Taylor (2013), el impacto “se trata del efecto de los fallos de la corte más allá de las acciones o los cambios de políticas que directamente resultan de ellos” (p. 5). El trabajo de Botero, Ferraz y Rodríguez-Garavito, por ejemplo, sugiere que las cortes pueden influenciar el discurso público, la movilización legal, la forma en que los burócratas conceptualizan los problemas y sus soluciones, y las políticas públicas más allá de aquellas abordadas por los fallos en cuestión. Mientras que algunos pueden argumentar que esta conceptualización inclusiva dificulta encontrar instancias en las que no haya habido ningún impacto, un enfoque pluralista está mejor equipado para medir el impacto como una variable continua y prestar atención a la dimensión temporal del mismo (Botero, 2023).

Otro grupo de investigadores ha comenzado a identificar un menú más amplio de herramientas al alcance de los jueces para aumentar los niveles de acatamiento y así garantizar



mayor impacto. Siguiendo el trabajo pionero de Caldeira y Gibson (1992), esta literatura observa que las cortes carecen de medios directos para hacer cumplir sus fallos y que, en última instancia, el efecto de las decisiones judiciales depende de cómo reaccionen otros actores. No obstante, es frecuente que los jueces encuentren modos indirectos para lograr sus objetivos programáticos. El trabajo de Staton y Vanberg (2008) argumenta que las cortes de democracias jóvenes tienen incentivos para establecer un récord de resoluciones que han sido cumplidas. Es por ello que, cuando los jueces anticipan resistencia al cumplimiento, pueden utilizar la “vaguedad” en sus sentencias para disimular incumplimiento y al mismo tiempo afirmar su asertividad. Por otro lado, Staton (2006, 2010) muestra que la Corte Suprema mexicana puso en práctica una política de relaciones públicas, emitiendo comunicados de prensa cuidadosamente editados para garantizar apoyo popular a fallos controvertidos, haciendo así que su incumplimiento sea políticamente costoso. En un análisis sobre la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica, Gauri *et al.* (2015) encuentran que el efecto de hacer una rueda de prensa con información sobre los agentes que más incumplen sentencias tiene un impacto en la reducción del tiempo de cumplimiento. Adicionalmente, encontraron que el grado de incumplimiento aumenta cuando las sentencias son más vagas. Por último, estudios sobre investigaciones de corrupción altamente controversiales señalan que los jueces (y los fiscales, ver más abajo), tienen incentivos para impulsar la movilización social en apoyo de pedidos de prisión o sentencias condenatorias (Bastos dos Santos y Solano Gallego, 2022; Da Ros y Taylor, 2022; González-Ocantos *et al.*, 2023).

De manera general, estos trabajos resaltan que es crucial prestar más atención al cumplimiento de las decisiones de las altas cortes. Hacerlo ayudará a comprender qué diferencia hacen realmente estos tribunales y permitirá evaluar algunos supuestos teóricos respecto del cumplimiento. Asimismo, el cumplimiento de las decisiones de las cortes en democracias jóvenes puede estar basado en cuestiones más bien prácticas, por ejemplo, puede variar según el tipo de acción judicial invocada o los costos financieros asociados al cumplimiento. En resumen,

se necesita una comprensión más matizada de los fundamentos del cumplimiento de las decisiones de las altas cortes.

### **A modo de conclusión: nuevos tópicos en el estudio de la política judicial**

Durante los últimos 25 años, el estudio de la política judicial latinoamericana ha crecido de manera notable, proponiendo contribuciones teóricas y metodológicas que informan debates sobre el tema a escala global. A modo de conclusión, identificamos tres áreas de investigación incipientes. Las mismas podrían marcar el rumbo de esta literatura en tiempos futuros. Las innovaciones seleccionadas incluyen enfoques sobre la relación entre poderes judiciales y opinión pública, asuntos de género, así como las dinámicas que introducen una serie de actores dentro del “complejo legal”.

Primero, un área en la que ha existido innovación es aquella que explora la opinión pública y la legitimidad de las cortes. Varios investigadores asumen que la falta de legitimidad pública es la causa última de la debilidad y poca efectividad de las cortes latinoamericanas (Prillaman, 2000; Domingo, 2004; Helmke, 2010; Helmke *et al.*, 2022). El argumento central es que, dado que las cortes carecen de legitimidad pública al no ser elegidas por voto popular, son vulnerables a ser atacadas por los otros poderes del Estado y a que sus sentencias no se cumplan. Para mitigar estas condiciones adversas, las cortes buscarán la forma de cultivar una opinión pública favorable. ¿Qué estrategias usan las Cortes para lograr este objetivo? Además de emitir comunicados de prensa (Staton, 2006, 2010), como se señaló previamente, Goet y González-Ocantos (2017) argumentan que la Corte Constitucional de Colombia cita derecho internacional de manera estratégica para aumentar el atractivo de ciertas decisiones y así forjar alianzas defensivas con actores de la sociedad civil. Profundizando sobre la dinámica interna de este país, Rodríguez-Garavito (2011) y Botero (2023) observan que estas alianzas incluyen ONG, abogados y medios de comunicación.

Hasta ahora la evidencia sugiere que estos esfuerzos arrojan resultados mixtos. En un estudio comparativo de los

18 países de la región, Driscoll y Nelson (2018) usan datos de la encuesta de Latinobarómetro para medir el apoyo popular a las altas cortes. El principal hallazgo sugiere que mientras que la lealtad institucional hacia las cortes es relativamente alta, la confianza pública en dichas instituciones es más bien deficitaria. De manera similar, en un estudio sobre la Corte Constitucional colombiana, Carlin *et al.* (2022) analizan las reacciones del público frente al conocimiento de tasas de incumplimiento de sentencias. Los resultados de su experimento de encuesta señalan que los colombianos encuentran inaceptable un nivel de incumplimiento de sentencias de un 30%, a pesar de que estas tengan deficiencias, como por ejemplo vaguedad en las acciones remediales propuestas o elevados costos de implementación. Visto así, la actividad de la Corte tiene una valoración mayoritariamente positiva en la opinión pública. Sin embargo, los autores notan que estos efectos favorables pueden tener mucho que ver con el contexto legal-cultural colombiano. En este sentido, un fascinante libro escrito por Whitney Taylor (2023) utiliza métodos cualitativos para ahondar en el sentir de los ciudadanos colombianos *vis-a-vis* los instrumentos legales que consagran derechos, mostrando que las raíces sociales de la Constitución de 1991 derivan en procesos de movilización legal tanto para peticionar ante las cortes como para aceptar sus decisiones. Dada la importancia de la legitimidad social del derecho, Pereira (2022) propone pensar a los jueces como “equilibristas”. Si bien están atentos a los límites que impone la política, también son conscientes de la importancia de “atender las preferencias de política pública de sus usuarios” (p. 6). Lejos de presentar un dilema, estos imperativos pueden ser compatibilizados, ya que fallar en función de lo que demanda la ciudadanía puede ser una fuente de legitimidad que mejore las posibilidades de éxito.

Dada la existencia de consorcios que realizan encuestas comparativas de manera recurrente en la región, y la mayor facilidad para realizar sondeos tanto presenciales como en línea, es dable que el cuerpo de literatura sobre cortes y opinión pública aumente considerablemente en los próximos años. De hecho, ya existen esfuerzos tanto observacionales como experimentales por entender la reacción del público frente a eventos de alta

visibilidad, como el proceso de paz en Colombia (Botero, 2020; Botero y García Sánchez, 2024) o el caso Lava Jato (González-Ocantos *et al.*, 2023).

Segundo, la investigación sobre género se ha concentrado principalmente en indagar sobre la presencia de mujeres en altas cortes. Centrando la atención en el proceso de nombramiento judicial, en un trabajo comparativo que incluye a Argentina, Escobar-Lemon *et al.* (2016) argumentan que la atención mediática que recibe la presencia de la primera mujer en una alta corte tiene un efecto que permea hacia otras favoreciendo así que más mujeres aspiren a dichos cargos. Sorpresivamente, la inestabilidad judicial de la región ha abierto una ventana de oportunidad para el incremento de mujeres juezas. Arana-Araya *et al.* (2021) sostienen que cuando los gobiernos de izquierda hacen una reconfiguración y captura política de la corte, la nueva composición resulta en una corte más diversa en términos de género. Siguiendo esta línea de investigación, Basabe (2020) argumenta que los actores políticos encargados de los nombramientos judiciales sitúan a mujeres en las cortes de mayor jerarquía con el objetivo de balancear las externalidades negativas derivadas de la falta de independencia judicial. Dos referentes empíricos de este argumento se encuentran en Venezuela y Ecuador, que presentan bajos niveles de independencia judicial, pero composiciones más paritarias.

Para agregar perspectiva a estos hallazgos, y centrando la atención en las mujeres que logran acceder a la Corte en los 18 países de la región, Basabe (2019) y Castagnola (2022) retratan el estado de su representación. Estos estudios encuentran que, en términos agregados, mientras que a inicios de los años noventa las mujeres ocupaban alrededor del 3% de los asientos de las Cortes Supremas y Constitucionales, actualmente su representación bordea el 30%. Sin embargo, existe variación entre países. Por ejemplo, mientras que Costa Rica, Uruguay o Brasil tienen un bajo porcentaje de mujeres, Venezuela o Guatemala presentan el patrón opuesto. En términos sustantivos, las mujeres todavía tienden a estar ausentes de las salas constitucionales y penales, e incluso su presencia es rara en la presidencia de una corte. Así mismo, estos estudios demuestran que las juezas supremas suelen tener mayor experiencia judicial en comparación con los

hombres, aunque existe poca diferencia en cuanto a su edad y preparación académica.

Habiendo documentado patrones de nombramiento e identificado posibles factores que explican la variación observada en la diversidad de las altas cortes colegiadas, el próximo paso debería ser lograr una comprensión más cabal de los efectos que tiene dicha diversidad, o su ausencia, en la jurisprudencia que emana de estos órganos.

Por último, la mayor parte de la investigación todavía se enfoca en los tribunales superiores. Desafortunadamente, muy pocos académicos han observado el comportamiento de los tribunales inferiores en sistemas nacionales o federales,<sup>4</sup> y son menos aun los que prestan atención a la justicia subnacional.<sup>5</sup> Mientras que las cortes supremas y constitucionales lidian con cuestiones de extrema importancia política, los tribunales inferiores y provinciales son a menudo el primer punto de contacto de los ciudadanos con el sistema judicial. En palabras de Ingram y Kapiszewski (2019, p. 4), “si nuestro objetivo de máxima es entender por qué ha sido, y sigue siendo, tan difícil fortalecer el estado de derecho [...] entonces un estudio comparado de las cortes debe ir [más alta de las altas cortes]”.

Además de tener poco para decir sobre tribunales inferiores y provinciales, la literatura ofrece aportes limitados para entender el accionar de otros actores que forman parte del complejo legal. Quizás los más relevantes en este sentido sean los fiscales. Algunos estudios muestran que, producto de una serie de reformas orientadas a mejorar la justicia criminal, incluyendo la firma de tratados internacionales contra el crimen organizado (trata, tráfico de drogas, corrupción, etc.), la adopción de legislación que implementa estos compromisos internacionales, y la transición del modelo inquisitorio al acusatorio (Sadek y Batista Calvacanti, 2003; Langer, 2004; Arantes, 2011; Michel, 2018; Aguiar-Aguilar, 2019), los fiscales latinoamericanos han

---

4 Para consultar trabajos que siguen esta línea de investigación ver: Brinks (2008), Gallagher (2017), González-Ocantos (2016), Feierherd *et al.* (en prensa).

5 Para consultar trabajos que siguen esta línea de investigación ver: Ingram (2015), Leiras *et al.* (2015), Castagnola (2017).

adquirido una centralidad inusitada. A pesar de ello, poco sabemos sobre cómo operan y por qué.

Estudiar a los fiscales resulta urgente y promete generar sinergias fascinantes entre las literaturas sobre criminalidad organizada y política judicial. Gallagher (2017) y Gallagher y Contesse (2022), por ejemplo, muestran cómo los déficits en la capacidad de los ministerios públicos mexicanos para investigar el narcotráfico y las desapariciones forzadas que produjo la “guerra contra las drogas” genera un estado de indefensión para las víctimas, y torna muy difícil romper con el círculo vicioso de violencia. En un tono más esperanzador, trabajos como el de Bowen (2022) y Trejo y Nieto-Matiz (2023) muestran que existen condiciones bajo las cuales es posible aumentar la capacidad de agentes estatales para combatir el crimen organizado. En particular, rastrean las sinergias positivas que emergieron durante el trabajo conjunto entre la Comisión Contra la Impunidad en Guatemala, un organismo promovido por las Naciones Unidas, y los fiscales locales.

Por otro lado, algunos fiscales han adquirido un perfil altísimo, asumiendo un rol verdaderamente protagónico en procesos de gran voltaje político. Quizá el caso más resonante sea la operación Lava Jato, que comenzó en Brasil en 2014 y se replicó en casi toda la región, convirtiéndose en uno de los choques transversales más desestabilizadores que han sufrido las jóvenes democracias latinoamericanas desde los años ochenta. El caso mancilló la reputación de partidos políticos enteros, resultó en la interrupción de mandatos presidenciales, y transformó el devenir de contiendas electorales. Esta cruzada anticorrupción sin precedentes en el mundo generó debates bizantinos sobre el accionar judicial, incluyendo sobre si constituyó o no *lawfare* y el posible carácter tutelar de las democracias en algunos países (de Sa e Silva, 2020; Smulovitz, 2022). También inspiró preguntas sobre los determinantes de patrones de comportamiento fiscal extremadamente audaces. En este sentido, algunos trabajos han comenzado a indagar sobre los factores institucionales que subyacen a este giro estructural en la audacia fiscal, incluyendo, por ejemplo, procesos de “diferenciación burocrática” que llevaron a la creación de cuerpos especializados en el combate a la macrocriminalidad y de *task forces* con dedicación exclusiva



a casos específicos (González-Ocantos *et al.*, 2023). Esto apunta a la necesidad de entender de manera más cabal cómo los espacios institucionales y organizacionales en los que operan los fiscales, y las redes sociales que surgen como consecuencia de interacciones en dichos espacios, producen mecanismos endógenos para el fortalecimiento del “*accountability* horizontal”.

## Referencias

- Aguiar-Aguilar, A. (2019). Reforms of the public prosecutor's office in Brazil, Chile and Mexico: The role of justice sector interest groups. En M. Ingram y D. Kapiszewski (Eds.), *Beyond high courts: The justice complex in Latin America* (pp. 39-80). University of Notre Dame Press.
- Ansolabehere, K. (2007). *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Flacso-Fontamara.
- Ansolabehere, K. (2010). More power, more rights? The Supreme Court and society in Mexico. En J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (Eds.), *Cultures of legality* (pp. 78-111). Cambridge University Press.
- Ansolabehere, K., Botero, S. y González-Ocantos, E. (2022). Conceptualizar y medir la cultura legal: evidencia a partir de una encuesta a los jueces federales mexicanos. *Política y Gobierno*, 29(2), 1-30.
- Arana Araya, I., Hughes, M. M. y Pérez-Liñán, A. (2021). Judicial reshuffles and women justices in Latin America. *American Journal of Political Science*, 65(2), 373-88.
- Arantes, R. B. (2011). The Federal Police and the Ministério Público. En T. Power y M. Taylor (Eds.), *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for accountability* (pp. 184-217). University of Notre Dame Press.
- Barros, R. (2002). *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. Cambridge University Press.
- Barros, R. (2008). Courts out of context: Authoritarian sources of judicial failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983). En T. Moustafa y T. Ginsburg (Eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (pp. 156-79). Cambridge University Press.



Basabe, S. (2011). *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Flacso.

Basabe, S. (2019). The representation of women in the judicial branch: Eighteen Latin American high courts in comparative perspective. *Revista de Estudios Políticos*, 185, 259-286.

Basabe, S. (2020). ¿En qué medida la independencia judicial incide sobre la presencia de mujeres en altas cortes de justicia? América Latina en perspectiva comparada. *Política y Gobierno*, 27(1), 1-15.

Bastos dos Santos, J. G. y Solano, E. (2022). Fighting corruption, dismantling democracy. En S. Botero, D. Brinks y E. González-Ocantos (Eds.), *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America* (pp. 289-313). Cambridge University Press.

Botero, S. (2015). *Courts that matter: Judges, litigants, and the politics of rights enforcement in Latin America* (Disertación doctoral no publicada). University of Notre Dame.

Botero, S. (2017). Agents of neoliberalism? High courts, legal preferences and rights in Latin America. En T. Falletti y E. Parrado (Eds.), *Latin American since the left turn* (pp. 214-240). University of Pennsylvania Press.

Botero, S. (2018). Judicial impact and court promoted monitoring in Argentina. *Comparative Politics*, 50(2), 169-187.

Botero, S. (2020). Confianza, apoyo a la democracia y corrupción: una mirada a la Corte Constitucional en la opinión pública colombiana. *Latin American Law Review*, 4, 25-47.

Botero, S. (2023). *Courts that matter: Activists, judges, and the politics of rights enforcement. Comparative constitutional law and policy*. Cambridge University Press.

Botero, S., Brinks, D. y Gonzalez-Ocantos, E. (Eds.). (2022). *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America*. Cambridge University Press.

Botero, S. y García Sánchez, M. (2024). *Paz y opinión pública en Colombia*. Ediciones Uniandes.

Bowen, R. E. (2022). Backlash against state strengthening reforms. En S. Botero, D. Brinks y E. Gonzalez-Ocantos



(Eds.), *The Limits of Judicialization: From progress to backlash in Latin America* (pp. 115-138). Cambridge University Press.

Brinks, D. (2008). *The judicial response to police killings in Latin America: Inequality and the rule of law*. Cambridge University Press.

Brinks, D. y Blass, A. (2018). *The DNA of constitutional justice in Latin America: Politics, governance and judicial design*. Cambridge University Press.

Brinks, D. y Forbath, W. (2014). The role of courts and constitutions in the new politics of welfare in Latin America. En R. Peerenboom y T. Ginsburg (Eds.), *Law and development of middle-income countries: Avoiding the middle-income trap* (pp. 221-245). Cambridge University Press.

Caldeira, G. A. y Gibson J. L. (1992). The etiology of public support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, 36(3), 635-664.

Carlin, R. E., Castrellón, M., Varun, G., Jaramillo Sierra, I. C. y Staton, J. K. (2022). Public reactions to noncompliance with judicial orders. *American Political Science Review*, 116(1), 265-282.

Carothers, T. (1999). *Aiding democracy abroad: The learning curve*. Carnegie Endowment for International Peace.

Carothers, T. (2001). The many agendas of rule of law reform in Latin America. En P. Domingo y R. Sieder (Eds.), *Rule of law in Latin America: The international promotion of judicial reform* (pp. 6-16). University of London.

Castagnola, A. (2018). *Manipulating courts in new democracies: Forcing judges off the bench in Argentina*. Routledge.

Castagnola, A. (2022). *Mujeres, poder y justicia: el efecto de las normas y de las instituciones judiciales de género como herramientas para promover la incorporación femenina en las cortes supremas y constitucionales de América Latina*. Konrad Adenauer Stiftung.

Cepeda, J. (2006). *Polémicas constitucionales*. Legis.

Chavez, R. (2003). The construction of the rule of law in Argentina: A tale of two provinces. *Comparative Politics*, 35(4), 417-437.

Chavez, R. (2004). The evolution of judicial autonomy in Argentina: Establishing the rule of law in an

ultrapresidential system. *Journal of Latin American Studies*, 36(3), 451-478.

Chavez, R., Ferejohn, J. y Weingast, B. (2011). A theory of the politically in dependent judiciary: A comparative study of the United States and Argentina. En G. Helmke y J. Ríos Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 219-247). Cambridge University Press.

Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). *Informe final*. Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Cortez, J. (2020). *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. UNAM/IIJ.

Couso, J. (2010). The transformation of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America. En J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (Eds.), *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America* (pp. 141-160). Cambridge University Press.

Couso, J. y Hilbink, L. (2011). From quietism to incipient activism: The institutional and ideological roots of rights adjudication in Chile. En G. Helmke y J. Ríos Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 99-127). Cambridge University Press.

Cúneo, A. (1980). La Corte Suprema de Chile, sus percepciones acerca del derecho, su rol en el sistema legal, y la relación de este con el sistema político. En *La administración de justicia en América Latina* (pp. 71-83). Universidad de Costa Rica.

Da Ros, L. y Taylor, M. (2022). *Brazilian politics on trial: Corruption and reform under democracy*. Lynne Rienner Publishers.

De Sa e Silva, F. (2020). From car wash to Bolsonaro: Law and lawyers in Brazil's illiberal turn (2014-2018). *Journal of Law and Society*, 47, 90-110.

Díez, J. (2015). *The politics of gay marriage in Latin America*. Cambridge University Press.

Domingo, P. (2000). Judicial independence: The politics of the Supreme Court in Mexico. *Journal of Latin American Studies*, 32(3), 705-735.

Domingo, P. (2004). Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, 11(1), 104-126.



Driscoll, A. y Nelson, M. J. (2018). There is no legitimacy crisis: Support for judicial institutions in modern Latin America. *Revista SAAP*, 12(2), 61-70.

Dulitzky, A. (2015). An Inter-American constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, 50, 45-93.

Engstrom, P. (Ed.) (2018). *The Inter-American human rights system: Impact beyond compliance*. Palgrave Macmillan.

Epstein, L. y Knight, J. (1998). *The choices justices make*. CQ Press. Escobar-Lemmon, M. C., Hoekstra, V., Kang, A. y Kittilson, M. C. (2016). Just the facts? Media coverage of female and male high court appointees in five democracies. *Politics & Gender*, 12(2), 254-274.

Feierherd, G., Gonzalez-Ocantos, E. y Tuñón, G. (2023). Witch Hunts? Electoral cycles and corruption lawsuits in Argentina. *British Journal of Political Science*, xx, 1-20.

Ferejohn, J. (1998). Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, 72, 353-384.

Ferejohn, J. y Weingast, B. (1992). A positive theory of statutory interpretation. *International Review of Law and Economics*, 12(2), 263-279.

Ferraz, O. (2009). The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequalities? *Health and Human Rights*, 11(2), 33-45.

Ferraz, O. (2020). *Health as a human right: The politics and judicialisation of health in Brazil*. Cambridge University Press.

Finkel, J. (2008). *Judicial reform as political insurance*. University of Notre Dame Press.

Gallagher, J. (2017). The last mile problem: Activists, advocates, and the struggle for justice in domestic courts. *Comparative Political Studies*, 50(12), 1666-1698.

Gallagher, J. y Contesse, J. (2022). Critical disconnects: Progressive jurisprudence & tenacious impunity in Mexico. En S. Botero, D. Brinks y E. Gonzalez-Ocantos (Eds.), *The limits of judicialization: From progress to backlash in Latin America* (pp. 39-65). Cambridge University Press.

Gargarella, R. (2015). Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights.

En H. Alviar-García, K. Klare y L. Williams (Eds.), *Social and economic rights in theory and practice: Critical inquiries* (pp. 105-120). Routledge.

Gauri, V., Staton, J. K. y Vargas Cullell, J. (2015). The Costa Rican supreme court's compliance monitoring system. *The Journal of Politics*, 77(3), 774-786.

Gianella-Malca, C., Gloppen, S. y Fosse, E. (2013). Giving effect to children's right to health in Colombia? Analyzing the implementation of court decisions ordering health system reform. *Journal of Human Rights Practice*, 5(1), 153-176.

Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge University Press.

Goet, N. y González-Ocantos, E. (2017). The strategic uses of international human rights law: Mixed methods evidence from Colombia's constitutional court. Paper presentado en la reunión anual de la American Political Science Association.

González-Ocantos, E. (2014). Persuade them or oust them: Crafting judicial change and transitional justice in Argentina. *Comparative Politics*, 46(4), 479-498.

González-Ocantos, E. (2016). *Shifting legal visions: Judicial change and human rights trials in Latin America*. Cambridge University Press.

González-Ocantos, E. (2018). Communicative entrepreneurs: The Inter-American Court of Human Rights' dialogue with national judges. *International Studies Quarterly*, 62(4), 737-750.

Gonzalez-Ocantos, E. y Sandholtz, W. (2021). Constructing a regional human rights legal order: The Inter-American court, national courts and judicial dialogue, 1988-2014. *International Journal of Constitutional Law*, 9(5), 1559-1596.

Gonzalez-Ocantos, E., Muñoz, P., Pavao, N. y Baraybar, V. (2023). *Prosecutors, voters, and the criminalization of corruption in Latin America: The case of Lava Jato*. Cambridge University Press.

Hammergren, L. (1998). *The politics of justice and justice reform in Latin America: The Peruvian case in comparative perspective*. Westview Press.

- Hammergren, L. (2007). *Envisioning reform: Improving judicial performance in Latin America*. Pennsylvania State University Press.
- Helmke, G. (2005). *Courts under constraints: Judges, generals, and presidents in Argentina*. Cambridge University Press.
- Helmke, G. (2010). Public support and judicial crises in Latin America. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 13(2), 397-411.
- Helmke, G., Yeonkyung, J. y Kim, J.-E. C. (2022). Insecure institutions: A survivalist theory of judicial manipulation in Latin America. *Journal of Law and Courts*, 10(2), 265-285.
- Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (Eds.) (2011). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.
- Helmke, G. y Staton, J. (2011). The puzzling judicial politics of Latin America: A theory of litigation, judicial decisions and interbranch conflict. En G. Helmke y J. Ríos Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 306-331). Cambridge University Press.
- Hilbink, L. (2007). *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge University Press.
- Hilbink, L. (2012). The origins of positive judicial independence. *World Politics*, 64(4), 587-621.
- Hirschl, R. y Rosevear, E. (2011). Constitutional law meets comparative politics: Socio-economic rights and political realities. En T. Campbell, K. Ewing y A. Tomkins (Eds.), *The legal protection of human rights: Skeptical essays* (pp. 207-228). Oxford University Press.
- Huneus, A. (2011). Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce rights. *Cornell International Law Journal*, 44. 493-533.
- Huneus, A. (2016). Constitutional lawyers and the Inter-American Court's varied authority. *Law and Contemporary Problems*, 79, 179-207.
- Iaryczower, M., Spiller, P. y Tommasi, M. (2002). Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, 46(4), 699-716.
- Ingram, M. (2015). *Crafting courts in new democracies: The politics of subnational judicial reform in Brazil and Mexico*. Cambridge University Press.

Ingram, M. y Kapiszewski, D. (Eds.) (2019). *Beyond high courts: The justice complex in Latin America*. University of Notre Dame Press.

Kapiszewski, D. (2012). *High courts and economic governance in Argentina and Brazil*. Cambridge University Press.

Kapiszewski, D. y Taylor, M. (2013). Compliance: Conceptualizing, measuring and explaining adherence to judicial rulings. *Law and Social Inquiry*, 38(4), 803-835.

Langer, M. (2004). From legal transplants to legal translations: The Globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, 45(1), 1-64.

Leiras, M., Tuñón, G. y Giraudy, A. (2015). Who wants an independent court? Political competition and Supreme Court autonomy in the Argentine provinces (1984-2008). *The Journal of Politics*, 77(1), 175-187.

López-Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Legis.

Magaloni, B. (2003). Authoritarianism, democracy and the Supreme Court: Horizontal exchange and the rule of law in Mexico. En S. Mainwaring y C. Welna (Eds.), *Democratic accountability in Latin America*. Oxford University Press.

Michel, V. (2018). *Prosecutorial accountability and victims' rights in Latin America*. Cambridge University Press.

Nunes, R. (2010). Ideational origins of progressive judicial activism: The Colombian constitutional court and the right to health. *Latin American Politics and Society*, 52(3), 67-97.

Pásara, L. (2010). *Tres claves de la justicia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pereira, G. (2022). Judges as equilibrists: Explaining judicial activism in Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, 20(2), 695-732.

Pérez-Liñán, A. y Castagnola, A. (2009). Presidential control of high courts in Latin America: A long-term view (1904-2006). *Journal of Politics in Latin America*, 1(2), 87-114.

Pérez-Liñán, A. y Castagnola, A. (2016). Judicial instability and endogenous constitutional change: Lessons from Latin America. *British Journal of Political Science*, 46(2), 395-416.



- Pérez-Perdomo, R. (2006). *Latin American lawyers: A historical introduction*. Stanford University Press.
- Prillaman, W. (2000). *The judiciary and democratic decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Praeger.
- Puga, M. (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. Clacso.
- Quesada-Alpízar, T. (2017). *Informal mandates and judicial power: The constitutional courts of Costa Rica, Chile and Uruguay (1990-2016)* (Disertación doctoral no publicada). University of Oxford.
- Ríos-Figueroa, J. (2007). Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society*, 49(1), 31-57.
- Ríos-Figueroa, J. (2011). Institutions of constitutional justice in Latin America. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 27-54). Cambridge University Press.
- Ríos-Figueroa, J. (2016). *Constitutional courts as mediators: Armed conflict, civil-military relations, and the rule of law in Latin America*. Cambridge University Press.
- Rodríguez-Garavito, C. (2009). *La globalización del estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89, 1669-1977.
- Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez-Franco, D. (2015). *Radical deprivation on trial: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in the global South*. Cambridge University Press.
- Rodríguez-Raga, J. C. (2011). Strategic deference in the Colombian constitutional court, 1992-2006. En G. Helmke y J. Ríos Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 81-98). Cambridge University Press.
- Rosenberg, G. (2008). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press.
- Ruibal, A. (2009). Self-restraint in search of legitimacy: The reform of the Argentine Supreme Court. *Latin American Politics and Society*, 51(3), 59-86.



Sadek, M. T. y Batista Cavalcanti, R. (2003). The new Brazilian public prosecution: An agent of accountability. En S. Mainwaring y C. Welna (Eds.), *Democratic Accountability in Latin America* (pp. 201-227). Oxford University Press.

Sánchez, A., Magaloni, B. y Magar, E. (2011). Legalist versus interpretativist: The Supreme Court and the democratic transition in Mexico. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 187-218). Cambridge University Press.

Scribner, D. (2011). Courts, power, and rights in Argentina and Chile. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 248-277). Cambridge University Press.

Slaughter, A.-M. (2000). Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, 40, 1103-1124.

Smulovitz, C. (1995). Constitución y poder judicial en la nueva democracia argentina. La experiencia de las instituciones. En C. Acuña (Ed.), *La nueva matriz política argentina* (pp. 71-114). Ediciones Nueva Visión.

Smulovitz, C. (2010). Judicialization in Argentina: Legal culture or opportunity and support structures? En J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (Eds.), *Cultures of legality* (pp. 234-253). Cambridge University Press.

Smulovitz, C. (2022). Del 'descubrimiento de la ley' al *lawfare* o cómo las uvas se volvieron amargas. *Revista SAAP*, 16(2), 231-259.

Staton, J. (2006). Constitutional review and the selective promotion of case results. *American Journal of Political Science*, 50(1), 98-112.

Staton, J. (2010). *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Cambridge University Press.

Staton, J. y Vanberg, G. (2008). The value of vagueness: Delegation, defiance, and judicial opinions. *American Journal of Political Science*, 52(3), 504-519.

Taylor, M. (2008). *Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford University Press.

Taylor, W. (2023). *The social constitution: Embedding social rights through legal mobilization*. Cambridge University Press.



Tiede, L. B. y Ponce, A. (2014). Evaluating theories of decision-making on the Peruvian constitutional tribunal. *Journal of Politics in Latin America*, 6(2), 139-164.

Trejo, G. y Nieto-Matiz, C. (2023). Containing large-scale criminal violence through internationalized prosecution: How the collaboration between the CICIG and Guatemala's Law Enforcement contributed to a sustained reduction in the murder rate. *Comparative Political Studies*, 56(9), 1328-1364.

Verbitsky, H. (1993). *Hacer la Corte: la construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*. Planeta.

Wilson, B. y Rodríguez-Cordero, J. C. (2006). Legal opportunity structures and social movements: The effects of institutional change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies*, 39(3), 325-351.





**El mensaje importa:  
relaciones de influencia en  
los precedentes judiciales.  
Una reflexión acerca de los  
precedentes sobre perspectiva  
de género en el Poder Judicial  
Federal mexicano**

*Karina Ansolabehere<sup>1</sup>*

*Sandra Serrano<sup>2</sup>*

*Jesús Espinal<sup>3</sup>*

---

1 Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México); miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México.

2 Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).

3 Investigador del Instituto Nacional de Medicina Genómica (México).

**En las últimas décadas, América Latina fue** escenario de cambios constitucionales y legales, así como de una ampliación de la agenda judicial con una diversidad de temáticas: derechos sociales, igualdad de género, diversidad, entre otros (Pou Jiménez, s. f.).

Esos nuevos escenarios no fueron indiferentes para los poderes judiciales. Una de sus expresiones tangibles son las sentencias y los precedentes que de ellas se derivan. Específicamente, nos interesa saber por qué algunos precedentes son más influyentes que otros en un mismo campo temático, en un entorno en que los poderes judiciales resuelven millones de casos anuales y los máximos tribunales miles. Si bien existen análisis de las decisiones judiciales de los máximos tribunales, de sus estrategias argumentativas, así como de la construcción de líneas de interpretación sobre un tema, hasta donde pudimos explorar no hay en la región una reflexión acerca de por qué algunos de los criterios establecidos en ellas tienen mayor resonancia dentro de la misma institución. Con este análisis abonamos a una línea de investigación novedosa sobre los poderes judiciales en la región: la dinámica de los precedentes.

En la medida en que en América Latina la tradición jurídica es de derecho civil, los precedentes han recibido una menor atención en los estudios jurídicos (López Medina, 2006). Recientemente, sin embargo, se observa un interés creciente en las reglas y políticas de precedentes en la región, de la mano de un reconocimiento de que en diversos poderes judiciales operan sistemas de precentes (con reglas sobre su creación, seguimiento, circulación y reemplazo) que cumplen una función jurídica relevante. Este estudio busca complementar esta línea de investigación indagando acerca de las diferencias en su influencia.

En la intersección de la literatura sobre política de precedente y procesos de difusión sostenemos que los precedentes más influyentes son aquellos cuyo mensaje es general en cuanto al contenido y preciso en cuanto a los destinatarios y sus deberes. Esto equivale a plantear que a este nivel son las características del mensaje, antes que las características de los órganos emisores o los canales de comunicación, los que hacen la diferencia.

A fin ejemplificar la fertilidad de esta mirada en la profundización de las políticas internas de los poderes judiciales, presentamos un análisis de las relaciones de influencia de los precedentes sobre perspectiva de género (PEG) en el poder judicial federal mexicano entre 2019 y 2021.<sup>4</sup> Los resultados obtenidos apoyan la plausibilidad del argumento propuesto. En materia de género, los precedentes más influyentes son aquellos cuyo alcance es general, están dirigidos a las personas operadoras del sistema de justicia y contienen instrucciones que establecen un deber para estas últimas.

¿Por qué el Poder Judicial mexicano? Porque sabemos que las disputas sobre derechos estuvieron fuera de la arena judicial en México durante mucho tiempo (Magaloni y Zaldívar, 2006; Ansolabehere, 2007; Magaloni y Zaldívar, 2006), situación que comenzó a cambiar gradualmente a partir de la transición democrática y tuvo un impulso fuerte a partir de la adopción en el Poder Judicial de la Federación de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 y la implementación de políticas de género a partir de 2010. Sin lugar a duda, podemos identificar un proceso de cambio en las ideas del Poder Judicial mexicano relacionadas con la perspectiva de género y, también, el desarrollo de políticas institucionales en este sentido. Por su parte, México es el segundo país en población en América Latina, y su Poder Judicial federal ha sido reconocido por su desempeño en materia de derechos humanos, por ejemplo.

Para analizar la influencia de los precedentes utilizamos métodos mixtos. Realizamos un análisis de redes de citación

---

4 La información utilizada para este capítulo es el resultado de un proyecto de análisis de sentencias elaborado a petición del Consejo de la Judicatura Federal en 2021 y 2022 (Serrano, s. f.).

de precedentes judiciales de los órganos de la Suprema Corte de Justicia (Primera Sala, Segunda y Pleno) y de los tribunales colegiados de circuito en las sentencias emitidas por jueces de distrito y otros tribunales colegiados de circuitos. De este modo, detectamos qué precedentes de qué órganos son los más citados (influyentes) y, posteriormente, realizamos un análisis de contenido sobre las características de los criterios más destacados.

A continuación, el trabajo se organiza de la manera siguiente. Primero, se presenta el marco conceptual; segundo, se describe la metodología utilizada; tercero, se presentan los resultados; cuarto, se realizan unas reflexiones finales acerca de la potencialidad de esta aproximación en el estudio de los poderes judiciales en la región.

## Marco conceptual

En este trabajo queremos contribuir a la literatura sobre precedentes judiciales en América Latina. Para ello abrevamos tanto de la literatura sobre política de precedentes judiciales en Estados Unidos, y la literatura sobre difusión de ideas en una institución (Box-Steffensmeier *et al.*, 2016).

En la literatura sobre Poder Judicial en Estados Unidos, específicamente en el campo de los estudios empíricos del derecho, el seguimiento de precedentes es un tema largamente estudiado (Lax, 2011). Este campo llamó la atención acerca de la “política de los precedentes” para comprender los patrones de producción y seguimiento de estos criterios en instituciones complejas como los poderes judiciales en que operan en forma simultánea relaciones jerárquicas y horizontales (Hitt, 2016). Las relaciones jerárquicas refieren a aquellas entre órganos superiores e inferiores: máximos tribunales e instancias inferiores de la institución, y las relaciones horizontales refieren a las relaciones entre pares, órganos del mismo nivel, por ejemplo, entre órganos del máximo tribunal o entre tribunales colegiados de circuito.

No obstante, en la medida en que en América Latina la tradición jurídica es de derecho civil, los precedentes han recibido una menor atención en los estudios jurídicos. Recientemente, sin embargo, se observa un interés creciente en la reglas y políticas de precedentes en la región, de la mano de un reconocimiento

de que en diversos poderes judiciales operan sistemas de precedentes que cumplen una función jurídica relevante. En el marco de esta revalorización y búsqueda de análisis crítico de los procesos de creación, difusión y vinculatoriedad, es que se inserta este trabajo.

Si asumimos que en América Latina el precedente es una fuente importante del derecho, especialmente en los poderes judiciales, el preguntarse sobre las características que contribuyen a su influencia nos permite ahondar en las particularidades de su política. Esta política involucra diferentes momentos: la creación de los precedentes, los controles sobre estos, la comunicación, su recepción, su derogación, entre otros. Aquí nos concentraremos en su recepción, específicamente en su influencia.<sup>5</sup>

Los estudios empíricos sobre el precedente, más allá de sus diferentes enfoques, coinciden en señalar que las reglas acerca de su seguimiento no operan de manera mecánica y existen diversas mediaciones que los afectan (Kornhauser, 1994). De ahí que la pregunta acerca de las características de los precedentes más influyentes tiene sentido. Una concepción mecánica del seguimiento supondría que, en la medida en que los precedentes son vinculantes, su seguimiento sería automático. En cambio, asumir que más allá de la vinculatoriedad, el seguimiento no es automático, es lo que otorga sentido a la pregunta acerca de las diferencias en la influencia. La realidad señala que no todos los precedentes tienen la misma influencia en relación con los temas de que tratan, algunos son más influyentes que otros. En pocas palabras, las reglas formales son un factor importante en el seguimiento de los precedentes, sin embargo, no todos se siguen en el mismo grado, tienen la misma influencia, la misma vida útil, etc. (Black y Spriggs, 2013; Landa y Lax, 2009). Entre los factores que destacan está el contenido de los precedentes (Staton y Vanberg, 2008).

Es decir, en el conjunto de los precedentes relacionados con un mismo tema –en nuestro caso perspectiva de género–,

---

5 Es importante destacar que, además de la influencia para comprender la política de precedentes, no pueden perderse de vista los procesos de creación y monitoreo.



algunos tendrán influencia (serán citados) y otros no. Y de los primeros, algunos serán más influyentes que otros. Aquí nos concentramos en este último subconjunto. Algunos serán seguidos por más instancias y otros por menos. Los trabajos sobre el tema en Estados Unidos de América son ilustrativos al respecto. La pregunta clave desde nuestro punto de vista es, sin embargo, cuáles son las características de los precedentes más influyentes.

La respuesta que proponemos es que la influencia está vinculada con las características del contenido de los precedentes, de su mensaje, su generalidad, el tipo de instrucción que imparte, la audiencia a la que se dirige. Esto es especialmente relevante en sistemas en que miles de precedentes son producidos al año. El suponer que las características de los precedentes importan, implica que las características de quien emite el precedente no pesan en la misma medida.

Pero, ¿cuál es la base para proponer esto?: el supuesto de que las personas integrantes de los tribunales inferiores, al momento de fundar sus casos, tenderán a utilizar criterios más generales que les permitan enmarcar sus decisiones, que supongan instrucciones claras para ellos como, por ejemplo, las personas juzgadoras deberán otorgar un valor preponderante al testimonio de las víctimas de violencia sexual.

Para conducir el análisis de la influencia de los precedentes, el marco conceptual propuesto abrevia en la literatura sobre difusión, que ha tenido una amplia recepción en las ciencias sociales, especialmente en los estudios sobre transformaciones legales. De acuerdo con esta perspectiva, la difusión se define como un proceso de comunicación (de ideas, prácticas, herramientas, entre otras cosas). En la medida en que el supuesto es el de un proceso comunicativo, los componentes del mismo son las bases del análisis: la información, el canal a través de la que se emite, quién la emite y quién la recibe.

En este tenor, el análisis de la difusión puede tener en cuenta el proceso, o algunos de sus componentes, como por ejemplo, quiénes influyen, quiénes reciben, los canales a través de los que esto se hace, así como las características del mensaje. Proponemos que la característica del mensaje es una condición necesaria para la influencia.



Con esta propuesta se complementa la literatura que, en el campo jurídico, ha mostrado la importancia de los precedentes como fuentes del derecho en América Latina, analizando aquellos que han tenido más influencia.

## Argumento

El argumento que proponemos es que en América Latina los precedentes son fuentes del derecho relevantes en la práctica judicial en particular, y en la práctica legal en general. Como ha planteado Martínez Verástegui (2022), en los sistemas continentales –y América Latina no es la excepción– la institución del precedente está presente con diferentes estructuras, y en la medida en que la interpretación constitucional adquiere importancia su relevancia como fuente de derechos aumenta.

Sin embargo, el admitir la relevancia del precedente como fuente del derecho, además de la legislación, no responde al interrogante acerca de por qué algunos precedentes son más influyentes que otros, o adquieren más importancia que otros en términos de su uso en las decisiones judiciales. A través de estudios empíricos sobre seguimiento y política de los precedentes se observa que no todos se difunden de la misma manera, es decir, no todos tienen la misma influencia. Así las cosas, este capítulo quiere contribuir a responder este interrogante.

Desde un enfoque que se asienta en los procesos institucionales de difusión legal (Engel y Weinshall, 2022), consideramos que un elemento clave para explicar las diferencias en la influencia está en el propio precedente, en su generalidad y en el tipo de instrucción que establece, es decir, en el mensaje.

La perspectiva de la difusión se sustenta en la teoría de la comunicación. “La difusión es concebida como la comunicación de ideas a través de ciertos canales en el tiempo a los miembros de un sistema social” (Rogers, 2003). Desde el enfoque institucionalista en las ciencias sociales, la difusión es considerada uno de los mecanismos de cambio más extendidos (Campbell, 2004).

La comunicación es un proceso de dos vías en el que la clave es la convergencia; por ello, en nuestro trabajo nos concentramos en las relaciones de influencia: entre la instancia que influye y la instancia que es influida. La influencia se define como la

capacidad de un elemento (un actor, una opinión, una idea, etc.) para afectar algún aspecto de otros elementos (como, por ejemplo, las ideas legales utilizadas). Aquí proponemos que en el entorno de América Latina una de las condiciones relevantes de la influencia son las características del mensaje emitido, del contenido del precedente.

En consonancia con la literatura sobre difusión, la influencia podría vincularse con las características de quien creó el precedente, los emprendedores de estos criterios, por ejemplo, su prestigio, su posición en la estructura institucional, los recursos con los que cuentan; también puede relacionarse con las preferencias de quienes lo reciben, por ejemplo, el margen de discrecionalidad de su posición en la jerarquía, o bien sus incentivos para cambiar, o la cantidad de trabajo que tienen; o se relaciona con los canales de comunicación, es decir qué tan factible es que los precedentes sean publicados, conocidos y lleguen a las instancias que los deben consultar. Para que un precedente se conozca tienen que haber canales adecuados para hacerlos conocer, ya sea redes de personas, medios de comunicación institucionales, etc. (Canon y Baum, 1981). Asimismo, la difusión puede tener que ver con las características.

Aquí proponemos que las características del mensaje son una condición clave en la influencia de los precedentes, porque todos los precedentes son emitidos por instancias habilitadas para esto en el marco de reglas específicas, e incluso precedentes emitidos por órganos de jerarquía similar pueden tener influencias diferentes. Por su parte, los canales de difusión institucionales son homogéneos, es decir, todas las personas integrantes tienen acceso a esta información. Por último, desde el punto de vista de las personas influenciadas, estas tienen acceso a las mismas fuentes de información.

Para mostrar la plausibilidad del argumento analizaremos la influencia de los precedentes sobre perspectiva de género emitidos por el Poder Judicial Federal en México, en sentencias en las que esta perspectiva podría tener aplicación, en la medida en que una de las partes está constituida por mujeres, o fueron calificadas por las personas juzgadoras que las emitieron como con perspectiva de género entre 2019 y 2021. De más de 2400 precedentes identificados vinculados con el tema, los que



fueron citados –es decir, tuvieron algún grado de influencia– corresponden a un promedio de 60.

El mexicano se considera un caso típico porque, por una parte, cuenta con un sistema de precedentes consolidado (Saa-vedra, 2018), llamado tesis,<sup>6</sup> cuyo contenido es el material de consulta central en los procesos de construcción de decisiones judiciales sobre los cuales existen normas de obligatoriedad. Por otra parte, desde hace más de una década se han desarrollado políticas de igualdad de género en el Poder Judicial y se ha promovido una política para juzgar con perspectiva de género, uno de cuyos emblemas es el protocolo respectivo en el que se brindan herramientas para aplicar dicha perspectiva al momento de juzgar. En este contexto, el personal jurisdiccional del Poder Judicial ha estado imbuido en una política institucional consistente con esta perspectiva impulsada por el máximo tribunal y la Corte Suprema de Justicia.

En la medida en que nuestra investigación está interesada en las condiciones que coadyuvan a la influencia de los precedentes, el primer paso es distinguir un precedente influyente de otro que no lo es. Se considerará que un precedente es influyente cuando tenga más citas<sup>7</sup> en las decisiones judiciales pertinentes. En nuestro caso son las sentencias que, por sus características, es esperable que quienes las citaron utilizaran los lentes de género. Entre los precedentes con perspectiva de género citados en la muestra de sentencias revisadas hay algunos que son ampliamente citados y otros que tienen solo una cita. Es importante destacar aquí que nuestro universo es la red que utiliza criterios relacionados con perspectiva de género, y que quedan fuera del análisis las sentencias y los órganos que no forman parte de esta red, es decir que no utilizan criterios relacionados con la perspectiva de género.

---

6 Este sistema de tesis se distingue entre tesis de jurisprudencia que son obligatorias y tesis aisladas que no lo son.

7 Al respecto, cabe resaltar que esta es una primera aproximación a la influencia, pero no puede dejar de reconocerse que las citas no son la única marca relevante, sino que en próximas investigaciones debería revisarse el contexto en que dichos precedentes se utilizan, es decir, para qué son usados.

Como se ha señalado en la literatura, la precisión de los mensajes tiene un efecto en su influencia. Mensajes específicos, pero vagos en cuanto a la obligatoriedad, serán menos cumplidos que mensajes generales con instrucciones precisas (Staton y Vanberg, 2008). De este modo, si los precedentes más influyentes son más generales, suponen instrucciones relacionadas con la obligatoriedad y están dirigidos a los operadores de justicia en comparación con los menos influyentes, entonces podemos sostener la plausibilidad de la condición.

Sin embargo, sabemos que en los procesos de comunicación no solo es importante el mensaje, sino también quiénes son las personas emprendedoras. En la medida en que los poderes judiciales se organizan jerárquicamente, en general existe un máximo tribunal que está en el vértice del sistema, luego tribunales de apelación y, finalmente, juzgados individuales; dado que los casos en última instancia se pueden apelar subiendo de nivel, es esperable que los precedentes de los máximos tribunales sean los más influyentes. Sin embargo, de estos precedentes algunos tendrán mayor influencia que otros y habrá órganos que sean más influyentes que otros. En este punto, si entre órganos de la misma jerarquía se observan diferencias en los niveles de influencia de los precedentes sobre un mismo tema, entonces podríamos pensar que la posición en la jerarquía no es suficiente para explicar la influencia.

Otra posible explicación es la relacionada con los canales de comunicación. Para que una información circule tiene que haber canales que lo hagan posible, a los que accedan todas las personas involucradas en las decisiones judiciales. En el espacio judicial existen canales formales, como las publicaciones periódicas sobre las decisiones relevantes para dar a conocer los criterios dentro y fuera de la institución. Actualmente, estos canales son digitales y se cuenta con buscadores que facilitan las tareas. Pero también existen canales no formales como información que se publica en redes sociales o espacios de intercambio entre las propias personas juzgadoras.<sup>8</sup>

---

8 En el caso de México, en varias entrevistas se hace referencia al uso de grupos de WhatsApp como un medio para el intercambio de información institucional relevante.

Para revisar la plausibilidad del argumento planteado se trabajó sobre el caso del Poder Judicial Federal mexicano. Seleccionamos este caso porque es típico en materia de precedentes. Desde fines del siglo xix el Poder Judicial Federal mexicano ha tenido algún tipo de sistema de precedentes institucionalizados (Negrete Cárdenas, 2022). En el periodo analizado (2019-2021) estaban vigentes diferentes reglas de generación de precedente o de generación de tesis: 1) la jurisprudencia por reiteración, sistema según el cual un criterio es obligatorio cuando se haya reiterado en cinco ocasiones sin interrupción en los casos de amparo y en los casos de los recursos, que son facultades exclusivas de la Suprema Corte de Justicia; 2) controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, el criterio es que serán obligatorios los criterios aprobados por una mayoría de 8 votos. Por su parte, la reforma constitucional de 2021 bajó las barreras a la Suprema Corte de Justicia para expedir jurisprudencia, considerando obligatorios los criterios derivados de cualquier decisión del máximo tribunal aprobados con más de ocho votos (Caballero Juárez, 2021). Este sistema de precedentes incluye reglas explícitas de obligatoriedad de los precedentes del máximo tribunal para todos los tribunales del país y de los tribunales federales de segunda instancia en su ámbito geográfico de influencia.

Por su parte, se destaca que desde 2009, pero especialmente después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, se observa un impulso de la agenda institucional en materia de género. Se crean unidades específicas, se impulsan capacitaciones para juezas y jueces, y también se desarrollan herramientas como dos versiones del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (2013 y 2021). Es decir, la inclusión de la perspectiva de género al momento de juzgar fue parte de la agenda institucional por más de una década. En términos del institucionalismo discursivo (Schmidt, 2010) podemos sostener que la perspectiva de género supuso una idea que se plasmó en el programa institucional. Esto se profundizó en el periodo analizado en este estudio –2019-2022–, en el que las

políticas institucionales vinculadas con la igualdad de género tomaron un nuevo impulso.

La recolección de datos se desarrolló en varios pasos. En primer lugar, a través de las herramientas de acceso público a sentencias de tribunales y juzgados se seleccionaron aquellas vinculadas con perspectiva de género. Específicamente se utilizaron las palabras clave: perspectiva de género y los nombres de delitos vinculados con violencia de género. A partir de esta búsqueda se obtuvo un universo de 1445 sentencias correspondientes a diferentes tipos de recursos, emitidas por juzgados de distrito o tribunales colegiados de circuito. Es decir, las relaciones de influencia se analizaron en las sentencias emitidas por los juzgados y tribunales inferiores del Poder Judicial Federal.

Con este universo de sentencias se organizó una base de datos, en que cada fila registraba las sentencias. Para su identificación en la base se les asignó un número, y se registraron por vía automática datos relevantes como el órgano emisor, el circuito o el año.

Posteriormente, se realizó la selección de los precedentes existentes en materia de perspectiva de género. Para ello se construyó un diccionario de palabras clave que contemplaba términos de búsqueda más y menos amplios con los que se realizaron exploraciones en el buscador jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>9</sup> Se identificaron 2420 tesis de

9 Los criterios de búsqueda de tesis fueron: Mujer (rubro): Mujer-mujeres, Niña-niñas, Femenino. Diversidad sexual (rubro): Orientación sexual, Diversidad sexual, LGBTTI, Gay, Lesbiana, Transgénero, Transexual, Intersex. Violencia de género (rubro o texto): Violencia de género, Femicidio, Violación sexual, Violencia sexual y mujer, Delito sexual, Trata, Explotación sexual, Lesiones, Violencia familiar o intrafamiliar, Violencia doméstica, Violencia obstétrica, Acoso, Hostigamiento, Abuso, Desaparecida, Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia, Debida diligencia reforzada o debida diligencia + mujer, Tortura y mujer(es), Acceso a una vida libre de violencia o vida libre de violencia, Legítima defensa + mujer o género, Testimonio Víctimas + mujer, Verdad + mujer. Delitos que criminalizan a las mujeres (rubro o texto): Aborto, Homicidio en razón de parentesco y mujer(es), Trata y mujeres, Adulterio o bigamia y mujer(es), Delitos contra la salud y mujer(es), Delito y mujer(es). Género (rubro y texto): Perspectiva de género, Género (aislada), Razón de género, Juzgar con perspectiva de género, Roles de género, Patriarcal (o derivados), Machista, Estereotipos, Sexista/Sexismo. Igualdad + mujer o género (en

jurisprudencia y aisladas emitidas por el Poder Judicial Federal en un universo de más de 305.000 tesis vigentes.<sup>10</sup>

Con estas tesis, precedentes, se construyó una segunda base de datos donde se registró su número de identificación digital, el órgano emisor, el año de emisión y el circuito en que se asienta el órgano, así como su texto.

Ambas bases de datos se unificaron para proceder a la construcción de las redes de influencia a partir de un código: de sentencias y tesis, de instancias (órganos). El código se realizó en el lenguaje de programación Python, y consistió en buscar en el archivo fuente de la sentencia las tesis citadas de entre aquellas de interés.

Una vez construida la red de influencia se identificó el grado de preponderancia de los precedentes citados (número de veces en que fueron citados) y se realizó un análisis de contenido de ellos a fin de identificar sus características en tanto mensaje.

El objetivo del análisis de contenido fue responder a la pregunta ¿qué características tienen las tesis de jurisprudencia o aisladas más influyentes en materia de género? De acuerdo con la literatura sobre el tema, la expectativa es que las tesis cuyas orientaciones son generales y, por ejemplo, definen qué es la perspectiva de género, serán más influyentes que aquellas con mayor grado de especificidad que, por ejemplo, se refieren a orientaciones sobre el tratamiento de un delito (Staton y Vanberg, 2008).

---

todos los casos) (rubro o texto): Desigualdad, Igualdad, Igualdad sustantiva o material, Discriminación, Estructural, Desequilibrio, Interseccionalidad, Vulnerabilidad, Prejuicio, Neutralidad, Escrutinio estricto, Categorías sospechosas, Enfoque diferencial. Poder + Mujer (rubro o texto): Relaciones de poder, Relaciones asimétricas, Jerarquía, Impacto diferenciado. Familiar o Administrativa (rubro o texto): Anticoncepción, Objeción de conciencia, Esterilización. Fundamento de resolución (rubro o texto): Lenguaje incluyente, Tratados internacionales + Mujer o Género, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Protocolo Alba. Leyes: Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia, Ley General de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Reparaciones + Mujer o género (rubro o texto): Reparación del daño, Integral, Transformativa / transformadora, Indemnización. Medidas cautelares + Mujer (rubro o texto): Medida cautelar + Mujer o género.

10 Ver Buscador Jurídico, en: [https://bj.scjn.gob.mx/busqueda?q=\\*&indice=tesis](https://bj.scjn.gob.mx/busqueda?q=*&indice=tesis)



Para responder a esta pregunta se predefinieron las categorías analíticas que se presentan en la tabla 1 y se utilizaron como guía en el examen de los textos. A partir de ellas se realizó una codificación, es decir, se identificaron fragmentos de textos consonantes con estas.

**TABLA I**  
**Descripción de las categorías analíticas**  
**del análisis de contenido de tesis citadas**

| Categorías analíticas                                                                                                                  | Definición operacional                                                                                                                                                                                        | Criterio de adjudicación                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Generalidad de la tesis<br>Remite a la generalidad del contenido de las tesis de jurisprudencia y aisladas citadas respecto de la PEG. | Características del contenido de la tesis respecto de la PEG. Se considerarán generales aquellas que desarrollan una definición de la perspectiva y sus implicaciones en la tarea de juzgar de manera amplia. | A partir de la lectura del contenido de las tesis se las clasificará de acuerdo con su generalidad. Por ejemplo, tesis en que se define a la PEG se considerarán generales, en tanto las tesis en que se definen las pautas interpretativas de un delito desde la PEG se considerarán específicas.                                                                                                                                                                  |
| Público objetivo de la tesis<br>Remite a la identificación de la instancia a la que apela con la tesis.                                | Palabras o frases que dan cuenta del público o instancia a la que le habla la tesis: por ejemplo, las personas juzgadoras deberán, o la autoridad responsable puede, etc.                                     | A partir de la lectura de los textos se identificarán los marcadores del discurso que den cuenta del público objetivo, por ejemplo, autoridades jurisdiccionales, autoridades legislativas, partes, etc.<br><br>Cuando no se haga mención explícita al público este se determinará a partir del contenido de la tesis. Por ejemplo, para acreditar el delito de violación... se entenderá que se dirige al Ministerio Público y a las autoridades jurisdiccionales. |



| Categorías analíticas                                                                                                                                                                                          | Definición operacional                                                                                                                                                                                                                                                                           | Criterio de adjudicación                                                                                                                                                                                                    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Tipo de instrucciones que contienen los textos<br><br>Remite al tipo de acciones que indica a las personas del público a las que van dirigidas, por ejemplo: informar, permitir, prohibir, ordenar, describir. | Palabras o frases que dan cuenta de las disposiciones del texto, por ejemplo, si tienen un carácter informativo, habilitador de la acción, etc.<br><br>A través de los contenidos específicos se construirán subcategorías, como por ejemplo: informativas, órdenes, prohibiciones, método, etc. | A partir de la lectura de los textos se identificarán las disposiciones que contienen, a través de marcadores del tipo: perspectiva de género es...<br><br>Las personas juzgadoras deberán...<br><br>Los juzgados podrán... |

Fuente: elaboración propia.

Para el análisis de los contenidos de las tesis citadas se realizó una codificación estructurada con las categorías señaladas en el programa MaxQDA.

A fin de confirmar la validez interna del análisis este se realizó para una muestra de sentencias de 2019-2020 y otra de 2021. Cada muestra fue seleccionada *ad hoc* a partir de los criterios ya señalados.

El universo de sentencias y tesis trabajadas fue el siguiente:

a) Sentencias emitidas en 2021

| Fuente                                   | Cantidad |
|------------------------------------------|----------|
| Sentencias                               | 725      |
| Tesis (de jurisprudencia y aisladas)     | 2054     |
| Sentencias que citan tesis seleccionadas | 64       |
| Tesis citadas                            | 66       |

b) Sentencias emitidas en 2019-2020

| Fuente                                   | Cantidad |
|------------------------------------------|----------|
| Sentencias                               | 720      |
| Tesis (de jurisprudencia y aisladas)     | 2452     |
| Sentencias que citan tesis seleccionadas | 294      |
| Tesis citadas                            | 57       |

## Los hallazgos

La visualización de la estructura de las redes de tesis más influyentes en las sentencias seleccionadas en 2019-2020 y 2021 permite observar su similitud (figura 1). En el centro hacia la izquierda se ubican las tesis más influyentes; cinco de las más influyentes en 2019-2020 lo son también en 2021. Es decir, continúan siendo influyentes. Estas tesis son las identificadas con los números: 2011430, 2013866, 2015634, 2009998 y 2005458, que en su mayoría fueron emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

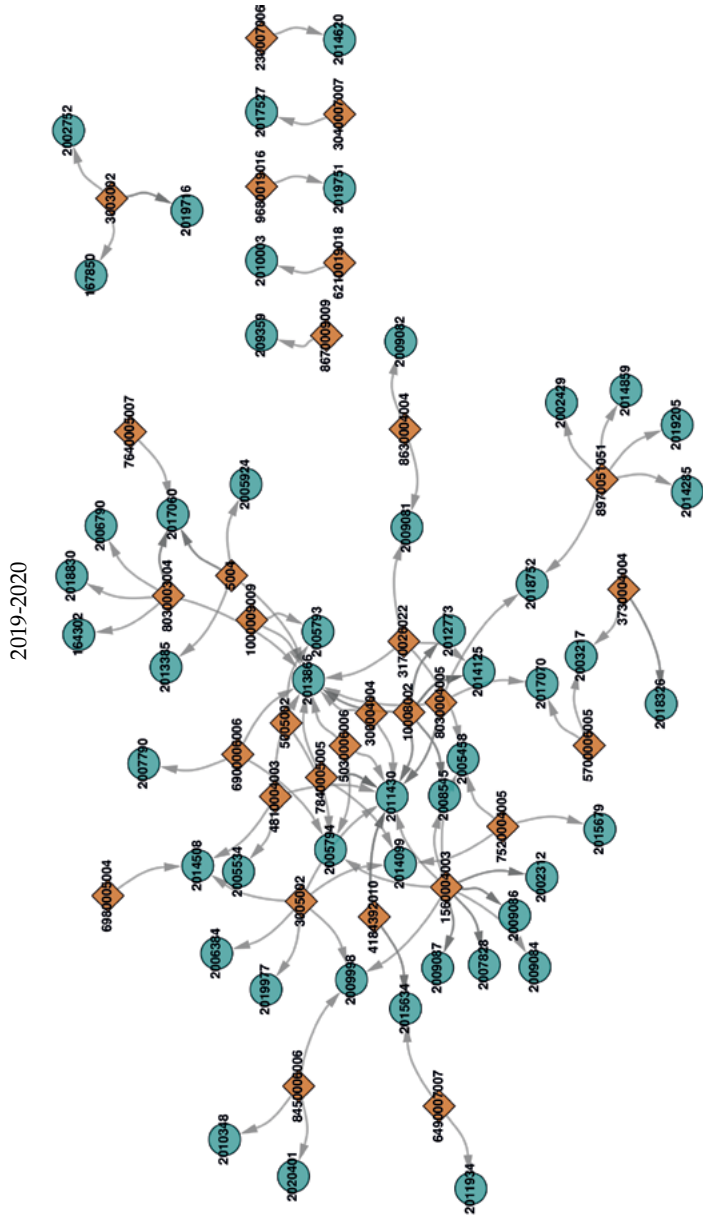
Es decir, al interior de la red, donde hay algún grado de influencia de la perspectiva de género, de las casi 60 tesis citadas en promedio en cada año, cinco son las más influyentes. La gráfica de la red (figura 1) ilustra esta influencia.

Las tesis más influyentes se consolidan y aumentan su influencia en lo que es un comportamiento esperable de acuerdo con la teoría de redes según la cual hay pocos nodos que conectan un mayor número de enlaces. La tabla 2 analiza esta tendencia.

Este hallazgo nos permite afirmar que el juzgar con perspectiva de género se asienta en pocos criterios. Ahora bien, de acuerdo con la tesis propuesta, son las características de estos precedentes las condiciones que explican la diferencia en su influencia. Las tesis con un mayor nivel de generalidad, dirigidas a los operadores judiciales y con instrucciones precisas de obligatoriedad serían las más influyentes.

El análisis confirma la plausibilidad de esta conjetura. De acuerdo con los criterios de asignación establecidos, la totalidad de las tesis que tienen un nivel de generalidad alto utilizan marcadores de discurso como: todo órgano jurisdiccional..., o la obligación de las y los juzgadores..., etc., y están directamente dirigidas a los órganos jurisdiccionales que deben juzgar con perspectiva de género; además, suponen instrucciones precisas que connotan deber.

**FIGURA I**  
**Estructura de las redes de tesis más influyentes en las sentencias seleccionadas en 2019-2020 y 2021**



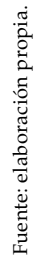




**TABLA 2**  
**Tesis más influyentes**

| Tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Citaciones<br>2019-2020 | Citaciones<br>2021 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|--------------------|
| Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.<br>ID: 2011430                                                                                                                                                                                     | 23                      | 71                 |
| Juzgar con perspectiva de género. concepto, aplicabilidad y metodología para cumplir dicha obligación.<br>ID: 2013866                                                                                                                                                                                | 15                      | 49                 |
| Violencia sexual contra la mujer. Reglas para la valoración de su testimonio como víctima del delito.<br>ID: 2015634                                                                                                                                                                                 | 9                       | 18                 |
| Impartición de justicia con perspectiva de género. Obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en la materia.<br>ID 2009998                                                                                                                                                                     | 4                       | 20                 |
| Perspectiva género y administración justicia, significado, alcances.<br>ID: 2005458                                                                                                                                                                                                                  | 4                       | 11                 |
| Ofrecimiento de trabajo. Aun cuando se considere de buena fe, no debe tomarse en cuenta para la distribución de las cargas probatorias cuando el despido se da durante el periodo de embarazo de la trabajadora, al constituir un tema que obliga a juzgar con perspectiva de género.<br>ID: 2014508 | 6                       | 0                  |
| Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género.<br>ID: 2005794                                                                                                                                       | 6                       | 0                  |

Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos desarrollada para la construcción de las redes.

Las tesis más influyentes establecen, en primer lugar, la obligación general de todas las autoridades judiciales de juzgar

con perspectiva de género. A partir de ello, indican qué implica tal obligación por medio de instrucciones o pasos que se deben seguir para juzgar con dicha perspectiva. Además, algunas de estas tesis influyentes se abocan a señalar estándares generales de actuación frente a cierto tipo de hechos, como la violencia sexual o la discriminación en el ámbito laboral. En este sentido, los criterios influyentes establecen un qué, cómo y en qué sentido respecto del juzgar con perspectiva de género (ver anexo 1 para descripción de los contenidos del análisis).

Para poder postular la plausibilidad de esta conjetura es relevante no solo mapear las características de las tesis más influyentes, sino de las que lo son menos. Es de esperarse que las menos influyentes tengan menor nivel de generalidad, no incluyan instrucciones que denoten obligatoriedad y no estén exclusivamente dirigidas a los operadores de justicia.

Las tesis menos influyentes (su descripción se encuentra en el anexo 1b), las que tuvieron solo una cita, fueron emitidas en su mayoría por Tribunales Colegiados de Circuito (tcc) y por la Primera Sala del máximo tribunal, y tienen un nivel de generalidad menor. Es decir, de acuerdo con la definición propuesta, no realizan postulados orientados a extenderse a una generalidad de casos o a un grupo. Por su parte, los temas que abordan destacan el tratamiento de delitos sexuales contra las mujeres y cuestiones de violencia. Así mismo, son criterios cuyas instrucciones, más que ordenar, permitir o prohibir, realizan interpretaciones, es decir, brindan información para orientar decisiones similares de otros agentes.

## Hipótesis alternativas

En este apartado postulamos dos hipótesis alternativas. La primera tiene que ver con las características de los órganos más influyentes: los *influencers* en nuestro lenguaje, o los emprendedores de los criterios sobre perspectiva de género en el Poder Judicial Federal. Esta hipótesis propone que, independientemente de los contenidos de los mensajes, es la posición de poder y prestigio en la institución lo que generará la influencia en los mensajes. Esta hipótesis se consideraría plausible si los diferentes órganos del máximo tribunal compartieran influencia, en la

medida en que cuentan con atribuciones, recursos y prestigio equivalentes. Como se observa en la Figura 1 (continuación), esto no es así. Si bien el Pleno, la Primera y la Segunda Sala del Máximo tribunal están en el vértice, el órgano que opera como *influencer* en la materia es la Primera sala.

Sin embargo, si bien esta evidencia permitiría desestimar esta hipótesis con un grado de certeza relativo, existe otra evidencia que fortalece este primer hallazgo y es que la Primera Sala del máximo tribunal, así como es la instancia que emite los precedentes más influyentes, también tiene otros que no lo son. Estos últimos no tienen un alto nivel de generalidad, instrucciones precisas o están dirigidos explícitamente a los operadores jurídicos.

En cuanto a la segunda hipótesis alternativa, la referida a los canales de comunicación, la misma puede desestimarse porque en el Poder Judicial Federal existe un semanario judicial,<sup>11</sup> y diferentes sistemas de búsqueda inteligentes de criterios en los que se publican los precedentes –como es el caso del ya mencionado Buscador Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación– y están al alcance de la totalidad de las personas juzgadoras.<sup>12</sup> En otros términos, el acceso a esta información está disponible para la totalidad de los juzgadores y todos estos precedentes se pueden consultar en estas bases.

---

11 Ver *Semanario Judicial de la Nación*, en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfHome/Index.html>

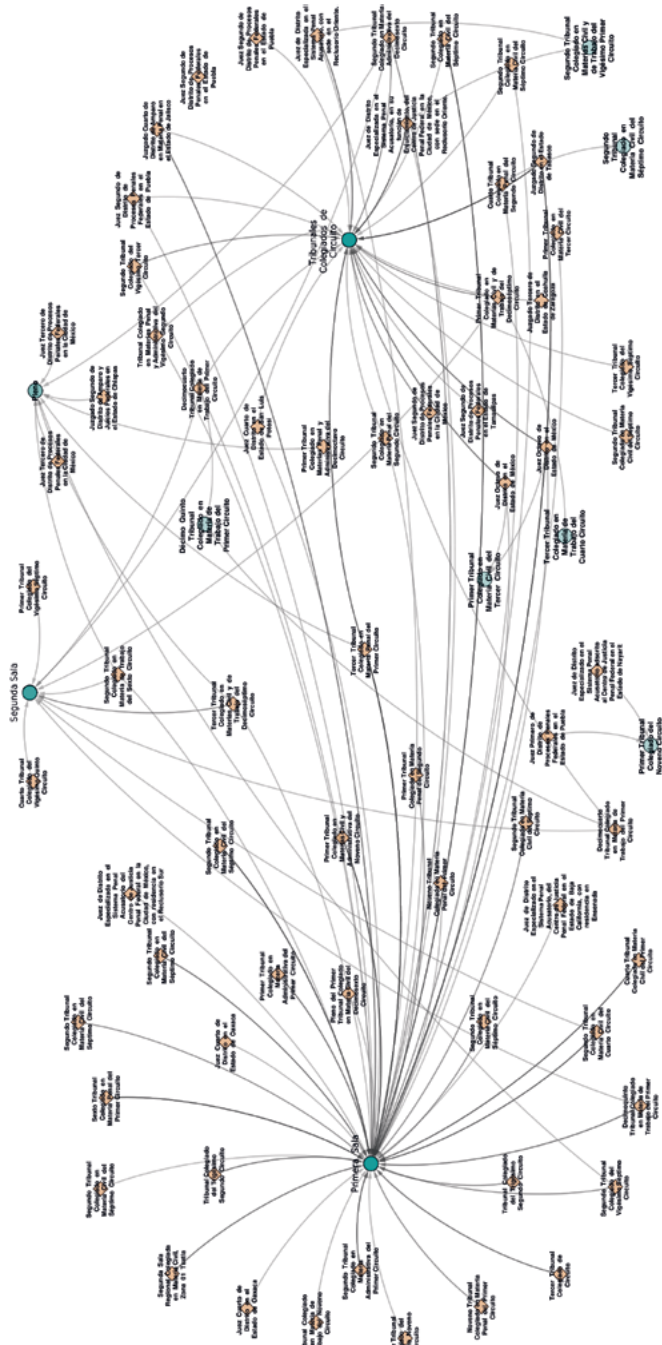
12 De hecho, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia comenzaron a publicarse en 1870 y su jurisprudencia se estableció como obligatoria desde 1882 (Negrete Cárdenas, 2022).



FIGURA I (continuación)

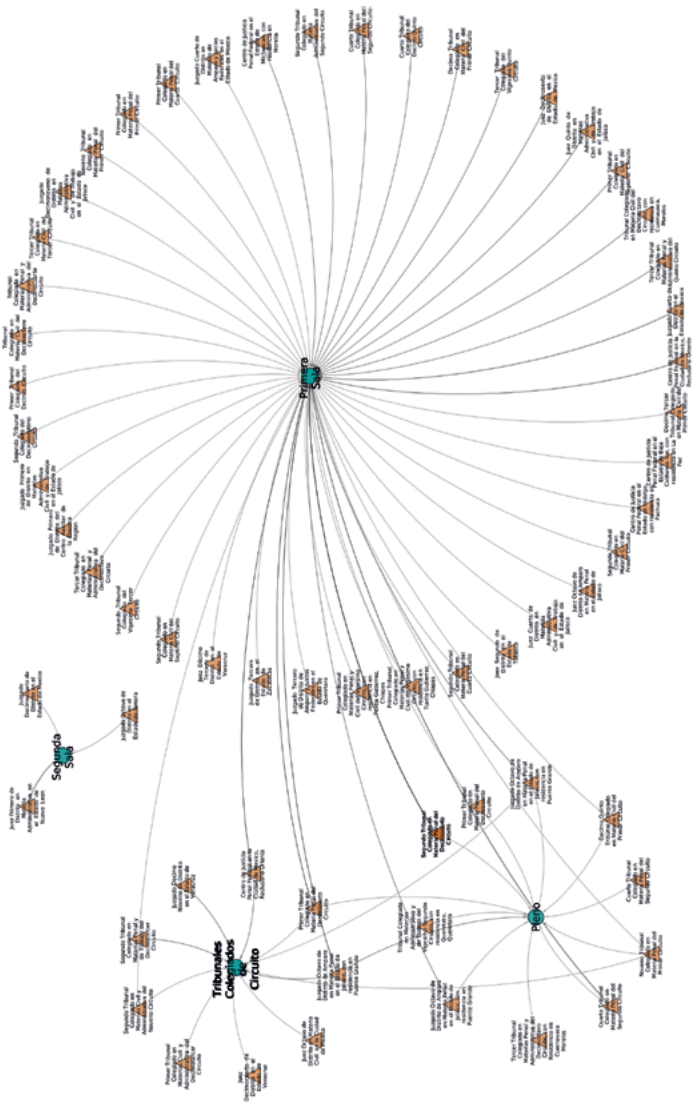
Estructura de las redes de tesis más influyentes en las sentencias seleccionadas en 2019-2020 y 2021

2019-2020



El mensaje importa: relaciones de influencia en los precedentes judiciales

2021



Fuente: elaboración propia.

## Discusión

El análisis realizado permite sustentar empíricamente la plausibilidad del argumento propuesto. Son las características de los precedentes lo que aumenta su influencia, antes que las características de los *influencers* o los canales de comunicación.<sup>13</sup>

¿Qué implicaciones tiene para el cambio judicial este hallazgo? Poner en evidencia que, si se busca generar un cambio a nivel de las ideas operativas, el contenido de los precedentes importa: su generalidad, público e indicación de obligatoriedad importan. En contextos institucionales altamente estructurados, como es el caso del Poder Judicial Federal mexicano, en que las ideas programáticas sobre perspectiva de género han sido incorporadas a la institución a través de áreas específicas, al nivel de las ideas operativas, de los precedentes desarrollados al interior de las redes de influencia vinculadas con la perspectiva de género, las características de los precedentes son las condiciones más relevantes en su influencia.

## Reflexiones finales

Este análisis complementa la discusión reciente en América Latina que enfatiza la importancia creciente del precedente judicial como fuente del derecho, a partir del interrogante de por qué algunos precedentes son más influyentes que otros. A través de estudios empíricos de las dinámicas de los precedentes, la aproximación propuesta es que las relaciones de influencia pueden equipararse a un proceso comunicativo al interior de los poderes judiciales en el que, más que las características de los *influencers*, es la particularidad del mensaje lo que explica esta diferencia en la resonancia.

El análisis de las relaciones de influencia alrededor de los precedentes sobre perspectiva de género en el Poder Judicial Federal mexicano confirmó esta tendencia. Los precedentes más influyentes son generales, incluyen instrucciones de deber u

---

13 Incluso, es notorio que el segundo criterio con mayor influencia no es obligatorio en tanto se trata de una tesis aislada y no de una tesis de jurisprudencia de acuerdo con los requisitos expuestos anteriormente para su adopción.



obligatoriedad específicas y, además, se dirigen a las personas operadoras de justicia. Es decir, son precedentes que proponen un marco de trabajo sobre el tema.

El estudio también mostró que a este nivel, y en lo que a la influencia respecta, otros aspectos que se han enfatizado en la literatura como las características de los emprendedores de estas ideas, o bien los canales de comunicación, no juegan un papel relevante como sí lo hacen en otros niveles de cambio institucional.

Estos resultados ponen de manifiesto que a determinados niveles y en determinados momentos de los procesos de cambio –en este caso el vinculado con las ideas relacionadas con juzgar con perspectiva de género expresadas en precedentes–, es más relevante la característica del mensaje en el marco de la red que otros factores. Este hallazgo cuestiona, por ejemplo, la operación a este nivel del autointerés de los jueces o las relaciones de poder en la institución.

En este sentido, varias son las líneas de investigación que se abren. La primera es identificar de qué manera, según las características de las instancias influenciadas, quienes citan importan en la influencia de los precedentes. En pocas palabras, un tema por indagar son las dinámicas en los diferentes circuitos judiciales relacionadas con las nuevas ideas. La segunda línea de investigación emergente es indagar para qué se usan estos precedentes, para justificar qué, y no solo cuánto se usan.

La tercera línea de investigación identificada es la relación entre los diferentes niveles de ideas innovadoras y sus influencias mutuas. Qué características tienen las ideas programáticas sobre género que se plasman en políticas, cómo se vinculan con los metadiscursos sobre la institución y cómo ambas se traducen en el nivel operativo de los precedentes. En estas relaciones es posible identificar en qué medida las disputas por lo que se considera apropiado se traducen en el nivel más concreto de uso de precedentes.

Por último, pero no por ello menos importante, el estudio de otros casos con sistemas de precedentes establecidos, como puede ser el caso de Brasil, es relevante para fortalecer el argumento.

## Referencias

- Ansolabehere, K. (2007). *La política desde la justicia: Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México* (vol. 30). Flacso.
- Black, R. C. y Spriggs, J. F. (2013). The citation and depreciation of U.S. Supreme Court precedent. *Journal of Empirical Legal Studies*, 10(2), 325-358. <https://doi.org/10.1111/jels.12012>
- Box-Steffensmeier, J. M., Christenson, D. P. y Leavitt, C. (2016). En J. N. Victor, A. H. Montgomery y M. Lubell (Eds.), *Judicial Networks* (vol. 1). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190228217.013.20>
- Caballero Juárez, J. A. (2021). *La reforma judicial de 2021: ¿Hacia dónde va la justicia?* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Campbell, J. L. (2004). *Institutional change and globalization*. Princeton University Press.
- Canon, B. C. y Baum, L. (1981). Patterns of adoption of tort law innovations: An application of diffusion theory to judicial doctrines. *The American Political Science Review*, 975-987.
- Engel, C. y Weinshall, K. (2022). Diffusion of legal innovations. *Annual Review of Law and Social Science*, 18(1), 139-153. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-050420-012835>
- Hitt, M. P. (2016). Measuring precedent in a judicial hierarchy. *Law & Society Review*, 50(1), 57-81. <https://doi.org/10.1111/lasr.12178>
- Kornhauser, L. A. (1994). Adjudication by a resource-constrained team: Hierarchy and precedent in a judicial system. *S. Cal. L. Rev.*, 68, 1605.
- Landa, D. y Lax, J. R. (2009). Legal doctrine on collegial courts. *The Journal of Politics*, 71(03), 946-963.
- Lax, J. R. (2011). The new judicial politics of legal doctrine. *Annual Review of Political Science*, 14, 131-157.
- López Medina, D. E. (2006). El derecho de los jueces. En *Obligatoriedad del precedente constitucional*. Legis.
- Magaloni, K. A. L. y Zaldívar, A. (2006). El ciudadano olvidado. *Revista Nexos, Journal Article*.



Martínez Verástigui, A. (2022). *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. SCJN.

Negrete Cárdenas, M. (2022). *El precedente judicial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Un estudio crítico con motivo de la reforma judicial 2021*. IJ-UNAM.

Pou Jimenez, F. (s. f.). *Supreme and Constitutional Courts. Directions in Constitutional Justice*. S. D.

Rogers, D. E. M. (2003). *Diffusion of Innovations* (5th ed.). Free Press.

Saavedra, C. (2018). El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México. *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. SCJN.

Schmidt, V. A. (2010). Analyzing ideas and tracing discursive interactions in institutional change: From historical institutionalism to discursive institutionalism. APSA 2010.

Serrano, S. (Coord.) (s. f.). *Análisis comparado sobre la perspectiva de género en el CJF entre 2019-2020 y 2021. Resumen ejecutivo*. CJF. <https://www.cjf.gob.mx/micrositios/DGDHIGYAI/resources/publicaciones/analisisComparadoPerspectivaGeneroCJF2019-2020-2021.pdf>

Staton, J. K. y Vanberg, G. (2008). The value of vagueness: Delegation, defiance, and judicial opinions. *American Journal of Political Science*, 52(3), 504-519.

# Anexo 1

## A. Tesis más influyentes

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor | Título de tesis                                                                                        | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------|-----------------|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2011430          | 71              | Primera Sala  | Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.      | Alta<br>"Todo órgano jurisdiccional (debe impartir justicia con una perspectiva de género) en toda controversia judicial..."<br>"Desechando cualquier estereotipo..."                                                                                      |
| 2013866          | 49              | Primera Sala  | Juzgar con perspectiva de género. Concepto, aplicabilidad y metodología para cumplir dicha obligación. | Alta<br>"La obligación de las y los operadores de justicia de juzgar..."<br>"En su <i>deber de impartir</i> justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres..." |
| 2015634          | 18              | Primera Sala  | Violencia sexual contra la mujer. Reglas para la valoración de su testimonio como víctima del delito.  | Alta<br>"Los testimonios de las víctimas <i>de la totalidad de delitos</i> que involucren actos de violencia sexual contra la mujer, deben ser valorados con una perspectiva de género..."                                                                 |





| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor | Título de tesis                                                                                                    | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|------------------|-----------------|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2009998          | 20              | Pleno         | Impartición de justicia con perspectiva de género. Obligaciones que debe cumplir el Estado mexicano en la materia. | Alta<br>“El reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que <i>todos los órganos jurisdiccionales</i> del país impartan justicia con perspectiva de género... la obligación de impartir justicia con perspectiva de género debe operar como regla general...”                                                                                              |
| 2005458          | 11              | Primera Sala  | Perspectiva género administración justicia significado alcances.                                                   | Alta<br>“... <i>el legislador debe evitar</i> la expedición de leyes que impliquen un trato diferente e injustificado entre hombres y mujeres. A su vez, <i>los órganos jurisdiccionales</i> , al resolver los asuntos que se sometan a su conocimiento, <i>deben evitar cualquier clase</i> de discriminación o perjuicio en razón del género de las personas. Así, <i>la perspectiva de género en la administración de justicia obliga a leer e interpretar</i> ”. |

Fuente: elaboración propia con base en la matriz de datos construida para este proyecto.



B. Tesis menos influyentes

2019-2020

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                    | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2013259          | 1               | Tercer tribunal colegiado del vigésimo séptimo circuito          | Delitos sexuales (violación). Al consumarse generalmente en ausencia de testigos, la declaración de la ofendida o víctima de este ilícito constituye una prueba fundamental, siempre que sea verosímil, se corrobore con otro indicio y no existan otros que le resten credibilidad, atento a los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. | <p>Marcador textual:</p> <p>Siempre que</p> <p>“De lo anterior se concluye que como los delitos de índole sexual, por su naturaleza, se consuman generalmente en ausencia de testigos, la declaración de la víctima del delito de violación debe considerarse una prueba esencial, <i>siempre que</i> sea verosímil, se corrobore con cualquier otro indicio y no existan otros que le resten credibilidad, atento a los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia...”</p> |
| 2011935          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito | Violación. El análisis de la violencia moral como elemento de este delito, debe abarcar el contexto integral de los hechos denunciados por la víctima, incluyendo su posible estado de miedo, derivado de una relación de sometimiento precedente con su agresor.                                                                                       | <p>Pautas para valoración de elemento de violencia moral en delito de violación.</p> <p>Tratándose del delito de violación, el análisis de la violencia moral como elemento de este ilícito, <i>debe abarcar el contexto integral de los hechos denunciados por la víctima, incluyendo su posible estado de miedo, derivado de una relación de sometimiento precedente con su agresor, ya que la perspectiva incompleta de la autoridad</i></p>                                       |





| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                          | Título de tesis                                                                                                                                                                                   | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 |                                                                        |                                                                                                                                                                                                   | de los hechos denunciados y los datos aportados, la conduce a centrar, erróneamente, toda su atención en una violencia física o moral solamente relacionada con la materialización de los actos sexuales ocurridos el día del evento delictuoso.                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 2011518          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito        | Trata de personas. No se actualiza la agravante del delito de..., relativa cuando el sujeto activo habite en el mismo domicilio con la víctima, si ya se consumaron los verbos rectores del tipo. | Restringe los agravantes del delito de trata de persona:<br><i>No se actualiza la agravante del delito de..., relativa cuando el sujeto activo habite en el mismo domicilio con la víctima.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 2017527          | 1               | Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito | Derecho a la habitación en caso de copropiedad entre la actora y el deudor alimentario. Es preferente el del acreedor alimentario, atento al interés superior del menor.                          | Derecho de la acreedora alimentaria a habitar la casa de la que es copropietaria:<br><i>El juez tiene la facultad de decretar medidas precautorias conferidas en la norma</i> para el caso de que se demanden alimentos y se reclame ocupar el inmueble habitado por el deudor alimentario que como copropietario ha disfrutado de su totalidad, puesto que la actora copropietaria, por est solo hecho, también tiene derecho a poseer, para cumplir, a su vez, con la obligación alimentaria a su cargo de dar habitación a su hijo. |

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                           | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|------------------|-----------------|-------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2002752          | 1               | Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. | Despido injustificado por motivo de embarazo. Si el patrón se exceptiona y presenta la renuncia de la trabajadora, a él corresponde demostrar tal extremo y a la junta resolver desde una perspectiva de género, y no solo considerar lo que a ella le perjudica.                                     | Perspectiva de género en la valoración de un despido injustificado por causa de embarazo ponderación por parte de la junta:<br>En consecuencia, cuando una trabajadora reclama un despido injustificado por razón de su embarazo y el patrón se exceptiona argumentando que aquella renunció a su empleo para dedicarse al cuidado del hijo, <i>a él corresponde demostrar tal extremo, y si para ello ofrece la renuncia, la Junta debe ponderar desde una perspectiva de igualdad</i> (no discriminación) si es creíble que una trabajadora embarazada renuncie a su empleo, pues, de lo contrario, no resuelve desde una perspectiva de equidad de género, es decir, considerando las pretensiones de una mujer trabajadora embarazada, ya que solo considera lo que a ella le perjudica. |
| 167850           | 1               | Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito     | Renuncia. Si para determinar sobre su verosimilitud la junta no tomó en cuenta el estado de embarazo de la trabajadora, infringe los principios previstos en el numeral 841 de la Ley Federal del Trabajo, la garantía de no discriminación contenida en el artículo 1o. de la Constitución Federal y | 2009 Protección de la trabajadora:<br>En esa tesitura, <i>si la Junta para resolver sobre la verosimilitud de la renuncia formulada por la trabajadora no tomó en cuenta que ésta se encontraba embarazada, infringe los principios previstos en el citado numeral 841, y la garantía de no discriminación prevista en el artículo 1o. de la Constitución Federal, así como la aludida Convención al no considerar el estado de embarazo y la posible violación a esta.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |



| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                                         | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                            | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 |                                                                                       | La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 2006384          | 1               | Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito                   | Trabajadoras embarazadas y en situación de maternidad. Conforme al marco constitucional e internacional de protección de los derechos humanos, al gozar de una tutela especial, entre otros beneficios, cuentan con estabilidad reforzada en el empleo.                    | Protección reforzada en el empleo para trabajadoras embarazadas:<br><br>Al gozar de una tutela especial, entre otros beneficios, <i>cuentan Con estabilidad reforzada en el empleo.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 2019977          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito | Suspensión provisional. Procede concederla con efectos reparatorios respecto de la omisión de la junta de proveer sobre las medidas cautelares solicitadas en la demanda por una trabajadora embarazada despedida, para que se le otorgue el servicio de seguridad social. | Cuando una trabajadora promueve amparo indirecto contra la omisión señalada y afirma haber sido despedida de su empleo por encontrarse embarazada y que como consecuencia de ello se le dio de baja en el seguro social, <i>procede conceder la suspensión provisional a fin de restablecer provisionalmente a la quejosa en el goce de los derechos que dice fueron violados</i> , en términos del artículo 147, en relación con el 138, ambos de la Ley de Amparo, considerando la figura de la apariencia del buen derecho, donde se encuentra inmersa la noción del peligro en la demora. |

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                    | Título de tesis                                                                                                                                                                                                   | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2009082          | 1               | Primera Sala                                                     | Delitos contra las mujeres. Las autoridades encargadas de su investigación están llamadas a actuar con determinación y eficacia a fin de evitar la impunidad de quienes los cometen.                              | Obligación de investigar en delitos contra las mujeres:<br><i>Es por ello que es particularmente importante que las autoridades encargadas de las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres las lleven a cabo con determinación y eficacia.</i>                                                                                                                                         |
| 2014620          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito | Juzgar con perspectiva de género. El juzgador debe identificar una situación de vulnerabilidad en casos donde se hagan patentes circunstancias de crisis familiar, para valorar las pruebas, con base en aquella. | Valoración de pruebas con perspectiva de género:<br>En consecuencia, el juzgador debe identificar una situación de vulnerabilidad en casos donde se hagan patentes circunstancias de crisis familiar, para valorar las pruebas con base en una perspectiva de género.                                                                                                                                  |
| 2016937          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito | Pensión compensatoria con base en una perspectiva de género. Es indispensable tomar en cuenta su carácter resarcitorio y asistencial.                                                                             | Perspectiva de género en materia de pensión compensatoria:<br>Con base en lo anterior, <i>para otorgar una pensión compensatoria con base en una perspectiva de género, es indispensable tomar en cuenta su carácter resarcitorio y asistencial</i> , porque de esta manera se podrá identificar, en un caso concreto, cuáles elementos comprenden el concepto de vida digna del acreedor alimentario. |



| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                  | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                               | Marcadores del contendio                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|------------------|-----------------|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 164302           | 1               | Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito | Menores de doce años. Qué debe entenderse por su normal desarrollo (interpretación de la fracción ii, apartado b, del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal).                                                                                | Reproduce estereotipo de maternidad:<br>... existe la presunción legal de que los hijos menores de doce años deben quedar al cuidado de la madre, <i>salvo que se acredite</i> que sea la causante de violencia familiar o que con ella el desarrollo normal de dichos menores se encuentre en grave peligro.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 2007790          | 1               | Primera Sala                                                   | Alimentos. La naturaleza subsidiaria de la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus menores nietos no genera violencia económica en contra de la madre de estos (interpretación del artículo 357 del Código Civil para el estado de Guanajuato). | Alimentos. Responsabilidades en el cuidado de los hijos:<br><i>Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado de manera constante, que tanto el hombre como la mujer se encuentran capacitados para cuidar de sus hijos, pues son las aptitudes de estos para generar un ambiente adecuado las que habrán de influir en la decisión sobre quién ejerce la guarda y custodia, sin que se deba otorgar en automático Por tanto, resulta claro que la naturaleza subsidiaria de las obligaciones alimentarias a cargo de los abuelos, contenida en el artículo 357 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, no produce de manera inmediata, forzosa e indubitable, un menoscabo económico en contra de la madre. En cualquier caso, lo que habría de combatirse son las condiciones alimentarias fijadas por un juzgador en el caso concreto, a partir de la valoración específica que emprendió en torno a las particularidades del asunto.</i> |

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                    | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2018830          | 1               | Primera Sala                                                     | Suplencia de la queja deficiente a favor de niños, niñas y adolescentes. Al aplicarla en un litigio de guarda y custodia, no tiene como fin favorecer a alguno de los progenitores.                                                            | La suplencia de la queja en caso de NNA no tiene como objetivo favorecer a uno de los progenitores, pero <i>el sustento y el móvil de tal determinación es y debe ser siempre el interés superior del menor</i> , pues es a la luz de este principio constitucional que se suple la deficiencia de la queja.                                                                                                                                                                                                       |
| 2011934          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito | Víctimas vinculadas a su agresor por relaciones filiales o de pareja que inciden en la comisión del delito. La valoración de las pruebas debe abarcar, según el caso, la perspectiva de género o de protección eficaz de sectores vulnerables. | Valoración de pruebas con perspectiva de género:<br><i>El análisis de las pruebas correspondientes, en cuanto a su verosimilitud y lógica, debe hacerse desde un posicionamiento de amplitud considerativa e interpretativa</i> , que abarque, según el caso, la perspectiva de género o de protección eficaz de grupos o sectores vulnerables, a fin de lograr un juzgamiento racional, integral y congruente a los fines de la justicia, no solo formal sino material, propio de un verdadero Estado de derecho. |
| 2014353          | 1               | Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito  | Pensión alimenticia. En los juicios de divorcio, la condena a su pago debe hacerse conforme a las directrices que establece el artículo 162 del Código Civil para el estado de Veracruz, es decir, atento al estado de                         | <p>Accepta legislación de Veracruz respecto a que en el divorcio de común acuerdo no se contempla pensión compensatoria.</p> <p>Realiza interpretación restrictiva de una tesis de la primera sala: <i>... en virtud de que en dicho criterio se alude a esos elementos, dentro de los cuales no se contempla el "estado de necesidad manifiesta";</i></p>                                                                                                                                                         |



| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------------|-----------------|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 |               | necesidad manifiesta de cualquiera de los cónyuges, al decretarse la disolución del vínculo matrimonial [inaplicabilidad de la tesis aislada 1a. cdxxxviii/2014 (10a.)]                                                                                                                                     | aspecto sustancial que debe observarse en la mencionada legislación del Estado.                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 2005924          | 1               | Primera Sala  | Interés superior del menor. Uso justificado de las categorías protegidas en el artículo primero constitucional, en las contiendas que involucran los derechos de los niños.                                                                                                                                 | Pruebas para evitar estereotipos basados en las características de los progenitores:<br>Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los progenitores.                                                                                                      |
| 2006790          |                 | Primera Sala  | Guarda y custodia de los menores de edad. El artículo 4.228, fracción ii, inciso a), del Código Civil del estado de México, interpretado a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es constitucional. | Interpretación de la guarda y custodia:<br>En esta lógica, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; <i>sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea.</i> |

Fuente: elaboración propia.



| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                           | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                    | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------|-----------------|---------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2022541          | 1               | Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito | Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia en la Ciudad de México. Al excederse el plazo de efectividad de las medidas u órdenes de protección que prevé el artículo 62 de la ley relativa, se contraviene la finalidad para las que fueron establecidas. | <i>“Considerar lo contrario, esto es, prorrogar indefinidamente la provi-<br/>dencia cautelar, estribaría en la contradicción directa, tanto de lo<br/>dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Acceso de las Mujeres a<br/>una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México, la natura-<br/>leza temporal y expedita de la medida, así como en la sustitu-<br/>ción de procedimientos diversos ya previstos en otros cuerpos<br/>normativos que permiten la efectiva tutela de las partes, tal<br/>como lo estipula el artículo 17 constitucional”</i> . |
| 2021018          | 1               | Primera Sala                                            | Violación equiparada prevista en el artículo 175 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México. La calificativa de violencia física o moral no es una cláu-<br>sula de doble punición.                                             | <i>“Por tanto, es constitucionalmente válida la inclusión del uso de la<br/>violencia, física o moral, como una circunstancia calificativa del delito<br/>de violación equiparada, sin que esto implique una transgresión de<br/>los principios constitucionales de exacta aplicación de la ley penal y<br/>de que ninguna persona será juzgada dos veces por el mismo<br/>delito, o la misma conducta”</i> .                                                                                                                                               |
| 2020994          | 1               | Segunda Sala                                            | Pensión por jubilación. Las leyes buro-<br>cráticas que benefician a las mujeres al<br>establecer menos años de servicios de<br>los exigidos a los hombres para acceder<br>al porcentaje máximo de aquella, no                                                     | <i>“Consecuentemente, esa asimetría en los años de servicio exigidos<br/>para la obtención del porcentaje máximo de una pensión entre muje-<br/>res y hombres –en favor de las primeras– no viola el primer párrafo<br/>del artículo 4o. de la Constitución Federal que establece que “La<br/>mujer y el hombre son iguales ante la ley”, pues el privilegio</i>                                                                                                                                                                                            |





| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                    | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                        | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 |                                                                  | violan el principio de igualdad ante la ley, ni el que ordena que a trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo, previstos en los artículos 4o., primer párrafo, y 123, apartado b, fracción v, de la Constitución Federal. | que se otorga aspira a lograr una igualdad real y no meramente formal entre ellos”.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 2019902          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito | Violencia psicológica. Sus características e indicadores.                                                                                                                                                                                              | “Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma de decisiones, entre otros, <i>la violencia psicológica a menudo se produce al interior del hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima</i> ”. |
| 2019863          | 1               | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del                  | Estereotipos sobre roles sexuales. Los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de analizar los juicios en materia familiar con perspectiva de género, dado que constituye el medio para verificar si la discriminación                           | “Por tanto, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de analizar los juicios en materia familiar con perspectiva de género, pues este método analítico es intrínseco de la función jurisdiccional, dado que constituye el medio para verificar si la discriminación estructural aún existente”.                                                                                                                                                                                                          |

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                                       | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|------------------|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 | Séptimo Circuito.                                                                   | estructural aún existente, ocasionada por aquellos, permeó en el caso concreto.                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 2018830          | 1               | Primera Sala                                                                        | Suplencia de la queja deficiente a favor de niños, niñas y adolescentes. Al aplicarla en un litigio de guarda y custodia, no tiene como fin favorecer a alguno de los progenitores.                                                                                                                                                         | “En efecto, en los casos en que sea objeto de litigio la guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes, <i>necesariamente a uno de los progenitores le será otorgada esta y se verá de algún modo colmada su pretensión, pero el sustento y el móvil de tal determinación es y debe ser siempre el interés superior del menor, pues es a la luz de este principio constitucional que se suple la deficiencia de la queja</i> , con la finalidad de hacerlo operativo y lograr la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los casos litigiosos que les afecten”. |
| 2016735          | 1               | Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito | Feminicidio. En cumplimiento a las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, los datos de violencia previa y comitante al asesinato de una mujer, son elementos que deben conducir a la calificación de los hechos en este delito. | <i>“En cumplimiento a esa obligación, la existencia de datos de violencia previa y comitante al asesinato de una mujer, son elementos que necesariamente deben conducir a la calificación de los hechos en el delito de feminicidio, pues actualizarlos en la hipótesis relativa al homicidio, conllevaría invisibilizar tanto el contexto de violencia de la víctima, como las acciones afirmativas realizadas en la investigación y juzgamiento de la violencia contra mujeres”.</i>                                                                                                               |





| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|------------------|-----------------|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2015245          | 1               | Primera Sala  | Violencia familiar. La adopción de esta figura típica por el legislador no pretende justificar inferencias arbitrarias en la vida privada de las personas, sino atender la necesidad de emprender acciones que protejan la integridad física y psicológica de las personas que conviven en ese ámbito. | “El legislador local, al adoptar la figura típica contenida en el artículo 284 bis del Código de Defensa Social del estado de Puebla (hoy Código Penal del estado de Puebla), sopesa adecuadamente la importancia de la integridad personal y la especial situación de vulnerabilidad de quienes conviven en relaciones afectivamente significativas, con el entendimiento de que el derecho penal debe configurar la última respuesta –recurso– de un Estado democrático social de derecho como el nuestro, y reconoce la extendida realidad social de que en el entorno familiar...” |
| 2010492          | 1               | Primera Sala  | Discriminación. Las normas que prevén la asignación de tareas, habilidades y roles estereotipados con base en el sexo o la identidad sexo-genérica de las personas constituyen una forma de aquella y, por ende, son inconstitucionales.                                                               | “Las normas que prevén esa asignación son inconstitucionales, porque el Estado determina a las personas con base en estas características y niega, por un lado, la diversidad de los proyectos de vida y, por otro, la posibilidad de la distribución consensuada de las tareas dentro de las parejas y las familias”.                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 2010006          | 1               | Pleno         | Violencia contra la mujer. Obligaciones positivas de carácter adjetivo que debe cumplir el estado mexicano.                                                                                                                                                                                            | “En esa tesitura, por lo que hace a las investigaciones de los casos de violencia contra la mujer, resulta menester que...”                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                        | Título de tesis                                                                                                                                                                                                          | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|------------------|-----------------|--------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2009922          | 1               | Primera Sala                         | Matrimonio entre personas del mismo sexo.<br>No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo.                                                                                                               | “La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.”                                                                                                                                       |
| 2009406          | 1               | Primera Sala                         | Matrimonio entre personas del mismo sexo.<br>No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo.                                                                                                               | “No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja”.                                                                            |
| 2005795          | 1               | Primera Sala                         | Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia en el Distrito Federal. El artículo 62, párrafo segundo, de la ley relativa, al establecer las medidas de protección de emergencia, no viola el derecho fundamental. | “... lo cual permite considerar que la referida ley tutela y cumple con ese derecho a favor del agresor, en virtud de la afectación que pudiera ocasionarse a la esfera de sus derechos con el dictado de la medida cautelar. De ahí que el artículo 62, párrafo segundo, de la citada ley, al establecer medidas de protección de emergencia, no viola el derecho fundamental de audiencia previa”. |
| 2002428          | 1               | Noveno Tribunal Colegiado en Materia | Trata de personas. Conforme al artículo 3, inciso b), del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar ese delito, especialmente mujeres y niños,                                                                       | “Por tanto, no puede tenerse como defensa situaciones de las que se advierte un aparente consentimiento de la víctima, puesto que este debe considerarse viciado y, por ende, anulado, a probarse que los activos del delito utilizaron cualquiera de los medios prohibidos                                                                                                                          |



| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                          | Título de tesis                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 | Penal del Primer Circuito                                              | que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), la defensa del activo basada en que la víctima mayor de edad consintió inicialmente la explotación sexual a que fue sometida, se excluye cuando se demuestra que para obtener el consentimiento el tratante recurrió a cualquiera de los medios prohibidos (legislación del Distrito Federal). | mencionados para obligar a la víctima a permanecer con ellos y explotarla sexualmente”.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 162582           | 1               | Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. | Igualdad del hombre y la mujer y no discriminación por razones de género. Son principios que no se violan cuando se involucra el derecho de un menor a recibir alimentos.                                                                                                                                                                                                                                                   | “De manera que no se impone solo al hombre tal carga, sino que recae también en la mujer, por lo cual el hecho de que a uno de los padres se imponga una carga procesal de proporcionar alimentos en determinado porcentaje de su salario, en favor de su menor hijo, a pesar de que percibe un ingreso inferior al de su contraparte, no revela discriminación por razón de género, ni se viola el principio de igualdad, si se parte de la base de que cuando el menor se encuentra incorporado al hogar de la madre (modo |

| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor | Título de tesis                                                                                                                                                   | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------|-----------------|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  |                 |               |                                                                                                                                                                   | específico de cumplir esa obligación, conforme al artículo 309 del citado código), esta debe subvenir los rubros que no se alcancen a cubrir con el monto fijado a cargo del padre, pues si ambos cuentan con empleo e ingresos, <i>tienen obligación de aportar, en la medida de sus posibilidades, lo necesario para la subsistencia del menor</i> ".                                                                       |
| 176065           | 1               | Primera Sala  | Violación. Se integra ese delito aun cuando entre el activo y pasivo exista el vínculo matrimonial (legislación del estado de Puebla). (Tesis 176065, p. 1: 221). | <i>"... por tanto, debe concluirse que cuando uno de los cónyuges obtiene la cópula por medios violentos –sean estos físicos y/o morales–, queda debidamente integrado el delito de violación, sin importar la existencia del vínculo matrimonial"</i> .                                                                                                                                                                      |
| 167602           | 1               | Primera Sala  | Violencia física como medio específico de comisión.                                                                                                               | <i>"En este sentido, es importante destacar que la imposibilidad de oponer resistencia es una circunstancia de hecho generada por los actos llevados a cabo por el sujeto activo y que es irrelevante que use un mínimo de fuerza toda vez que el resultado que produce es el mismo, por la misma razón es irrelevante que el sujeto pasivo esté consiente de los actos violentos que el sujeto activo está realizando"</i> . |





| Registro digital | Citas recibidas | Órgano emisor                                                    | Título de tesis                                                                                                            | Marcadores del contenido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------|-----------------|------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 180973           |                 | Primera Sala                                                     | Violencia familiar. Constituye un delito continuado en términos del artículo 190 del Código Penal del estado de Chihuahua. | “De lo anterior se colige que el ilícito que contempla el referido artículo 190 constituye un delito continuado, pues tiene como características la pluralidad de acciones, la unidad de intención y la identidad de la lesión, además, requiere que la acción recaiga sobre el mismo pasivo y que la conducta del activo sea recurrente”. |
| 194602           |                 | Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito | Alimentos. El marido tiene la carga de probar que la mujer no los necesita y esta la presunción de requerirlos.            | “Resulta claro que, cuando el marido sostiene que la mujer se encuentra en cualquiera de estos casos de excepción, le corresponde la carga de la prueba, y si no lo acredita, es evidente que debe proporcionar los alimentos a la mujer, que tiene a su favor la presunción de necesitarlos derivada del mismo mandamiento”.              |

Fuente: elaboración propia.







# Los jueces de la Corte Suprema argentina y la difícil tarea de permanecer en el cargo

*Andrea Castagnola*<sup>1</sup>

---

1 Profesora invitada en el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales y de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Argentina); investigadora afiliada a LawTransform (CMI-Noruega).

## La manipulación política del poder judicial es

un problema arraigado en las democracias en desarrollo como las latinoamericanas, porque los jueces no pueden ejercer correctamente su rol dentro del sistema de pesos y contrapesos. Según Pérez-Liñán y Castagnola (2009), en Latinoamérica, entre 1904 y 2009, los presidentes han tenido un rol fundamental a la hora de afectar la estabilidad de los jueces de los tribunales superiores. A pesar de que este hallazgo corrobora el argumento de Verner (1984) sobre la predominancia del poder ejecutivo sobre el poder judicial, aún no queda claro cómo los presidentes han logrado conformar una Corte aliada. La persecución política de muchos jueces latinoamericanos, debido a sus fallos contra los intereses del gobierno, ha inducido en muchos casos el retiro de los jueces, como sucedió en 2009 con los miembros del Tribunal Constitucional de Bolivia o en 2004, en Ecuador. Estos casos ilustran que, contrario a lo que se creería popularmente, las salidas de los jueces de las altas Cortes no ocurren exclusivamente cuando un juez muere en funciones o termina su mandato, sino que también están motivadas por razones políticas. ¿Qué factores motivan las salidas forzadas o inducidas de los jueces en las democracias en desarrollo?

Dado que la investigación existente en Latinoamérica no ha hecho un análisis sistemático respecto a las diferentes formas en que los jueces salen de las Cortes, aún no se encuentra testada la hipótesis respecto a que los incentivos políticos partidarios de los presidentes explicarían los patrones de recambios al interior de las Cortes. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, estudios revelan que entre 1789 y 1992 en la Corte Suprema de dicho país la probabilidad de retiro voluntario de los jueces difiere

de aquella de las salidas como resultado de su fallecimiento (Zorn y Van Winkle, 2000).<sup>2</sup> Este capítulo tiene como objetivo analizar los patrones de inestabilidad de los jueces de la Corte Suprema Argentina y evaluar cuáles fueron las motivaciones que incentivaron dichos recambios entre 1916<sup>3</sup> y 2014. Dado que los cambios en la política son asociados con cambios en la conformación de la Corte (Baum, 1992), el punto de partida de esta investigación es que los presidentes, mientras están en el poder, quieren contar con una Corte que los apoye, con el fin de aumentar su ventaja política y,<sup>4</sup> al mismo tiempo, asegurar que nada dificulte política de gobierno. La hipótesis que guía esta investigación es que la política partidaria es relevante a la hora de explicar los ciclos y patrones de retiros inducidos o forzados de los jueces de la Corte Suprema. Dado que el ejecutivo ha demostrado ser un actor relevante para explicar la independencia judicial en las democracias en desarrollo (Chávez, 2004; Scribner, 2004; Helmke, 2005; Magaloni y Sánchez, 2006; Herrero, 2007; Ríos-Figueroa, 2007; Iaryczower *et al.*, 2002; Pérez Liñán y Castagnola, 2009; Trochev, 2008; Widner y Scher, 2008; Ginsburg, 2003; Ramseyer y Rasmusen, 2003), esta investigación busca contribuir a un mejor entendimiento de las relaciones entre la Corte y el ejecutivo de estos países.

Esta investigación contribuye a la literatura sobre el tema con aportes teóricos y metodológicos. Por una parte, la diferenciación

---

2 Esta investigación no sigue la misma clasificación de las vacantes de la literatura estadounidense debido a la distinta lógica detrás de la creación de vacantes en las democracias en desarrollo. La siguiente sección presenta una explicación más detallada de este tema.

3 El punto de partida es 1916, dado que en ese año tuvo lugar la primera elección presidencial democrática en secreto y el voto fue obligatorio (Romero, 2001). La Ley 8.871, sancionada en 1912, conocida como la ley Sáenz Peña, tenía como fin terminar con el fraude electoral en el país, no solo a través de la eliminación de la votación abierta, sino también a partir de la creación de una nueva nómina electoral (conocida como padrón electoral).

4 Una lógica similar aplica a la implementación de las reformas judiciales en Latinoamérica. Finkel (2008) argumenta que dicha implementación tiene lugar cuando el partido gobernante se da cuenta de que no será capaz de mantener su dominio político en otro mandato. Las reformas judiciales actúan como una política de seguro para el partido gobernante saliente frente al entrante.

entre los retiros por causas biológicas o naturales frente a retiros inducidos o forzados, ilumina la literatura sobre las relaciones entre el ejecutivo y la Corte. El hecho de que el ejecutivo pueda condicionar la duración del tiempo en que los jueces están en el cargo revela que la relación entre estas dos instancias es mucho más sofisticada de lo que se podría haber anticipado. Por otra parte, el modelo econométrico de riesgos competitivos utilizado en este capítulo permite analizar de forma apropiada y precisa los diferentes factores que explicarían cada una de las salidas.

El capítulo tiene seis secciones. En la primera analizo las principales teorías detrás del recambio judicial tanto dentro como fuera de la literatura estadounidense, y en la segunda desarrollo una teoría sobre el recambio de jueces en democracias en vías en desarrollo. Las secciones tercera, cuarta y quinta conforman la parte empírica del capítulo, en donde presento los datos, los modelos econométricos y los resultados. En dichas secciones presento datos descriptivos que revelan que las salidas por causas naturales han sido una constante a lo largo de todo el siglo, mientras que los retiros inducidos comenzaron a fines de la década de los cincuenta y persisten aún hoy. La última sección concluye con las implicaciones de este estudio para la literatura sobre las relaciones entre el ejecutivo y la Corte en democracias en desarrollo.

### **Revisión de la literatura respecto a cómo y por qué se originan recambios en las Cortes Supremas**

Los primeros estudios en abordar este fenómeno se basan en la Corte Suprema de los Estados Unidos.<sup>5</sup> En la literatura estadounidense, un grupo de académicos ha desarrollado un marco teórico que propone exponer qué factores explican los retiros de los jueces de la Corte Suprema. El principal argumento radica en que las salidas de los jueces no son un evento aleatorio, sino que

---

5 Para profundizar en esta literatura ver: Schmidhauser (1962), Wallis (1936), Callen y Leidecker (1971), Ulmer (1982), King (1987).

reflejan decisiones estratégicas de los mismos jueces.<sup>6</sup> Dentro de esta línea de argumentación, un grupo de autores sostienen que son precisamente los intereses políticos de los jueces lo que los motiva a abandonar estratégicamente sus cargos (Barrow y Zuk, 1990; Hagle, 1993; Hall, 2001; King, 1987; Nixon y Haskin, 2000; Spriggs y Wahlbeck, 1995; Zorn y Van Winkle, 2000; Epstein y Segal, 2005), mientras que otros autores sostienen que las salidas de los jueces se basan en razones no políticas, generalmente asociadas con motivaciones personales como carga de trabajo y económicas (Squire, 1988; Yoon, 2006, 2003).

Respecto a las investigaciones que sostienen que las salidas son motivadas por razones políticas de los propios jueces, la lógica del argumento consiste en que estos son más propensos a retirarse de la Corte cuando comparten la ideología política del gobierno de turno, ya que este último reemplazaría al juez saliente por otro con ideología similar. En términos prácticos, esta teoría sugiere que es más probable que los jueces se retiren de sus cargos voluntariamente cuando pertenecen al mismo partido político del presidente y de la mayoría del Congreso por el cual fueron designados. Esto se basa en la suposición de que los jueces comparten las mismas preferencias políticas que el partido político que designó al ejecutivo (Zorn y Van Winkle, 2000). Evidentemente, es la política lo que motiva el comportamiento estratégico de los jueces dado que estarán dispuestos a abandonar sus cargos solo cuando se pueda designar a un juez con ideología similar y no con ideología diferente (Hagle, 1993; Spriggs y Wahlbeck, 1995; Zorn y Van Winkle, 2000).<sup>7</sup>

Aunque la literatura estadounidense ofrece un modelo interesante para comprender el recambio judicial en las Cortes, su

---

6 Algunas de las pocas excepciones a este argumento pueden encontrarse en Ulmer (1982) y Wallis (1936).

7 Junto con el argumento de retiro estratégico, algunos estudios han incluido en sus análisis estadísticos variables no políticas (como la edad –utilizada como *proxy* para condición de salud–, salarios, pensiones, cantidad de casos y satisfacción laboral) como una forma de controlar otros factores que también puedan afectar el recambio judicial. A pesar de que la mayoría de los estudios han encontrado evidencia que respalda algunas de estas explicaciones no políticas, Squire (1988) y Yoon (2003, 2006) hallaron evidencia que apoya solamente a los factores no políticos.

hipótesis se basa en suposiciones que coinciden perfectamente con el caso de Estados Unidos y quizás también con otras democracias industriales avanzadas como Australia,<sup>8</sup> pero probablemente no para democracias en desarrollo como la Argentina. El principal problema de la teoría del retiro estratégico para las democracias en desarrollo radica en que es precisamente *la motivación del presidente y no la de los jueces* la que determina cuándo saldrá un juez de la Corte. El principal supuesto de este capítulo consiste en que la proporción de jueces que abandonan la Corte Suprema en un año determinado no es un evento aleatorio o fortuito, sino más bien un evento que se da en función de ciertas variables políticas partidarias.

Los estudios sobre las cortes supremas en América Latina, especialmente las investigaciones que analizan el voto de los jueces, también han contribuido con la literatura sobre el recambio judicial. Dado que los jueces de la región no cuentan con la protección institucional necesaria para asegurar la independencia de sus decisiones y no ser castigados por sus votos, diversos estudios sostienen el supuesto de que, mediante el voto en sus fallos, los jueces pueden regular su estabilidad en el cargo (Helmke, 2005; Leoni y Ramos, 2006; Magaloni y Sánchez, 2006; Scribner, 2004; Herrero, 2007; Chávez, 2004; Ríos-Figueroa, 2007; Iaryczower *et al.*, 2002).

La lógica parte del supuesto de que los jueces son actores estratégicos que desean mantenerse en funciones. Por ello, en contextos en donde el presidente cuenta con amplia mayoría en el Congreso para iniciar un juicio político, los jueces no lo desafiarían con fallos adversos a los intereses del gobierno para evitar represalias, mientras que en aquellas situaciones en donde el presidente no cuenta con dichas mayorías los jueces podrían desafiarlo ya que no podrían ser removidos de su cargo (Chávez, 2004; Iaryczower *et al.*, 2002). Por ende, según estos autores, el voto de los jueces sería estratégico o sincero dependiendo del poder del ejecutivo en el Congreso. Con base en estos supuestos, la literatura sostiene que la probabilidad de

---

8 Maitra y Smyth (2005) obtuvieron resultados similares al estudiar los factores determinantes del recambio judicial de la Corte Suprema de Australia.

que un juez sea removido de su cargo será más alta cuando el partido gobernante tenga una amplia mayoría en el Congreso. Otra suposición que subyace en estos estudios es que el juicio político o su amenaza es la única forma para remover a los jueces de sus cargos. En esta investigación propongo que existen otros mecanismos, además del juicio político, mediante los cuales los presidentes pueden forzar o inducir la salida de los jueces.

Otro grupo de investigaciones sostiene que la estabilidad de los jueces puede verse afectada por los calendarios electorales, ya que la capacidad del presidente por manipular la composición de las Cortes puede facilitarse durante los primeros años de gobierno. En la literatura estadounidense y en la investigación de Helmke (2005) sobre el comportamiento de los jueces en Argentina se identifican las elecciones presidenciales como momentos claves para la inestabilidad de los jueces en su cargo. La lógica del argumento radica en que cuando los presidentes enfrentan una Corte hostil, lo más probable es que manipulen su composición durante los primeros años de gobierno en vez de en los últimos años. Esto se debe a que es más provechoso para los políticos tener una Corte leal al comienzo de su mandato (en vez de al final) para poder garantizar que se cumplan los objetivos políticos del gobierno. Asimismo, durante el comienzo del mandato los ejecutivos tienen mayor capacidad de influenciar la política debido al “efecto de luna de miel”. Por estos motivos es que el ciclo electoral puede afectar la estabilidad de los jueces en el cargo.

Al mismo tiempo, aunque la literatura estadounidense del retiro estratégico respalda la hipótesis del ciclo electoral, este patrón tiene un efecto diferente en las democracias en desarrollo. Bajo el modelo estadounidense, los jueces abandonan sus cargos cuando esperan que otro de ideología similar sea nombrado para sucederlos, mientras que, en el caso argentino, el Ejecutivo busca reemplazar a aquellos jueces por otros que tienen ideologías diferentes. Por esta razón, en el modelo estadounidense, las nuevas designaciones probablemente mantengan el equilibrio ideológico de la Corte (Franklin, 2002), mientras que en el caso argentino sucedería lo opuesto: los ciclos electorales resultan ser momentos especiales en los que la Corte puede cambiar el balance de su configuración ideológica. En la próxima sección



demuestro que los recambios en la Corte Suprema argentina han ocurrido a menudo luego de un cambio de gobierno; por ello es que, en democracias en desarrollo, los cambios en el poder ejecutivo devienen en cambios en la conformación ideológica de la Corte.

### Teoría sobre el recambio de jueces en cortes en democracias en vías de desarrollo

Los recambios en las cortes pueden ocurrir básicamente por dos motivos: biológicos o políticos. La principal (o la más esperable) razón por la cual los jueces saldrían de la Corte es por motivos de índole biológico como, por ejemplo, la muerte de un juez, o por problemas de salud o jubilación por edad. Este tipo de salidas ocurre de forma aleatoria a lo largo del tiempo y no son el objeto de estudio de esta investigación ya que están relacionadas con causas biológicas. Respecto a la salida motivada por razones políticas, estas devienen en retiros forzados o inducidos de jueces que son hostiles<sup>9</sup> a los políticos. Las salidas forzadas o inducidas suceden cuando los jueces son empujados o forzados a renunciar tempranamente a la Corte, es decir, a salir del cargo antes de que lo hubieran deseado.

El punto de partida de mi argumento radica en que, a diferencia de la teoría de retiro estratégico, en democracias en vías de desarrollo como la Argentina, es la *motivación política de los presidentes y no la de los jueces* la que determina el recambio de miembros al interior de la Corte. Si bien la literatura relacionada con el comportamiento judicial sostiene que los jueces pueden regular su estabilidad en el cargo dependiendo de cómo votan en los fallos, la gran inestabilidad de los jueces en las cortes supremas de la región da cuenta de que la forma en que estos han votado no les ha permitido garantizar su estabilidad en

---

9 Por “jueces hostiles” se hace referencia a aquellos que fueron nombrados por un ejecutivo con distintas preferencias políticas del ejecutivo actual; mientras que “jueces aliados” se refiere a aquellos que son política e ideológicamente cercanos al ejecutivo. Esto se debe, en general, a que se espera que un juez que comparte las mismas preferencias políticas que el ejecutivo falle a favor de este último.

el cargo. Debido a que los jueces no han podido controlar o garantizar su estabilidad en el cargo, en este estudio me focalizo en analizar la racionalidad de los políticos por manipular la conformación de las cortes.

En democracias en vía de desarrollo o consolidación, el beneficio que obtienen los políticos por controlar políticamente las cortes son más importantes que los costos asociados por realizarlos; por ello, los políticos tendrán incentivos y motivaciones para manipular la conformación de los poderes judiciales. En este tipo de democracias, las instituciones políticas están en proceso de consolidación y, en muchas ocasiones, existe un débil *accountability* horizontal (Diamond, 1999). Las reglas políticas no están completamente consolidadas, por lo que el Congreso y la justicia suelen tener poca capacidad para controlar al poder ejecutivo. La dificultad para respetar la separación de poderes ha dificultado el accionar del poder judicial como un actor de control de legalidad de los actos de los otros poderes del Estado. En contextos políticos inestables, los políticos tienen horizontes temporales de corto plazo y se concentran, generalmente, en ganar las elecciones para mantenerse en el poder. Si las reglas no están claramente determinadas o no son respetadas, aquellos políticos que no ganen en las elecciones podrían representar una pérdida de poder en el largo plazo y quedar fuera de la escena política partidaria (Aydin, 2013; Popova, 2012). En este contexto, los poderes judiciales se han convertido en herramientas valiosas para los políticos a fin de alcanzar sus objetivos. Las cortes pueden proscribir partidos políticos o candidatos de las elecciones, regular los calendarios electorales o apoyar a los gobernantes mediante la legitimación de sus políticas de gobierno. Por ello, los políticos ven frecuentemente a las cortes como sus aliados para alcanzar sus objetivos y, de ahí, la racionalidad por manipular su confirmación. En democracias en consolidación la competencia política y las elecciones tienden a aumentar el recambio de los jueces, y las cortes se convierten en foco de manipulación política partidaria.

Si tener una Corte amistosa puede contribuir a que los políticos cumplan con sus ambiciones, ¿por qué la manipulación en la conformación de las cortes solo sucede en democracias en vía de desarrollo? La manipulación de los poderes judiciales se da

en este tipo de democracias porque quienes ejercen la política tienen bajos costos políticos y sociales por hacerlo. Como sostienen diversos académicos, la falta de libertad de prensa y la fuerte inestabilidad institucional, contribuye a que los ataques al poder judicial no reciban reacciones negativas significativas por parte de la sociedad o los medios de comunicación, e incluso, en algunos casos extremos, la manipulación constante y recurrente de las cortes se convierte en un hecho previsible (Aydin, 2013; Popova, 2012; VonDoepp y Ellett, 2011).

Entonces, en las democracias en desarrollo, a diferencia de las democracias consolidadas, los políticos tienen mucho por perder si no ganan una elección ya que dicho candidato quedaría fuera de la competencia partidaria en el largo plazo. La incertidumbre electoral hace que los políticos confíen en aquellos jueces que tienen preferencias o ideologías similares a ellos, idealmente jueces designados por ellos. Por esta razón, cuando los políticos se enfrentan a una Corte con jueces de diferente ideología, es probable que prefieran (y confíen en) tener una Corte aliada con su mandato para poder garantizar su continuidad en el largo plazo. Por lo tanto, los cambios en el partido de gobierno aumentarían la salida de jueces durante los primeros años de administración.

Hipótesis 1: La probabilidad de que un juez abandone su cargo aumenta cuando no comparte las mismas preferencias ideológicas que el ejecutivo de turno.

Hipótesis 2: La probabilidad de que un juez abandone su cargo aumenta cuando hay un cambio de partido de gobierno.

Siguiendo con la literatura, los ejecutivos que cuentan con mayorías en el Congreso pueden controlar la Corte porque tienen la capacidad política para castigar a esos jueces hostiles (Bill Chávez, 2004; Iaryczower *et al.*, 2002; Ríos-Figueroa, 2007). Si este fuera el caso, entonces solo los gobiernos fuertes podrían manipular la confirmación de la Corte, sin embargo, algunos países como Argentina dan cuenta de que los gobiernos, incluso sin una mayoría en el Congreso, también han podido crear una Corte leal. El punto clave aquí es que, independientemente del poder que tenga el presidente en el congreso, los presidentes de las democracias en desarrollo intentarían tener cortes amigas debido a que los costos políticos y sociales asociados a dichos

ataques son menores que los beneficios que trae aparejados no hacerlo. Por esta razón, en esta investigación cuestiono el supuesto de la literatura que reconoce el juicio político (o su amenaza) como la única forma para destituir a un juez de su cargo. Aquí propongo que existen otros mecanismos, además de los institucionales, que pueden ayudar a los políticos a generar recambios al interior de la Corte.

Hipótesis 3: La probabilidad de que un juez abandone su cargo no se relaciona con el poder del presidente en el Congreso.

Si el poder del ejecutivo dentro del Congreso no es una condición excluyente para poder manipular la conformación de las cortes, ¿cómo es que aquellos gobiernos que no controlan el Congreso pueden generar recambios en la conformación de las cortes? Para inducir la salida de los jueces existen diferentes mecanismos institucionales y no institucionales, mediante los cuales los políticos han podido generar recambios sin importar el poder que tengan dentro del Congreso. Si bien las constituciones y la literatura identifican el juicio político como el mecanismo institucional para remover a jueces, existen otras estrategias –complementarias– tanto institucionales como no institucionales que tienen el mismo efecto que el juicio político (es decir, remover a un juez de su cargo), pero sin tener la misma visibilidad pública. Esta es la razón por la que estos otros mecanismos han sido utilizados con mayor frecuencia en los países en desarrollo. El uso recurrente por parte de los políticos de estas estrategias institucionales y no institucionales para inducir la salida de los magistrados se ha convertido en regla informal.

### **Recambio al interior de la Corte Suprema argentina: identificando salidas inducidas de salidas naturales**

¿Cuál ha sido el tipo de recambio más frecuente en los jueces de la Corte Suprema argentina? Y ¿qué factores lo explican? Con base en un análisis cualitativo de fuentes de información primaria y secundaria respecto a las razones que motivaron las salidas de los jueces de la Corte Suprema presento en esta sección los principales hallazgos de dichos datos.

Desde 1900 hasta 2014, salieron de la Corte Suprema 86 jueces, el 40% de ellos por causas naturales<sup>10</sup> y el 60% por causas políticas (Castagnola, 2018, 2020). Si bien los jueces son designados de forma vitalicia, un juez ha permanecido en promedio seis años y medio en la Corte, lo que representa menos de la mitad del número promedio de años de un juez en la Corte Suprema de Estados Unidos. Los recambios en la Corte Suprema no son eventos inusuales como sucede en las democracias establecidas, sino todo lo contrario, ya que en promedio surge un recambio cada año y dos meses. La figura 1 discrimina el tipo de salida de los jueces a lo largo de los años. Las salidas por causas naturales se han producido de forma aleatoria durante los más de cien años analizados, opuesto a lo que ocurre con las salidas inducidas. Más precisamente, las salidas inducidas comenzaron a fines de los años cuarenta, y en siete años provocaron un recambio generalizado al interior de la Corte (es decir, purga). Si bien muchas de estas salidas ocurrieron durante los años de mayor inestabilidad política en el país, también es posible ver que prevalecieron una vez la democracia retornó en 1983.

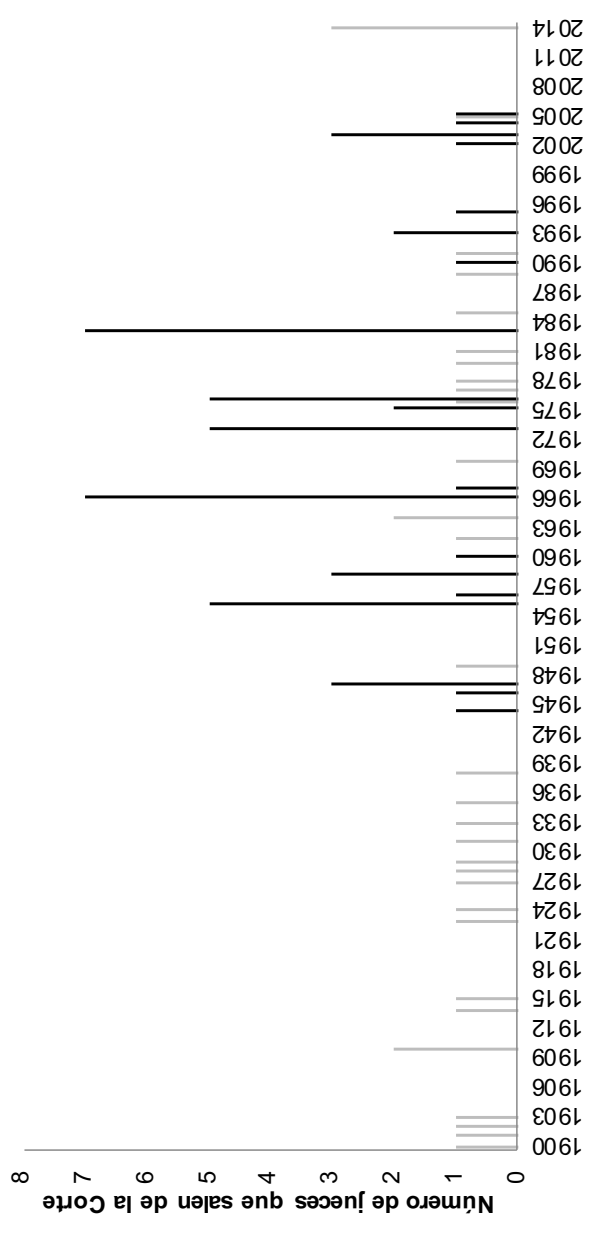
La primera salida forzada tiene lugar a fines de la década de los cuarenta y se relaciona con el juicio político a cuatro de los cinco jueces de la Corte y al procurador general<sup>11</sup> que se llevó a cabo durante la primera presidencia de Perón en 1947. La mayoría de las acusaciones contra los jueces estaban relacionadas con sus fallos durante el gobierno anterior, especialmente contra las políticas de Perón. Los historiadores coinciden en que la acusación a los jueces fue injusta y que se violó el debido

---

10 También se incluyen en esta categoría algunos casos en los que no estaba completamente claro si los jueces fueron forzados a abandonar sus bancas. Se incluyeron en esta categoría para no sobreestimar las salidas por razones políticas.

11 Cuatro días después de la ceremonia de investidura, el diputado Rodolfo A. Decker, del partido de Perón, solicitó la recusación de los jueces Repetto, Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía, así como la del procurador general Juan Álvarez. El juez Casares, representante de la Iglesia católica, fue excluido de esta recusación, a pesar de haber tomado las mismas decisiones que los otros jueces en casos controvertidos, porque Perón prefería evitar entrar en conflicto con ese sector de la sociedad (Pellet Lastra, 2001).

**FIGURA I**  
**Cantidad de jueces que salen de la Corte Suprema por razones naturales o políticas (1900-2014)**



Nota: las barras de color gris corresponden a jueces que salieron de la Corte por razones naturales y las barras de color negro a salidas inducidas.  
Fuente: Castagnola (2018).

proceso,<sup>12</sup> entendiendo que los juicios fueron motivados por razones políticas (Pellet Lastra, 2001; Oyhanarte, 1972; Carrió, 1996). La absurda acusación al juez Repetto, que en ese momento no era miembro de la Corte Suprema, ejemplifica la dudosa naturaleza de estos juicios que tuvieron lugar en el Senado.

La llegada de Juan D. Perón a la presidencia en 1947 y las consiguientes purgas de la Corte por parte de gobiernos civiles y militares reforzaban el patrón de inestabilidad de los jueces en funciones asociado con un contexto político inestable. El patrón de recambio de jueces, aun luego del regreso de la democracia, indica que tanto los gobiernos civiles como los militares han manipulado la conformación de la Corte. Así, en 1994, Carlos Menem, el segundo presidente democrático desde la última dictadura cívico-militar, aumentó el número de jueces de cinco a nueve.<sup>13</sup> Esta última ampliación de la Corte dio lugar a lo que más tarde se conoció como “mayoría automática”,<sup>14</sup> lo que refuerza la idea de que los presidentes tienen interés por conformar su propia Corte Suprema (Pellet Lastra, 2001; Helmke, 2005; Chávez, 2004). La relación entre el Poder Ejecutivo y la

---

12 Unas semanas antes del juicio en el Senado, las reglas del procedimiento fueron modificadas: en primer lugar, los abogados de los acusados ya no podrían presentar declaraciones, dado que el presidente del Senado las leería en voz alta, y, en segundo lugar, no se permitía a los abogados de los acusados sentarse al lado de su defendido, sino que estaban restringidos a áreas comunes (Pellet Lastra, 2001).

13 El número de jueces de la Corte Suprema ha oscilado entre cinco y nueve. La primera ampliación de la Corte tuvo lugar en febrero de 1960 (Ley 15.271), cuando se incrementó a siete el número de jueces. Esta ampliación duró hasta julio de 1966, cuando el general Juan Carlos Onganía, mediante Decreto-Ley 16.895, redujo a cinco los jueces de la Corte Suprema. En abril de 1990, el presidente Carlos Menem aumentó de cinco a nueve miembros (Ley 23.744) y en diciembre de 2006, la senadora Cristina Kirchner presentó un proyecto de ley que propuso reducir el número de jueces a cinco (Ley 26.186).

14 La lógica detrás de la idea de una “mayoría automática” es que la ampliación de la Corte a cuatro miembros más aseguraba que el presidente, Carlos Menem, tuviera al menos cuatro de los nueve votos a favor de sus intereses. Sin embargo, Carlos Menem pudo designar a dos jueces más, ya que los jueces Adolfo C. Caballero y Jorge A. Bacqué renunciaron como consecuencia de la manipulación política de la Corte. En 1990, Menem nombró a seis de los nueve jueces de la Corte.



Corte ha contribuido al deterioro de la opinión pública hacia los presidentes y los jueces, pero especialmente en mayor desmedro del Poder Judicial.<sup>15</sup>

Del total de 86 jueces que sirvieron en la Corte, 52 de ellos tuvieron una salida forzada, la mayoría como consecuencia de un cambio de régimen (62 %), mientras que el resto se produjo como resultado de tácticas de juicio político (19 %), lealtad (11 %) y como protesta política contra la manipulación del Poder Judicial (8%). Los constantes cambios en el régimen político del país produjeron la mayor cantidad de retiros forzados, sin embargo, los gobiernos militares y democráticos han recurrido a diversas tácticas para destituir a los jueces. Por ejemplo, los gobiernos militares han utilizado sistemáticamente decretos ejecutivos para destituir a los jueces en funciones, mientras que los gobiernos democráticos han desencadenado diversas estrategias para lograr el mismo objetivo, como llevar a cabo juicios políticos masivos, ofrecer beneficios atractivos para jubilaciones anticipadas o amenazar con no dar apoyo legislativo a las designaciones realizadas durante los gobiernos militares (porque esos nombramientos no recibieron la aprobación del Congreso ya que los militares lo habían cerrado). La siguiente sección analiza las variables y los métodos, seguida de una sección que presenta los resultados del modelo de riesgos competitivos.

### **Modelo econométrico de competencia de riesgos y presentación de base de datos**

Para testear las hipótesis sobre los factores que explican el recambio de los jueces de la Corte Suprema se utiliza un modelo de competencia de riesgos para datos discretos computado con un modelo logit multinomial (MLM) (Box-Steffensmeier y Jones, 2004; Nixon y Haskin, 2000; Squire, 1988; Zorn y Van Winkle,

---

15 En 1984, las encuestas de opinión pública sobre confianza institucional revelaron un 57% de confianza hacia el Poder Judicial, pero, con el paso del tiempo, dicha confianza disminuyó al 16% en 1991, 11% en 1999 y 8% en 2001 (Poder Judicial de la Nación Argentina, 2004).



2000).<sup>16</sup> La unidad de análisis de la base de datos es juez-años, para un total de 701 observaciones.<sup>17</sup> Como se mencionó, existe un proceso competitivo entre dos diferentes tipos de riesgos que enfrenta un juez: salida natural o biológica frente a salida inducida. La variable dependiente captura los diferentes estatus del juez: permanecer en la Corte (este es el valor de referencia para el modelo econométrico, es decir, la no salida), salir de la Corte por razones naturales o salir de la Corte de forma forzada. El modelo MLM estima de forma simultánea modelos logit dicotómicos que comparan los diferentes estatus del juez de la variable dependiente tomando como base la comparación con el valor de referencia seleccionado, siendo en este caso “permanecer en la Corte” (la no salida). La función de riesgo de salida da cuenta de la probabilidad condicional que tienen los jueces de dejar la Corte en un año  $t$ , dado que no lo han dejado en los años anteriores. Por esta razón, el modelo de riesgo de competencia va a predecir dos funciones: una función de riesgo de salida forzada frente a la no salida, y otra función de riesgo de salida por razones naturales frente a la no salida.

La figura 2 revela que existen diferentes funciones de riesgo de salidas para los jueces. En el caso del riesgo por salida inducida, este aumenta de forma exponencial después de los primeros siete años que un juez está en la Corte, mientras que, con respecto al riesgo por salida natural, el riesgo aumenta de forma constante a lo largo de los años. La diferencia en la curva de las funciones de riesgos confirma la existencia de procesos diferentes que explican cada una de las diferentes formas de retiro de los jueces.

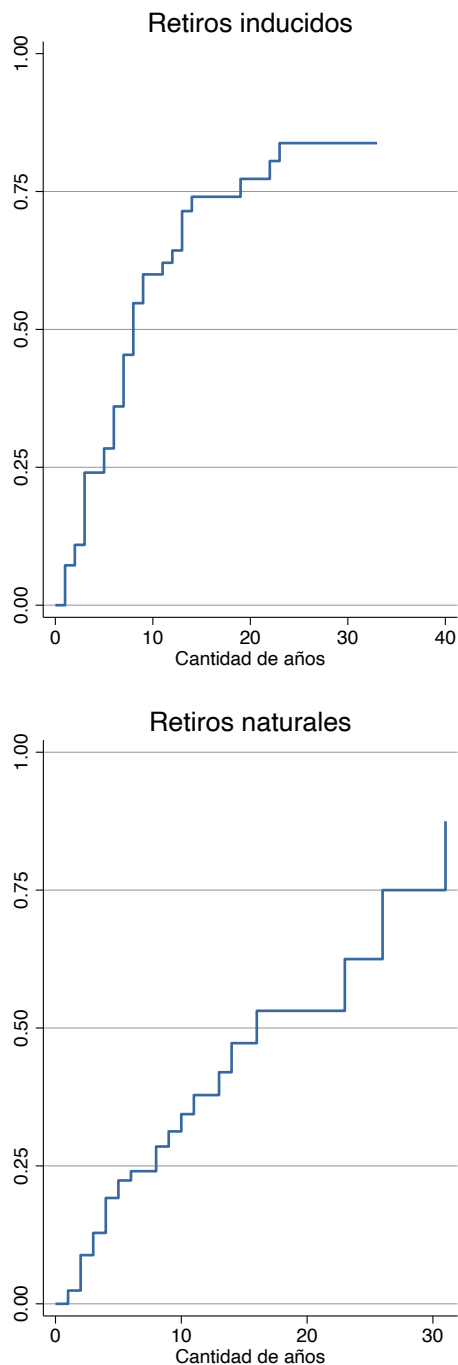
---

16 Dado que los jueces pueden abandonar la Corte durante el año calendario judicial, se asume que el proceso subyacente será discreto; por ende, los intervalos de la duración se miden en términos de años y no meses o días.

17 Se incluyó una variable de dependencia temporal debido a que cada juez tiene múltiples puntos de datos y podría exhibir dependencia temporal. Se utilizó el método polinomial de tiempo de Carter y Signorino ( $t$ ,  $t_2$ , y  $t_3$ ) (2007) para modelar la dependencia temporal.



**FIGURA 2**  
**Funciones de riesgo según tipo de salida**



Fuente: Castagnola (2018).

## Variables que explican los retiros inducidos

**Preferencias o proximidad ideológica de los jueces con el ejecutivo:** la hipótesis 1 pone a prueba si la proximidad ideológica entre el juez y el ejecutivo de turno afecta la estabilidad de los jueces en el cargo. Medir las preferencias ideológicas de un juez es una tarea difícil, ya que solo se encuentran disponibles datos parciales sobre cómo votan los jueces. En esta investigación utilizo la variable *proxy* que utilizan los estudios comparados sobre comportamiento judicial, que consiste en identificar cuál es el partido político del presidente al momento de la designación del juez en cuestión. El supuesto radica en que el juez refleja las preferencias políticas del partido del ejecutivo que lo designó (Hagle, 1993; Spriggs y Wahlbeck, 1995; Zorn y Van Winkle, 2000).<sup>18</sup> Por ejemplo, los jueces designados durante la presidencia del partido A probablemente compartan las mismas preferencias políticas de dicho partido. No obstante, en países con alto faccionalismo partidario, como la Argentina, también resulta importante considerar las facciones políticas<sup>19</sup> al interior de los partidos. Puede suceder que en aquellos países con faccionalismo intrapartidario, la proximidad ideológica del juez para con el ejecutivo pueda no necesariamente estar determinada por el partido político del presidente, sino por la facción política del partido político de este. Esto explicaría, por ejemplo, los juicios políticos durante la presidencia de Néstor Kirchner a los jueces designados por el expresidente Carlos Menem (los jueces Moline O'Connor y Boggiano), ambos pertenecientes al Partido Justicialista, pero de diferentes facciones.

**Utilizo dos medidas para capturar la proximidad ideológica:** la primera que enfatiza en el partido político del presidente que designa al juez, y la segunda captura la facción política del

---

18 Aunque algunos estudios recientes de la literatura estadounidense han cuestionado la suposición de que los jueces reflejan las preferencias políticas del ejecutivo que hace las designaciones, este tipo de análisis es difícil de realizar en Argentina, debido a limitaciones de datos (Szmer y Songer, 2005).

19 La “facción política” representa las diferencias ideológicas dentro de un mismo partido político.

partido del presidente que designa al juez. Por ejemplo, en 1991, el presidente Menem, del Partido Justicialista, designó al juez Boggiano en la Corte; durante los años en que dicho partido fue gobernante, la variable dicotómica para el alineamiento partidario tuvo valor 1, mientras que tuvo valor 0 para los años en que el presidente de turno no perteneció al Partido Justicialista. Con respecto a la variable dicotómica para el alineamiento de la facción, dado que el juez Boggiano fue nombrado por el presidente Menem, y los otros presidentes del Justicialismo que lo sucedieron (Duhalde, Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner) pertenecían a otra facción dentro del partido,<sup>20</sup> el valor de dicha variable para el juez Boggiano corresponde a 1 solo durante los años del gobierno de Menem, mientras que para las otras facciones adquiere un valor de 0.

**Cambio de gobierno o partido gobernante:** la hipótesis 2 pone a prueba si el cambio de gobierno afecta la estabilidad de los jueces en el cargo. El argumento es que los ejecutivos desean contar con una Corte que los apoye durante los primeros años de su gobierno,<sup>21</sup> ya que quieren utilizar su ventaja política sobre el poder judicial para llevar a cabo sus programas. Se utilizan dos medidas diferentes para evaluar este efecto. La primera captura la existencia o no de un cambio de gobierno y la segunda la existencia de un cambio de partido en el gobierno. Se esperan

---

20 La principal regla de codificación para esta variable es si el Ejecutivo saliente apoyaba o no al Ejecutivo entrante durante el proceso de candidatura o durante las elecciones primarias. Si existía apoyo, entonces se argumenta que pertenecían a la misma facción; si el Ejecutivo saliente apoyaba a otro candidato durante la candidatura o las elecciones primarias, o incluso competía él/ella mismo/a, entonces se argumenta que no pertenecía a la misma facción. También se considera si el Ejecutivo entrante, que era apoyado por el saliente, continuaba siendo leal a la facción durante su gestión. Entonces, por ejemplo, en el caso de Néstor Kirchner, del Partido Justicialista, su candidatura fue promovida por el expresidente Duhalde. No obstante, una vez Néstor Kirchner asumió la presidencia se dio un quiebre en dicha relación y el surgimiento de una nueva facción dentro del Justicialismo: Frente para la Victoria.

21 Se codificaron los primeros dos años de la administración, dado que los cambios en la administración a menudo suceden a fin del año calendario, cuando cierra el poder judicial; por ende, la renuncia de un juez sucede durante el año siguiente.

resultados cuando haya cambios en el partido gobernante, dado que en la mayoría de los casos los ejecutivos entrantes heredan una Corte con jueces designados por ejecutivos de un partido diferente.

**Poder del ejecutivo en el Congreso:** la hipótesis 3 testea si existe o no una relación entre el poder del presidente dentro del Congreso y la probabilidad de salida de los jueces (Chávez, 2004; Iaryczower *et al.*, 2002). Se incluyó una variable dicotómica para medir a los gobiernos unificados (aquellos donde el ejecutivo tenía 2/3 o más bancas en ambas cámaras) de los que no lo son.

**Régimen militar:** debido a que el periodo de tiempo de esta investigación contempla tanto gobiernos democráticos como militares, se incluye una variable dicotómica para controlar por este efecto. Es esperable encontrar que los retiros inducidos aumenten durante los gobiernos militares dado que sus autoridades pueden utilizar su ilimitado poder no solo para cerrar el Congreso y derrocar al presidente, sino también para conformar una Corte aliada.

**Perfil de los jueces:** también se incluye una variable dicotómica que captura el perfil o la carrera de los jueces previo a su llegada a la Corte, siendo 1 si el juez tiene perfil político y 0 si es de carrera judicial.<sup>22</sup> En aquellos casos donde los jueces tienen tanto una carrera política como judicial, fueron codificados como perfil político (valor 1) dado que este perfil es el dominante para establecer o no la relevancia política del juez al interior de la Corte. Para la codificación de los perfiles y las carreras de los jueces se utilizaron fuentes secundarias y diarios.<sup>23</sup>

22 Los jueces con antecedentes políticos son aquellos que previamente ocuparon cargos en el Congreso, fueron ministros o asesores políticos, con una relación con el presidente o su equipo político. Durante los regímenes militares, cuando los partidos políticos fueron proscritos, era importante codificar si el juez tenía o no un vínculo especial con los militares.

23 Los datos fueron recopilados de los siguientes libros, artículos de revistas y capítulos de libros: Helmke (2005), Abiad y Thieberger (2005), Pellet Lastra (2001), Verbitsky (1993), Tanzi (2005), Chávez (2007, 2004) y Kunz (1989). Los datos de los diarios *La Nación*, *Clarín*



## Variables que explican los retiros naturales

**Edad del juez:** la edad del juez es la hipótesis más importante para predecir las salidas naturales o biológicas de los jueces de la Corte. La edad también puede ser interpretada como un *proxy* de salud del juez. Por ende, la hipótesis por testear supone que los jueces con mayor edad tienen más probabilidad de dejar la Corte de forma voluntaria que los jueces más jóvenes.

**Tamaño de la corte:** una variable de control para el modelo es la cantidad de jueces que conforman la Corte, dado que la expectativa es que una corte más pequeña aumenta la probabilidad de dejar el cargo para cualquier juez.

## Explicaciones sobre el recambio de jueces en la Corte Suprema argentina

¿Qué factores explican la manipulación de los tribunales? Y ¿cuándo es más probable que ocurra? La tabla 1 presenta los resultados del modelo de riesgo competitivo, usando MLM con errores estándar robustos, para los jueces que estuvieron en la Corte entre 1916 y 2014. La primera columna representa los resultados para las salidas inducidas de los jueces y la segunda columna para las salidas por causas naturales. En líneas generales, existe un proceso competitivo entre los factores que afectan un retiro natural y aquellos que afectan un retiro obligado.

**TABLA I**  
**Modelo de riesgos competitivos del recambio judicial de la Corte Suprema, 1916-2014**

|                                       | Salidas inducidas |        | Salidas naturales |        |
|---------------------------------------|-------------------|--------|-------------------|--------|
| Causas políticas                      |                   |        |                   |        |
| Alineación con la facción             | -2,445**          | (0,97) | -0,607            | (0,94) |
| Alineación con el partido de gobierno | 0,493             | (0,62) | 0,824             | (0,93) |

y *Página 12* fueron utilizados para complementar y corroborar la información de fuentes secundarias.

|                                    | Salidas inducidas |            | Salidas naturales |        |
|------------------------------------|-------------------|------------|-------------------|--------|
| Nuevo gobierno                     | 0,223             | (0,87)     | 1,082*            | (0,58) |
| Nuevo partido de gobierno          | 2,126**           | (0,76)     | -1,094            | (0,73) |
| Poder del Ejecutivo en el Congreso | 0,1844            | (0,64)     | 0,191             | (0,62) |
| Regímenes militares                | 0,493             | (0,47)     | 1,354**           | (0,62) |
| Causas no políticas                |                   |            |                   |        |
| Perfil del juez                    | -0,482            | (0,38)     | 0,689             | (0,56) |
| Edad del juez                      | 0,253             | (0,02)     | 0,069**           | (0,03) |
| Tamaño de la Corte                 | -0,043            | (0,12)     | -0,198            | (0,26) |
| Tiempo                             | 0,193             | (0,23)     | 0,447*            | (0,24) |
| Timepo^2                           | -0,023            | (0,02)     | -0,042*           | (0,02) |
| Timepo^3                           | 0,001             | (0,00)     | 0,001*            | (0,00) |
| Constante                          | -4,499**          | (2,07)     | -8,037**          | (2,88) |
| N                                  |                   | 701        |                   |        |
| Wald $X^2(df)$                     |                   | 139,29(24) |                   |        |
| Prob.> $X^2$                       |                   | 0          |                   |        |
| Pseudo $R^2$                       |                   | 0,218      |                   |        |
| Log-Likelihood                     |                   | -234,0941  |                   |        |

Nota: \*Valor  $p < ,10$ ; \*\*en  $p < ,05$ ; \*\*\*en  $p < ,001$ . Errores estándar robustos entre paréntesis.

Fuente: Castagnola (2018).

### Salidas inducidas o forzadas de los jueces

La política se convierte es un factor determinante al momento de explicar las salidas forzadas de los jueces. Estar alineado con la facción o el partido del presidente en el poder reduce las posibilidades de un juez de ser forzado o inducido a salir.<sup>24</sup>

24 La interpretación de los dos coeficientes de alineación política (con el partido político o con la facción del presidente) merece atención especial ya que la variable que captura la alineación con la facción del presidente es un subconjunto de la primera variable. Esto significa que el efecto total de la alineación política con el partido del presidente tiene que incluir el efecto del coeficiente



Tener un nuevo gobierno o partido de gobierno aumenta la probabilidad de riesgo de un juez de ser forzado a renunciar de la Corte. Para una interpretación sustantiva de los coeficientes calculé las probabilidades de salida forzada de jueces bajo diferentes escenarios políticos (tabla 2).

**TABLA 2**  
**Probabilidades de salidas inducidas**

|                                                                  | Nuevo partido de gobierno | Nuevo gobierno | Sin cambio de gobierno |
|------------------------------------------------------------------|---------------------------|----------------|------------------------|
| Alineación con la facción del presidente                         | 0,051                     | 0,006          | 0,005                  |
| Alineación con el partido del presidente, pero no con la facción | 0,379                     | 0,064          | 0,055                  |
| Sin alineamiento con el partido del presidente                   | 0,275                     | 0,042          | 0,035                  |

Fuente: Castagnola (2018).

Un primer resultado de la tabla 2 corrobora la hipótesis 1 sobre alineamientos políticos, ya que la probabilidad de que un juez sea forzado a abandonar su cargo aumenta si no se encuentra alineado con el ejecutivo gobernante. En promedio, los jueces que están alineados con la facción política del ejecutivo tienen menos probabilidad de verse obligados a salir de la Corte. Bajo competencia interpartidaria, esto es, cuando hay un cambio en el partido de gobierno (columna 1, tabla 2), solo los jueces que tengan una alineación directa con la facción de ese nuevo partido entrante tendrán más probabilidades de sobrevivir en el cargo. Ahora bien, los jueces que no están alineados con el partido entrante tienen menos probabilidades de ser forzados a salir de la Corte (0,28) que los jueces que están alineados con el mismo partido pero que pertenecen a una facción diferente (0,38). Es decir, los jueces aliados no necesariamente son aquellos

---

de alineación con la facción del presidente. Calculé el efecto total usando el comando `lincom` en STATA. Lo mismo ocurre con el coeficiente de cambio de gobierno, ya que un cambio de partido de gobierno es un subconjunto del anterior.



que han sido designados por ejecutivos del mismo partido político, sino más bien aquellos nombrados desde la misma facción política del partido. El hecho de que la lealtad sea con la facción dentro del partido político y no con el partido político en sí expone que la lealtad entre ejecutivos y jueces es altamente personalizada y, por ende, fuertemente controlada. Esto supone que los ejecutivos entrantes prefieran inducir primero la salida de jueces nombrados por su partido, que de aquellos designados por un partido diferente.

Este resultado revela tres hallazgos: 1) las lealtades están más estrechamente vinculadas a la preferencia del ejecutivo que del partido del presidente, 2) la competencia entre las facciones de un mismo partido es tan o más importante que la competencia entre partidos, y 3) los realineamientos al interior de la estructura partidaria, como consecuencia de la competencia entre fracciones, también producen recambios en las instituciones judiciales. Durante los gobiernos militares, los jueces también son vulnerables a las manipulaciones políticas, ya que un juez tiene 0,374 probabilidades de verse obligado a dejar el cargo cuando asume un gobierno militar. Esta probabilidad es tan alta como la que se encuentra en las democracias después de un cambio en el partido gobernante.

El segundo escenario para analizar se presenta en aquellos casos en los que hay un cambio de gobierno, pero no un cambio de partido gobernante (columna 2, tabla 2). Bajo este escenario, la probabilidad de que los jueces se vean obligados a dejar el cargo es extremadamente baja; esto se debe a las particularidades del caso argentino, en donde la mayoría de los casos que se enmarcan dentro de este escenario no reflejan necesariamente una competencia interpartidaria, sino más bien una continuación en el gobierno de la facción gobernante del partido de turno. Algunos ejemplos de estos casos son: las reelecciones de los presidentes Menem y Cristina Fernández de Kirchner, o la transición del presidente Néstor Kirchner a su esposa la presidenta Cristina Fernández de Kirchner. Bajo estos contextos, los ejecutivos entrantes heredan una Corte que ya es leal al ejecutivo dado que este fue manipulado políticamente durante la administración anterior.

Los modelos de la tabla 1 también corroboran la hipótesis 2 relacionada con el ciclo electoral, ya que la probabilidad de un juez de ser forzado a salir de la Corte aumenta durante los primeros años de un nuevo partido en el gobierno. En promedio, es más probable que los jueces se vean obligados a dejar el cargo durante los primeros años de un nuevo partido gobernante. Asimismo, tanto el efecto del régimen político (dictadura) como el poder del presidente en el Congreso no son estadísticamente significativos, lo que revela que no tienen capacidad explicativa para dar cuenta de las salidas forzadas de los jueces. Este hallazgo nulo revela, por una parte, que los retiros inducidos no son necesariamente más frecuentes durante la dictadura y, por otra, que no existe relación entre el poder partidario de un ejecutivo y la probabilidad de que un juez sea obligado a abandonar su cargo. En otras palabras, los presidentes débiles también han sabido forzar a un juez a abandonar su banca. Estos resultados coinciden con los hallazgos de Helmke y Staton (2011, p. 309) que indican que la democratización en Latinoamérica no ha producido, hasta el momento, menos amenazas y ataques a sus tribunales superiores. Por último, ninguna de las variables no políticas es estadísticamente significativa.

### **Explicación de los retiros naturales**

La edad de la justicia y el tipo de régimen son las únicas variables que pueden dar cuenta de las salidas no inducidas. Como era de esperar, es más probable que los jueces de mayor edad dejen el cargo voluntariamente, esto puede deberse a problemas de salud o al hecho de alcanzar la edad de jubilación. Además, existe mayor probabilidad de que los retiros sucedan durante la dictadura, ya que los jueces que alcancen la edad jubilatoria pueden no estar dispuestos a continuar con el trabajo y prefieran volver a desempeñarse en el sector privado.

### **Conclusiones**

A pesar de que a principios de los años ochenta los académicos comenzaron a concentrarse más en los aspectos políticos de los poderes judiciales en Latinoamérica, no fue hasta la

última década que se generó un creciente interés entre los científicos políticos en estudiar la política judicial en los países en desarrollo (Russell y O'Brien, 2001; Malleson y Russell, 2006; Sieder *et al.*, 2005; Ginsburg y Moustafa, 2008; Smulovitz, 1995; Ginsburg, 2003; Schwartz, 2000; Gauri y Brinks, 2008). No es novedad que en las democracias en desarrollo los políticos a menudo hayan intentado controlar las decisiones de la Corte a través de la manipulación de su conformación. Sin embargo, hasta ahora, ninguna investigación ha estudiado qué factores afectan los retiros naturales e inducidos o cómo los ejecutivos han logrado manipular la conformación de los tribunales. Esta investigación contribuye a completar este faltante de la literatura y colaborar en la comprensión de las relaciones entre la Corte y el ejecutivo en democracias en desarrollo.

En líneas generales, los modelos de riesgos competitivos revelaron que existe, de hecho, un proceso de competencia entre las salidas inducidas y las no inducidas. Los jueces han sido forzados a retirarse de sus cargos básicamente por motivos políticos e ideológicos. Los ejecutivos entrantes prefieren contar con jueces leales designados por su misma facción política; también prefieren conformar una Corte que los apoye al comienzo de su mandato. Dado que la Corte Suprema es un actor político relevante que puede afectar las políticas de los gobiernos, los ejecutivos han preferido confiar más en aquellos jueces que fueron designados por su misma facción política que por su mismo partido político. Esto resulta cierto tanto en periodos democráticos como no democráticos. En otras palabras, en países con competencia intrapartidaria, el alineamiento político de un juez con el presidente no está necesariamente relacionado con el partido político, como ha indicado la literatura estadounidense (Hagle, 1993; Spriggs y Wahlbeck, 1995; Zorn y Van Winkle, 2000), sino con la facción. El estudio demuestra que las lealtades políticas de los jueces y los ejecutivos resultan ser más sofisticadas y personales que lo que había anticipado la literatura.

Por otra parte, los modelos de riesgos competitivos demostraron que las salidas de aquellos jueces que no fueron obligados a abandonar sus bancas fueron, de hecho, resultado de procesos naturales y biológicos, ya que lo que más importaba era la edad del juez, como también los factores políticos. Contrario a lo que

podría esperarse, existe un efecto de régimen que afecta esos retiros, lo que revela que los jueces, una vez que alcanzaron su edad jubilatoria, prefieren volver a sus trabajos anteriores que continuar en la Corte. Es importante mencionar el hallazgo nulo respecto a la hipótesis sobre el poder del ejecutivo en el Congreso, este resultado supone que, contrario a lo que predice la literatura, no solo los presidentes con mayorías en el Congreso han logrado forzar la salida de jueces hostiles. Si el poder partidario del ejecutivo dentro del Congreso no es concluyente para explicar el recambio judicial, entonces las investigaciones futuras deberían desentrañar cómo los presidentes pudieron conformar una corte que los apoyara, más allá de su poder.

En resumen, esta investigación presenta evidencia que argumenta que los presidentes no confían en los jueces que fueron nombrados por otros ejecutivos con preferencias políticas distintas, y que están dispuestos a inducir el retiro de aquellos jueces presuntamente hostiles. Los presidentes han desarrollado la capacidad de diversificar sus estrategias para inducir dichos retiros, y estas se están convirtiendo en reglas informales de la política. Esta teoría sobre la creación de vacantes parece consistente con las experiencias de muchas cortes supremas de Latinoamérica, como la de Perú y la de Paraguay, y de otras democracias en desarrollo como Indonesia, Rusia y Ucrania (Pompe, 2005; Trochev, 2008).

## Referencias

- Abiad, P. y Thieberger, M. (2005). *Justicia era Kirchner. Construcción de un poder a medida*. Marea Editorial.
- Aydın, A. (2013). Judicial independence across democratic regimes: Understanding the varying impact of political competition. *Law & Society Review*, 47(1), 105-134.
- Barrow, D. J. y Zuk, G. (1990). An institutional analysis of turnover in the lower federal courts, 1900-1987. *The Journal of Politics*, 52(2), 457-476.
- Baum, L. (1992). Membership change and collective voting change in the United States Supreme Court. *Journal of Politics*, 54(1), 3-24.

Box-Steffensmeier, J. M. y Jones, B. S. (2004). *Event history modeling. A guide for social scientists*. Cambridge University Press.

Callen, E. y Leidecker, H. Jr. (1971). A mean life on the Supreme Court. *American Bar Association Journal*, 57(12), 1188-1192.

Carrió, A. (1996). *La Corte Suprema y su independencia*. Abeledo-Perrot.

Carter, D. B. y Signorino, C. S. (2007). Back to the future: Modeling time dependence in binary data. *Political Analysis*, 18(3), 271-292.

Castagnola, A. (2018). *Manipulating courts in new democracies: Forcing judges off the bench in Argentina*. Routledge.

Castagnola, A. (2020). La trampa de la manipulación judicial: un análisis histórico del control político de la Corte Suprema Argentina. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 29(1), 49-80.

Chávez, R. B. (2004). *The rule of law in nascent democracies. Judicial politics in Argentina*. Stanford University Press.

Chávez, R. B. (2007). The appointment and removal process for judges in Argentina: The role of judicial councils and impeachment juries in promoting judicial independence. *Latin American Politics and Society*, 49(2), 33-58.

Diamond, L. (1999). *Developing Democracy – towards consolidation*. The John Hopkins University Press.

Domingo, P. (2004). Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, 11(1), 104-126.

Epstein, L. y Segal, J. A. (2005). *Advice and consent. The politics of judicial appointments*. Oxford University Press.

Finkel, J. (2008). *Judicial reform as political insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. University of Notre Dame Press.

Franklin, C. H. (2002). Behavioral factors affecting judicial independence. En S. B. Burbank y B. Friedman (Ed.), *Judicial independence at the crossroads. An interdisciplinary approach*. Sage Publication.

Gauri, V. y Brinks, D. (Eds.) (2008). *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press.

Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies. Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge University Press.

Ginsburg, T. y Moustafa, T. (Eds.) (2008). *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge University Press.

Hagle, T. M. (1993). Strategic retirements: A political model of turnover on the United States Supreme Court. *Political Behavior*, 15(1), 25-48.

Hall, M. G. (2001). Voluntary retirements from state supreme courts: Assessing democratic pressures to relinquish the bench. *The Journal of Politics*, 63(4), 1112-1140.

Helmke, G. (2002). The logic of strategic defection: Court-executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. *American Political Science Review*, 96(2), 291-303.

Helmke, G. (2005). *Courts under constraints: Judges, generals, and presidents in Argentina*. Cambridge University Press.

Helmke, G. y Staton, J. K. (2011). The puzzling judicial politics in Latin America. A theory of litigation, judicial decisions, and interbranch conflict. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Herrero, A. J. (2007). *Court-executive relations in unstable democracies: Strategic judicial behaviour in post-authoritarian Argentina (1983-2005)* (Tesis doctoral sin publicar). St. Antony's College, University of Oxford.

Iaryczower, M., Spiller, P. T. y Tommasi, M. (2002). Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, 46(4), 699-716.

King, G. (1987). Appointments to the Supreme Court: Adding systematic explanation to probabilistic description. *American Politics Quarterly*, 15(3), 377-286.

Kunz, A. E. (1989). Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983). *Cuadernos de investigaciones* 15.

Leoni, E. L. y Ramos, A. P. (2006). *Judicial preferences and judicial independence in new democracies: The case of the Brazilian Supreme Court*. <https://citeseerx.ist.psu.edu/>

[viewdoc/download?doi=10.1.1.180.1470&rep=rep1&type=pdf](http://viewdoc/download?doi=10.1.1.180.1470&rep=rep1&type=pdf)

Magaloni, B. y Sanchez, A. (2006). *An authoritarian enclave? The Supreme Court in Mexico's emerging democracy*. Trabajo presentado en Annual Meeting of the American Political Science Association.

Maitra, P. y Smyth, R. (2005). Determinants of retirement on the High Court of Australia. *Economic Record*, 81(254), 193-203.

Malleson, K. y Russell, P. H. (Eds.) (2006). *Appointing judges in an age of judicial power: Critical perspectives from around the world*. University of Toronto Press.

Molinelli, G., Palanza, V. y Sin, G. (1999). *Congreso, presidencia y justicia en Argentina. Materiales para su estudio*. Temas.

Nixon, D. y Haskin, J. D. (2000). Judicial retirement strategies. The judge's role in influencing party control of the appellate courts. *American Politics Quarterly*, 28(4), 458-489.

Oyhanarte, J. (1972). Historia del poder Judicial. *Todo es Historia*, VI(61), 86-121.

Pellet Lastra, A. (2001). *Historia política de la corte (1930-1990)*. Ad-Hoc.

Pérez Liñán, A. y Castagnola, A. (2009). Presidential control of high courts in Latin America: A long term view (1904-2006). *Journal of Politics in Latin America*. 1(2), 87-114.

Poder Judicial de la Nación Argentina (2004). *Estadísticas del poder judicial de la Nación Argentina*. [www.justiciaargentina.gov.ar/estadisticas/imag\\_jus.htm](http://www.justiciaargentina.gov.ar/estadisticas/imag_jus.htm).

Pompe, S. (2005). *The Indonesian Supreme Court. A study of institutional collapse*. Cornell University.

Popova, M. (2012). *Politicized justice in emerging democracies: A study of courts in Russia and Ukraine*. Cambridge University Press.

Ramseyer, J. M. y Rasmusen, E. B. (2003). *Measuring judicial independence. The political economy of judging in Japan*. The University of Chicago Press.

Ríos-Figueroa, J. (2007). Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society*, 49(1), 31-57.

- Romero, L. A. (2001). *Breve historia contemporánea de la Argentina* (2<sup>da</sup> ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Russell, P. H. y O'Brien, D. M. (Eds.) (2001). *Judicial independence in the age of democracy. Critical perspectives from around the World*. The University Press of Virginia.
- Schmidhauser, J. R. (1962). When and why justices leave the Supreme Court. En W. Donahue y C. Tibbitts (Eds.), *Politics of Age*. División de Gerontología, University of Michigan.
- Schwartz, H. (2000). *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. The University of Chicago Press.
- Scribner, D. (2004). *Limiting presidential power: Supreme Court-executive relations in Argentina and Chile* (Tesis doctoral sin publicar). Political Science, University of California, San Diego.
- Sieder, R., Angell, A. y Schjolden, L. (Eds.) (2005). *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave MacMillan.
- Smulovitz, C. (1995). Constitución y poder judicial en la nueva democracia Argentina. La experiencia de las instituciones. En C. Acuña (Ed.), *La nueva matriz política argentina*. Nueva Visión.
- Spriggs, J. F. II. y Wahlbeck, P. J. (1995). Calling it quits: Strategic retirement on the federal courts of appeals, 1893-1991. *Political Research Quarterly*, 48(3), 573-597.
- Squire, P. (1988). Politics and personal factors in retirement from the United States Supreme Court. *Political Behavior*, 10(2), 180-190.
- Szmer, J. y Songer, D. R. (2005). The effects of information on the accuracy of presidential assessments of Supreme Court nominee preferences. *Political Research Quarterly*, 58(1), 151-160.
- Tanzi, H. J. (2005). Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1947). *IUSHISTORIA Revista Electrónica*.
- Trochev, A. (2008). *Judging Russia. Constitutional Court in Russian politics 1990-2006*. Cambridge University Press.
- Ulmer, S. S. (1982). Supreme Court appointments as a poisson distribution. *American Journal of Political Science*, 26(1), 113-116.



Verbitsky, H. (1993). *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*. Edición Planeta.

Verner, J. G. (1984). The independence of Supreme Courts in Latin America: A review of the literature. *Journal of Latin American Studies*, 16(2), 463-506.

VonDoepp, P. y Ellett, R. (2011). Reworking strategic models of executive-judicial relations. Insights from new African democracies. *Comparative Politics*, 43(2), 147-165.

Wallis, W. A. (1936). The poisson distribution and the Supreme Court. *Journal of the American Statistic Association*, 31(194), 376-380.

Widner, J. y Scher, D. (2008). Building judicial independence in semi-democracies: Uganda and Zimbabwe. En T. Ginsburg y T. Moustafa (Eds.), *Rule by Law. The Politics of Courts an Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press.

Yoon, A. (2003). Love's labor's lost? Judicial tenure among federal court judges: 1945-2000. *California Law Review*, 91(4), 1029-1060.

Yoon, A. (2006). Pensions, politics, and judicial tenure: An empirical study of federal judges, 1869-2002. *American Law and Economic Review*, 8(1), 143-180.

Zorn, C. J. y Van Winkle, S. R. (2000). A competing risks model of Supreme Court vacancies, 1789-1992. *Political Behavior*, 22(2), 145-166.



# **Jueces como equilibristas: explicación del activismo judicial en América Latina**

*Gabriel Pereira*<sup>1</sup>

---

1 Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) y profesor de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina.

**En las últimas tres décadas han surgido intensas** formas de activismo judicial en América Latina (AL). Jueces de toda la región se han involucrado en una gran variedad de conflictos sociales y políticos, y han ideado nuevos modos de intervención en la arena política para proteger derechos de diversa índole. Además de la mera anulación de leyes y del requerimiento de remedios individuales, los tribunales de la región han ordenado el diseño y la aplicación de políticas públicas para reparar violaciones estructurales de los derechos humanos. Estas maneras de activismo judicial, que en un sentido amplio toman la forma de sentencias estructurales (SE), ponen en crisis concepciones tradicionales sobre el rol del poder judicial en las democracias constitucionales (Huneus, 2015). En países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Perú los jueces han utilizado, de modo significativo, las SE (Gauri *et al.*, 2008; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010; Langford, 2008; Landau, 2016).

En términos generales, las SE son decisiones en las que el daño se concibe como continuo y afectan a numerosas personas que alegan violaciones de sus derechos. A su vez, en estas violaciones de derechos se encuentran involucrados múltiples organismos gubernamentales. Asimismo, estas sentencias se manifiestan en forma de órdenes de ejecución en las que se instruye a diversas agencias estatales que protejan a la población afectada, y se exige a los jueces que supervisen la etapa de ejecución.

Se podría pensar que los jueces de América Latina, una región caracterizada por la inestabilidad judicial, son menos propensos a emitir SE. Por un lado, estas decisiones suelen ser vistas como una confrontación a los gobiernos de turno ya que

su implementación les exige recursos financieros, administrativos y coordinación política para reformar o crear políticas públicas adecuadas. Por el otro, las mismas suelen girar en torno de cuestiones sociales controvertidas y el público no siempre las recibe con agrado, sobre todo aquellos sectores que mantienen posiciones conservadoras respecto de la ampliación de derechos en la región.

¿Qué lleva a los jueces latinoamericanos a perseguir o evitar este arriesgado tipo de activismo? La literatura sobre *se*, dominada por los estudios sociojurídico, ha abordado principalmente cuestiones relacionadas con el cumplimiento de dichas sentencias (Brinks y Forbath, 2010; Landau, 2012; Brinks y Gauri, 2014; McCann, 1992; Rosenberg, 2008; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010). Por otro lado, los estudios políticos de la decisión judicial (EPDJ), denominados *judicial politics* en la bibliografía anglosajona, no distinguen estas decisiones de disposiciones no estructurales y, por lo tanto, no dan explicaciones específicas para entender qué lleva a los jueces a utilizarlas. En consecuencia, desde una perspectiva empírica, sabemos muy poco sobre por qué y cuándo los tribunales están dispuestos a dictar *se*.

El presente capítulo intenta llenar este vacío. Apoyado en los modelos dominantes de los EPDJ en América Latina, propongo una visión alternativa para analizar el comportamiento judicial en general, y, particularmente, el activismo judicial, esto es, el enfoque equilibrista.<sup>2</sup>

Este enfoque está diseñado para explicar decisiones judiciales emitidas por los altos tribunales latinoamericanos, regularmente sometidos a ataques políticos en casos de alta relevancia pública. El enfoque supera algunas de las principales limitaciones de los modelos estándares propuestos por los EPDJ en la región. En primer lugar, incorpora al cálculo estratégico de los jueces la consideración sobre el impacto de sus decisiones

---

2 El nombre de este modelo está inspirado en un artículo de la influyente periodista argentina Irina Hauser (2013), sobre el presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Ricardo Lorenzetti. Ella describe cómo el presidente del Tribunal Supremo maniobra para complacer a diferentes audiencias en sus discursos.

en la opinión pública. Así, este modelo tiene en cuenta las preferencias de las élites gobernantes, de la opinión pública y de los líderes de opinión. Asimismo, examina las herramientas de las que se valen los tribunales para calibrar la asertividad de sus decisiones en respuesta a los condicionantes provenientes tanto de las elites gobernantes como la opinión pública. Por último, complejiza la visión que tienen los estudios empíricos sobre las sentencias y propone que estas se midan por su grado de asertividad y no solo por si son deferentes o asertivas.

En particular, el estudio sostiene que los jueces de las altas Cortes (Cortes), que operan en entornos poco favorables y que buscan proteger su estabilidad institucional, lo harán a partir de desplegar una estrategia que simultáneamente construye legitimidad pública y evita conflictos políticos con el gobierno. Así como las equilibristas, los jueces también caminan por una cuerda floja tensionados por dos fuerzas muchas veces opuestas, la opinión pública y el gobierno de turno. A fin de entender cómo los jueces ejercen el oficio de equilibristas es necesario entender también los condicionantes del contexto político que los llevan a seleccionar los casos sobre los que decidirán, el momento en que lo harán, y la manera como calibrarán la asertividad de sus decisiones.

El caso de la Corte Suprema de Justicia de Argentina (la Corte), que funcionó con una composición estable entre julio de 2005 y mayo de 2014, ilustra el comportamiento de los jueces equilibristas en América Latina. La Corte es un ejemplo paradigmático de “tribunales bajo presión” (Helmke, 2005). No obstante, a pesar de operar en un contexto político todavía tenso, dictó 12 SE entre 2006 y 2012, incluyendo algunos de los casos más emblemáticos y citados de la literatura sociojurídica (Botero, 2018; Brinks *et al.*, 2015; Landau, 2012). Sin embargo, curiosamente, a partir de 2012, la Corte bajo esta composición dejó de emitir SE de trascendencia pública ¿Qué explica este aparente cambio de comportamiento en un periodo de tiempo relativamente corto?

## Cortes y presiones políticas

No es exagerado afirmar que las cortes latinoamericanas actúan en contextos políticos hostiles y que la consolidación de la democracia de la región no les ha garantizado seguridad institucional (González-Bertomeu, 2019; González-Ocantos, 2019).

Las presiones y los ataques políticos son variados. Algunas veces buscan directamente alterar la composición de un tribunal como demuestra Helmke (2017), quien da cuenta de al menos 36 intentos de poderes ejecutivos o congresos de cambiar la composición de altas cortes entre 1985 y 2009. Argentina es un reconocido caso donde todos los presidentes, democráticos y de facto, con la excepción de tres, alteraron sustancialmente la composición de la Corte Suprema desde 1946 hasta 2005. De modo similar, la composición de la Corte Suprema de Bolivia ha sido alterada al menos 17 veces entre 1936 y 1982 (Castagnola y Pérez-Liñán, 2011). Existen otras maneras informales de presión que incluyen ataques mediáticos, escraches y hasta amenazas de agresiones físicas, así como cabildeo político y comunicación extrainstitucional entre jueces y dirigentes políticos (Llanos *et al.*, 2016; Walsh, 2016).

La situación de vulnerabilidad institucional de las cortes en la región se agrava por los escasos niveles de confianza pública de que gozan, ya que los tribunales que poseen altos niveles de legitimidad son menos vulnerables a las presiones de las élites políticas. La ciudadanía que valora el trabajo de una corte puede movilizarse, a través del voto u otros mecanismos de participación, para evitar ataques contra los poderes judiciales e, incluso, sancionar a los políticos que los lanzan. Sin embargo, este recurso pareciera no estar disponible en América Latina para la mayoría de los jueces ya que, según el Latino-barómetro, el porcentaje de ciudadanos latinoamericanos que reportan tener “muchacha” confianza es de solo siete, y el de los que tienen “algo” de confianza es de 22% desde 1995 hasta 2018, con niveles promedio de confianza que tienden a disminuir en las últimas dos décadas.

Esta falta de confianza se visualiza también en la existencia de movilizaciones sociales que se expresan en las calles y en el debate mediático. En Argentina, importantes sectores de la

sociedad se movilizaron en contra de algunas sentencias, como fue el caso de la sentencia conocida como “2x1”, que reducía la pena de prisión a condenados por la comisión de crímenes de lesa humanidad. En Perú se observaron masivas movilizaciones en el marco de la campaña “Ni un Sol Menos” en contra de la decisión de la Corte Suprema de avalar recortes salariales a empresas del sector privado en 2016. En Argentina (2001), México (2018) y Perú (2019) hubo extendidas e intensas movilizaciones callejeras en contra del poder judicial exigiendo reformas, renuncias, juicios políticos y nombramientos de nuevos jueces como respuesta a escándalos de corrupción y sobornos.

En estas circunstancias, es de esperar que la toma de decisiones judiciales esté condicionada por las preocupaciones de los jueces respecto a su propia estabilidad laboral y la estabilidad institucional de sus cortes. La bibliografía ofrece dos enfoques que, con ciertas limitaciones a las que volveré más adelante, proponen sólidas explicaciones para entender cómo proceden los jueces para lograr la seguridad institucional: el enfoque de la fragmentación política y el de la legitimidad pública.

### **El enfoque de la fragmentación política**

La teoría de la fragmentación política ha dominado el campo de los EPDJ en América Latina (González-Bertomeu, 2019; González-Ocantos, 2019). Este modelo propone que es probable observar sentencias deferentes hacia el gobierno de turno cuando este se encuentre en posición de coordinar fácilmente una respuesta institucional sancionatoria a una decisión adversa (Helmke, 2005; Ríos-Figueroa, 2007). Sin embargo, cuando el poder político se encuentra dividido, es decir, en manos de diferentes facciones políticas, esa coordinación es más difícil y se crea un espacio para decisiones judiciales más alejadas de los intereses de los gobiernos de turno.

La hipótesis empírica central que emerge de este enfoque, tal cual lo explican González-Ocantos y Valdivieso-Kastner en este volumen, es que los gobiernos fragmentados facilitan decisiones alejadas del poder de turno, mientras que los gobiernos unificados fomentan la deferencia.

Si bien esta teoría ha hecho importantes aportes teóricos en la región, ha perdido poder explicativo en las últimas décadas. Por ejemplo, Castagnola y Pérez-Liñán (2011) muestran que, a pesar de que el presidente Morales carecía de mayoría en el Congreso de Bolivia, consiguió intervenir tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema. De manera similar, a pesar de la fragilidad de su gobierno, el expresidente Eduardo Duhalde intentó destituir a todos los jueces de la Corte Suprema de Argentina en 2002. En Brasil, donde la fragmentación del poder en el Congreso es un patrón de larga data, los jueces del Supremo Tribunal parecieron no aprovecharla, al menos en forma regular, para dictar sentencias en contra de los intereses de los gobiernos de turno durante varias décadas (Brinks, 2011, Kapiszewski, 2011).

Por otro lado, el hecho de que los ataques políticos contra los jueces sigan siendo una característica de la política latinoamericana sugiere que, o bien los jueces no están utilizando la fragmentación del poder como mecanismo de defensa, o bien la misma tiene un efecto disuasorio limitado. También es importante notar que este mecanismo defensivo resulta inútil cuando los ataques no requieren coordinación institucional, como es el caso de, por ejemplo, campañas mediáticas que buscan desprestigiar a los tribunales o a sus miembros.

Las limitaciones de este enfoque requieren una explicación alternativa del comportamiento judicial en la región y sugieren que la distribución del poder entre actores políticos formales no es la única variable que determina la decisión judicial.

### **El enfoque de la legitimidad pública**

Una forma de superar algunas de las limitaciones del modelo anterior es considerar que otros actores también influyen en la decisión judicial. En particular, estudios ponen a la opinión pública en el centro del cálculo estratégico judicial (Staton, 2010). Estos estudios parten de la idea de que los jueces con altos niveles de legitimidad pública pueden usarla como un escudo de protección frente a los ataques políticos (González-Ocantos, 2019; Staton, 2010; Vanberg, 2005). En términos sencillos, si la ciudadanía valora positivamente a un tribunal, el gobierno



que lo ataque corre el riesgo de perder apoyo público y, eventualmente, electoral. Por otro lado, cuando la ciudadanía tiene una visión negativa de la justicia, es probable que los gobiernos puedan incidir sobre las cortes con mayor facilidad.

Obviamente, este mecanismo de protección no funciona sin la reacción de la ciudadanía, o de algunos grupos de interés influyentes, que a través del voto u otro mecanismo de participación hacen oír su descontento con el accionar del poder político. El uso de la legitimidad pública como escudo político requiere que los tribunales gocen de dicha legitimidad, algo que no pareciera estar ocurriendo en la región.

Sin embargo, el no contar con apoyo de la opinión pública no significa que los jueces latinoamericanos no estén necesariamente interesados en ella. Un bajo nivel de apoyo público podría indicar que los jueces aún no logran construirlo. Construir confianza pública no es una tarea fácil, y el tiempo es crucial en esta tarea (Friedman, 2009, p. 376). Jueces con poca legitimidad pública hoy pueden estar en el proceso de construirla y, por lo tanto, estar atentos a cómo sus fallos impactarán en la opinión pública.

### *¿Hay interés por construir legitimidad pública?*

Tres elementos de la actual coyuntura política en AL permiten especular que los jueces sí podrían tener interés en construir legitimidad. Existe evidencia, aunque todavía anecdótica, que muestra que la ciudadanía es realmente capaz de movilizarse contra los ataques políticos a los jueces. Los casos de Ecuador y Argentina son ejemplos donde se han producido múltiples ataques contra los jueces en las dos últimas décadas, y en los que el apoyo del público a los tribunales es sustantivamente bajo (Helmke, 2017, p. 407). Sin embargo, en estos países la ciudadanía también reaccionó contra los ataques políticos a sus tribunales superiores. En el año 2005, el intento del presidente Lucio Gutiérrez de Ecuador, de designar en la Corte jueces políticamente afines provocó masivas manifestaciones callejeras que lo forzaron a renunciar (Helmke, 2017). En Argentina, en 2015, el intento del expresidente Mauricio Macri de designar dos jueces de la Corte Suprema a través de un mecanismo de

dudosa validez constitucional provocó masivas reacciones públicas y callejeras y de, incluso, influyentes personalidades que habían apoyado su candidatura (Del Río, 2015).

A su vez, los jueces latinoamericanos también desarrollan estrategias institucionales para aumentar la visibilidad de sus Cortes y construir legitimidad pública. Según Staton (2010), en la primera década del siglo XXI, salvo una de las cortes, en AL todas ponían a disposición sus decisiones finales en un sitio web, el 72% las da a conocer a través de comunicados de prensa; y en el 92% de estos comunicados selecciona estratégicamente los contenidos por difundir.

También hay evidencia que demuestra que los altos niveles de confianza imponen algunas restricciones a la capacidad de los políticos para sancionar a los tribunales, lo que podría tentar a los jueces a construir legitimidad pública. Helmke (2010) combinó información de su base de datos sobre los ataques políticos contra los tribunales y datos recopilados por el Latinobarómetro sobre el nivel de confianza pública en los tribunales, y encontró que los países con mayor frecuencia de crisis son también aquellos que presentan los menores índices de aprobación pública del poder judicial (Ecuador, Bolivia Paraguay y Argentina), y que los tribunales con mayores índices de aprobación han tenido menos ataques (Costa Rica, Colombia, Brasil, El Salvador, Panamá, Uruguay y República Dominicana). Su estudio también revela que a mayor nivel de legitimidad menor probabilidad de ataques: la probabilidad de ataques contra cortes con altos niveles de legitimidad es solo del 2%, mientras que en las más deslegitimadas crece al 29%.

### *La legitimidad pública como escudo y los límites del enfoque en el contexto latinoamericano*

Si los jueces latinoamericanos están en el proceso de construir legitimidad pública para usarla como mecanismo de protección, necesitan cumplir dos condiciones. Primero, la condición de legitimidad, que se compone de dos tipos de apoyo: difuso y específico (Friedman, 2009). El apoyo específico se logra cuando el contenido de una decisión se ajusta a las preferencias del público, y el apoyo difuso se equipara a la legitimidad en tanto

se refiere a la predisposición positiva de la ciudadanía respecto de un tribunal aun cuando dicte fallos que a veces no coinciden con las preferencias de la mayoría (Friedman, 2009).

Estos dos tipos de apoyo, aunque diferentes, están estrecha y dinámicamente interconectados, ya que el apoyo específico influye en el difuso (Vanberg, 2005, p. 50). Las decisiones actuales de los jueces tienen repercusiones para el apoyo difuso futuro (p. 51). Por lo tanto, los jueces deben concentrarse tanto en lograr apoyo específico como difuso.

En segundo lugar, los jueces deben cumplir con la *condición de visibilidad*. La ciudadanía debe conocer sobre el trabajo de los jueces para poder valorarlo y, a la vez, conocer sobre las presiones políticas, para poder movilizarse en su contra. Para ello, los tribunales deben hacerse notar ante el público (Staton, 2010, p. 14; Friedman, 2009, p. 2615; Vanberg, 2005, pp. 45-49). Aquí, el rol de los líderes de opinión es trascendental para tallar la cobertura de los medios de comunicación que, a su vez, se consideran el principal modo por el cual el público se entera de los acontecimientos políticos.

En consecuencia, para construir legitimidad pública, los jueces deben intentar influir en las opiniones de los líderes de opinión y calcular sus reacciones a los fallos que dicten.

Sin embargo, la estrategia de construir apoyo público también enfrenta importantes limitaciones en AL. En estas primeras etapas de su intento por construir apoyo público, los jueces, aun desacreditados, necesitan aumentar la visibilidad de su trabajo para mostrar a la sociedad que se comportan imparcialmente o que producen bienes públicos valiosos. Deben ser asertivos, intervenir en debates relevantes y fallar en contra de los intereses de las élites políticas.<sup>3</sup> En otras palabras, deben evitar la prudencia como estrategia para conseguir el apoyo de los

---

3 Los estudios realizados fuera de América Latina han recopilado una cantidad considerable de pruebas que demuestran que el apoyo del público se ve reforzado por la percepción de que los jueces son, en términos generales, imparciales (Vanberg, 2015). En América Latina, esta hipótesis podría ser correcta. Por ejemplo, González-Bertomeu (2019) afirma que la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica son órganos bastante respetados debido a su historial de fallos en contra de los gobiernos.

ciudadanos. Ese comportamiento puede exponerlos a ataques políticos, ya que las represalias políticas permanecen latentes durante el proceso de construcción de apoyo (Castagnola y Pérez-Liñán, 2011).

Además, la asertividad no siempre es algo que el público recompense. En una región marcada por un alto nivel de desigualdad e inestabilidad política, la asertividad está relacionada con una imagen activista en la protección de los derechos y, sobre todo, con la protección de las mayorías desfavorecidas. No obstante, en nuestros países existen sólidos bloques conservadores que podrían reaccionar contra las decisiones activistas en términos de ampliación de derechos. Esto podría perjudicar los esfuerzos de construcción de legitimidad; por lo tanto, la asertividad puede ayudar a construir una imagen de independencia y prestigio a largo plazo, pero puede ser contraproducente a corto plazo.

Al igual que con la fragmentación política, el mecanismo de apoyo público no es capaz, por sí mismo, de resolver los desafíos que enfrentan los jueces en AL. La construcción del apoyo podría exponer a los tribunales a ataques políticos mucho antes de que hayan obtenido dicho apoyo, así como a reacciones adversas de grupos conservadores. Supongamos, sin embargo, que los jueces aún buscan construir apoyo para usarlo como mecanismo de protección. Si es así, asegurar la protección institucional requiere un comportamiento estratégico más complejo.

### **El enfoque equilibrista**

El punto de partida teórico de este trabajo es que los jueces buscan protegerse a sí mismos y a sus cortes. Esta preocupación los lleva a modular la asertividad de sus decisiones, teniendo en cuenta los efectos que las mismas tienen sobre los gobiernos de turno y la opinión pública. Para entender el modelo teórico que propongo invito a las lectoras a imaginar que los jueces latinoamericanos son protagonistas de un espectáculo circense donde caminan sobre una cuerda floja utilizando una barra para compensar dos fuerzas opuestas y calibrar cada uno de sus pasos. En esta sección discuto los elementos del modelo y, a continuación, planteo una hipótesis sobre el comportamiento judicial.

## Elementos del modelo

El modelo tiene tres componentes: las tensiones que los jueces deben balancear, las herramientas de las que pueden echar mano para responder a esas tensiones, y la variación en la asertividad de las sentencias.

En primer lugar, propongo que los jueces tienen en cuenta dos tipos de reacciones, muchas veces opuestas: las reacciones del gobierno de turno y las de la opinión pública. Sabemos que las decisiones judiciales están condicionadas por múltiples motivaciones (Baum, 2009; Tamanaha, 2009). Kapiszewski (2012), por ejemplo, propone que los jueces realizan un “balance táctico” de múltiples consideraciones al decidir casos de relevancia política. Según su argumento, la forma en que sopesan las consideraciones determina su posicionamiento estratégico frente a los gobiernos de turno.

Sin embargo, mi propuesta se centra en la idea de que la motivación principal de los jueces es protegerse a sí mismos y sus tribunales, y que ese objetivo los lleva a construir legitimidad pública, pero a la vez a evitar conflictos con el gobierno de turno. La opinión pública y la del gobierno son las fuerzas opuestas que los jueces deben equilibrar al caminar por la cuerda floja.

En segundo lugar, sostengo que, como los equilibristas, los jueces tienen herramientas –en este caso representadas por una barra– para mantener su equilibrio en la cuerda floja. Los EPDJ mayoritariamente ven las sentencias como una función directa del cálculo que los jueces hacen de cuáles serán las reacciones de los actores capaces de limitar su poder, ya sea el público, grupos de interés o el gobierno de turno (González-Ocantos, 2019; Staton, 2010). Pero lo que generalmente no se estudia es cuáles son las “herramientas” que tienen a mano para sortear esos condicionantes. Mi propuesta acepta la existencia de dichos condicionantes, pero propone que, al enfrentarlos, los jueces recurren a ciertas herramientas para modular el impacto de sus sentencias. Pueden, por ejemplo, acudir discrecionalmente a diversas teorías interpretativas para analizar la constitucionalidad de una ley o acto administrativo, llenar un vacío legislativo o resolver una contradicción normativa; aprovechar la

inexistencia de regulación procesal que determine el plazo que tienen para emitir sus opiniones y dictar sentencias; ampararse en las regulaciones procedimentales que les permiten rechazar el análisis de un caso sin fundamentarlo; fijar discrecionalmente la agenda de casos por revisar y sentencias por dictar, y decidir cuáles sentencias y cuándo deben darse a conocer al público. Estas herramientas se encuentran establecidas en códigos de procedimiento, antecedentes jurisprudenciales y prácticas burocráticas judiciales, y configuran “la barra de equilibrio” que los jueces usan para equilibrarse en la cuerda floja.

En tercer lugar, las sentencias son los pasos que los jueces equilibristas dan, uno frente al otro, y cuya firmeza y velocidad están determinados por el acto de equilibrio. A diferencia de la mayoría de los EPDJ, propongo una visión que da cuenta de las complejidades de las sentencias y va más allá de la idea de que los tribunales son o bien deferentes o bien asertivos. Sin embargo, las decisiones judiciales no siempre son juegos de suma cero en los que una de las partes lo gana todo (González-Ocantos y Dinas, 2019, p. 9).

La mirada tradicional de los EPDJ mide la asertividad de los fallos de una forma dicotómica, teniendo en cuenta solo si las decisiones judiciales son en contra o en favor de un gobierno y observando solo sus partes resolutivas. Sin embargo, este enfoque deja de lado otras dimensiones de los fallos, también relevantes para medir la asertividad: el tipo de orden o remedio, que distingue si la solución a la controversia cae en manos del propio tribunal que dicta la sentencia o de otra agencia estatal; los efectos colectivos o individuales del fallo; y el costo, político o financiero, de la implementación de la sentencia.

Por ejemplo, la asertividad de las *se* puede considerarse más intensa si la comparamos con otro tipos de sentencias: tienen efectos colectivos, requieren la creación o modificación, sí como la aplicación de políticas públicas y, en consecuencia, necesitan la inversión de recursos financieros y políticos sustantivos. En cambio, la intensidad pareciera ser menor en fallos individuales o que afectan solo a las partes del caso y, por lo tanto, no producen cambios estructurales. Además, los tribunales pueden calibrar sus fallos también dentro de cada tipo de sentencia. En lo que respecta a las *se*, y como se verá más adelante al analizar

el caso argentino, se pueden modular, por ejemplo, al establecer un plazo abierto o un plazo estricto para su ejecución.

Por lo tanto, no todas las decisiones contra un gobierno son igualmente intensas. Las se son sustancialmente más intensas que otras formas de decisiones, y existe una variación dentro de las mismas.

El modelo propone, entonces, que los jueces caminan por una cuerda floja tironeados por dos polos de atracción (la posición del gobierno de turno y la opinión pública) y que recurren a una barra de equilibrio (representada en un conjunto de herramientas establecidas en códigos procedimentales, practicas jurisprudenciales y prácticas burocráticas) que les permite calibrar la intensidad de sus pasos (la asertividad de sus sentencias)

### El cálculo del equilibrista

En resumen, mi modelo propone que los jueces utilizan estratégicamente un conjunto de herramientas para responder a los condicionantes del contexto político. Si los tribunales quieren generar apoyo de la opinión pública en escenarios poco favorables, tienen que ser asertivos; pero no hasta el punto de arriesgar su relativamente débil seguridad institucional. Deben tener cuidado de no alienar a las élites gubernamentales ni a los bloques conservadores de la sociedad. Eligiendo el momento, seleccionando los casos y midiendo la asertividad pueden ser capaces de fallar en contra del gobierno, aun sin generar represalias, e incluso produciendo reacciones populares positivas que se traduzcan en incremento de su legitimidad pública.

Para determinar en qué consiste ese cálculo, tomo la idea de “margen de tolerancia” de un gobierno a una decisión adversa (Epstein *et al.*, 2001, pp. 128-129), basada en la premisa de que, si bien cualquier actor político prefiere una decisión que esté, idealmente, lo más cerca posible de sus intereses, también está dispuesto a tolerar una decisión que se aleja de sus preferencias siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Existe, entonces, un *margen de tolerancia* alrededor de cada una de las preferencias de cada actor. Eso implica que aun cuando

una decisión no se alinea con esas preferencias, esta no genera reacciones negativas si se ubica dentro del margen de tolerancia

Ahora bien, propongo que el margen de tolerancia se encuentra determinado por dos elementos: el poder político del gobierno y la importancia de un caso para su agenda oficial.<sup>4</sup>

El primer factor se refiere a si el gobierno es lo suficientemente fuerte como para sancionar a los jueces, aun cuando su conducta le genere pérdidas en términos de apoyo público. En un contexto de un alto nivel de exposición pública a los asuntos judiciales, las reacciones negativas de la ciudadanía a las represalias políticas pueden limitar el poder sancionador de los gobiernos.<sup>5</sup> Por lo tanto, el temor del gobierno a la reacción popular, que se traduciría en una pérdida de apoyo en las urnas, puede funcionar como un elemento limitante. El gobierno intuye que presionar a los jueces implicará perder votos, por lo tanto, propongo que la fortaleza este no se mide teniendo en cuenta si el poder está dividido o fragmentado; la fortaleza –o poder político– del gobierno para lanzar represalias contra los jueces depende de si está en condiciones de perder apoyo popular. De esta manera, la decisión de lanzar o no represalias se encuentra condicionada también por factores que operan por fuera de las instituciones.

No obstante, en contextos en que las represalias contra los jueces son moneda corriente, es plausible pensar que los gobiernos pueden llegar a sancionarlos, incluso a pesar de perder apoyo popular. Sobre todo en casos donde el asunto sea particularmente importante para la agenda oficial.

Por lo tanto, el segundo componente que determina el margen de tolerancia es la relevancia que para el gobierno tiene el tema sujeto a revisión judicial. No todas las sentencias contra un gobierno provocarán el mismo tipo de reacciones. Algunos fallos podrían no estar relacionados con la agenda central del

---

4 Teniendo en cuenta otros contextos diferentes al de AL, autores como Epstein *et al.* (2001) proponen otros elementos determinantes del intervalo de tolerancia.

5 Esta intuición es congruente con los EPDJ estadounidense que muestran que los tribunales son deferentes hacia el Ejecutivo cuando el público tiene una alta confianza en el presidente (Tiede y Ponce, 2011).



gobierno, en estos casos, es improbable que este se encuentre interesado en lanzar represalias. Pero sí es de esperar que las probabilidades de que sucedan aumenten cuando la decisión sea relevante para la agenda del oficialismo de turno (Salokar, 1994; Herron y Randazzo, 2003; Iaryczower *et al.*, 2002; Vondoepp, 2006). Por lo tanto, el margen de tolerancia se amplía o disminuye también de acuerdo con la relevancia que el tema tiene para el gobierno.

Es importante resaltar que mi modelo asume que esta relevancia es la fuerza motora detrás de las represalias que lanzan tanto gobiernos débiles como fuertes. Los gobiernos tienen a mano herramientas para reducir el impacto negativo que las mismas pueden generar en la opinión pública. Un gobierno podría estar dispuesto a sufrir pérdida de apoyo en un primer momento, para luego intentar en un mediano plazo aminorar y, quizás, recuperar dicha pérdida.

Por otro lado, no tomar represalias en contra de un tribunal que dicta sentencias en contra de sus intereses prioritarios implica para el gobierno contribuir a un destino incierto que le puede llevar a dejar el poder. Fallos de este tipo tienen impactos negativos inmediatos y mediatos. A corto plazo, el gobierno se enfrenta a un obstáculo importante, dado que su política se ve invalidada judicialmente. A mediano plazo, un fallo de esta índole implica que los jueces ganen mayor influencia en el terreno político. Enfrentarse al oficialismo en un asunto que es de interés para este es una potente señal hacia el gobierno, pero también hacia otros actores de la arena política, tanto litigantes no partidarios como los que pertenecen a la oposición o grupos de interés contrarios al gobierno. Estos actores, involucrados en las disputas diarias de la arena política, sabrán que el tribunal está dispuesto a analizar, y hasta expedirse en contra, en casos de especial interés para el gobierno. En otras palabras, este tipo de sentencias alientan, al menos hipotéticamente, la judicialización de temas candentes para el gobierno por parte de quienes se le oponen y que pueden beneficiarse con futuros fallos que lo debiliten.

Por otro lado, una sentencia contraria a los intereses del gobierno en temas de alta relevancia para su agenda incrementa la legitimidad pública de los jueces y los fortalece en términos

políticos, lo cual los alienta a tomar futuras decisiones asertivas. Estas consecuencias están lejos del control gubernamental. Quizás, la única alternativa que tiene el gobierno para evitar que los mismos se ramifiquen es sancionar a los jueces que dictan estas sentencias, enviándoles un mensaje para que no se avoquen a casos de relevancia para su agenda.

Ante la elección de enfrentarse a una reacción popular negativa, o arriesgarse a que los jueces contribuyan a su debilitamiento político, es esperable que un gobierno prefiera soportar una reacción popular negativa, independientemente de su poder político. Bajo este supuesto, los gobiernos fuertes tomarán represalias ante los tribunales, ya que podrían permitirse perder cierto nivel de apoyo o estar dispuestos a desplegar estrategias para recuperarlo. Los gobiernos débiles, ante la incertidumbre de continuar en el poder, presionarían a los tribunales para evitar que contribuyan a un destino de recambio.

Para concluir, los jueces estratégicos que busquen evitar represalias calcularán la amplitud del margen de tolerancia del gobierno. El riesgo de represalias puede variar de mayor a menor en cuatro escenarios, como se muestra en la tabla 1. Cuanto más largo sea el margen, menor será el riesgo de represalias, y cuanto más corto sea el intervalo, mayor será el riesgo. Por lo tanto, mi hipótesis es que los magistrados tenderán a ser fuertemente asertivos cuando el riesgo de represalias sea bajo y medio; es decir, cuando los asuntos bajo revisión judicial no sean relevantes para la agenda de gobiernos débiles o fuertes. Por otro lado, los magistrados tenderán a ser más cautelosos cuando los casos sean relevantes para un gobierno débil y evitarán las decisiones audaces cuando se trate de asuntos relevantes para los gobiernos fuertes. La extensión del margen de tolerancia determinará las decisiones sobre el caso que van a conocer, el momento de la decisión sobre dicho caso y la intensidad de su asertividad.

**TABLA I**  
**Márgenes de tolerancia de un gobierno**

|                        |        | Relevancia del tema para el gobierno |       |
|------------------------|--------|--------------------------------------|-------|
|                        |        | Alta                                 | Baja  |
| Fortaleza del gobierno | Fuerte | Muy corto                            | Medio |
|                        | Débil  | Corto                                | Largo |

Ahora bien, este razonamiento estratégico está limitado por el intento de conseguir el apoyo del público. Las reacciones públicas pueden medirse en una escala de tres puntos. Un *fuerte apoyo público* se producirá cuando una sentencia atraiga apoyo difuso y específico; un *apoyo medio* se producirá cuando solo produzca apoyo difuso, y *apoyo nulo* cuando no genere apoyo difuso.

Fallar en contra del gobierno en un asunto de la agenda central probablemente atraiga un fuerte apoyo y, por tanto, es la línea de acción más atractiva para construir legitimidad. Sin embargo, los jueces estratégicos deben reducir la intensidad de su asertividad cuando el margen de tolerancia del gobierno sea corto, pero deben intentar no menoscabar la construcción de apoyo público. Deben elegir, por tanto, casos políticamente relevantes para el público, pero no prioritarios en la agenda del gobierno. Además, estas decisiones deben ser lo suficientemente asertivas como para ser relevantes en el debate público y provocar un fuerte apoyo.

Asimismo, los tribunales deben tener en cuenta las reacciones adversas de bloques conservadores e influyentes de la sociedad que podrían traducirse en una falta de apoyo específico. Al dictar fallos que protegen derechos, deberán calibrar la intensidad de sus decisiones a fin de prevenir reacciones negativas de grupos conservadores capaces de influenciar los humores sociales. Así, el cálculo de los magistrados sobre las reacciones del público también determinará la selección del caso, el momento de su decisión y su intensidad.

En resumen, el enfoque equilibrista sugiere que el nivel de asertividad de los tribunales es una función de su intento de proteger dichos tribunales. Seleccionarán los casos, cronometrarán



sus decisiones y modularán su intensidad en función del cálculo simultáneo del margen de tolerancia del gobierno y de las reacciones de los líderes de opinión que afectan el apoyo tanto difuso como específico.

El modelo puede resumirse en dos hipótesis. Bajo la hipótesis de la *asertividad audaz*, los jueces se animarán a dictar *SE* altamente asertivas y con alta visibilidad pública cuando consideren que tienen altas posibilidades de lograr apoyo público difuso y específico, pero que a la vez no se refieran a temas relevantes para la agenda de los gobiernos de turno, sean estos débiles o fuertes. Mientras que la hipótesis de la *asertividad calibrada* sugiere que los magistrados calibrarán las *SE*, esto es, disminuirán la asertividad de las sentencias, para evitar conflictos políticos con el gobierno de turno (en casos relevantes para la agenda oficial) y para evitar pérdidas sustanciales de apoyo público.

En las próximas dos secciones analizo cómo mi modelo explica la variación entre las *SE* dictadas por la Corte Suprema y cómo las mismas confirman las hipótesis mencionadas.

### El caso de la Corte Suprema de Argentina<sup>6</sup>

Esta breve sección permite entender por qué la Corte Suprema es un caso de estudio apropiado para analizar el modelo propuesto, ya que operó en un contexto de vulnerabilidad institucional, y

---

6 Este estudio se basa en una combinación de fuentes primarias y secundarias. Además de la bibliografía especializada en asuntos políticos argentinos, realicé 39 entrevistas semiestructuradas a actores claves: personas de la academia del Derecho y Ciencias Políticas, del periodismo, del poder judicial como jueces y secretarios de la Corte, profesionales del derecho y líderes de ONG que trabajan en temas de la Corte o han litigado casos ante ella. Los nombres de los entrevistados no se mencionan a lo largo del artículo para proteger la confidencialidad. En su lugar, utilicé un prefijo para identificar a cada entrevistado, como se describe en el Anexo 1. Además, he creado una base de datos de artículos periodísticos con 2698 entradas publicadas por los tres principales periódicos argentinos entre 2003 y 2012. Luego, apliqué técnicas de análisis de contenido a las transcripciones de las entrevistas y a los artículos de los medios de comunicación de acuerdo con una matriz de codificación diseñada para capturar diferentes aspectos de las variables independientes y dependientes.

cómo se representan en este caso particular los componentes del cálculo estratégico que los jueces equilibristas realizaron al dictar las se. Asimismo, nos ofrece una primera aproximación para entender cómo los jueces aplicaron el modelo equilibrista a este tipo de sentencias.

Entre 2003 y 2005, se produce un proceso de renovación de la composición de la Corte. El presidente Néstor Kirchner impulsó desde 2003 al Congreso de la Nación a iniciar el juicio político a cinco de los nueve jueces de ese entonces.<sup>7</sup> Hasta 2005, y de forma progresiva, los jueces Julio Nazareno, Adolfo Vázquez y Guillermo López renuncian para evitar la destitución, y Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano son destituidos. Se mantuvieron en sus cargos durante este proceso, sin haber sido sujetos a juicio político, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Enrique Petracchi. Asimismo, el presidente propuso designar cuatro nuevos jueces, no sin antes modificar el procedimiento de nombramiento, restringiendo los poderes presidenciales, aumentando la transparencia y permitiendo la participación pública (Asociación por los Derechos Civiles, 2008). Luego, a instancia del propio oficialismo, el Congreso redujo el número de asientos de nueve a siete.

En este proceso se produce un hito relevante cuando la jueza Highton se suma a la Corte en junio de 2005, luego del ingreso de Eugenio Zaffaroni y Carmen Argibay. Desde ese momento se tornan irrelevantes, por razones numéricas, los jueces que habían sido considerados como los responsables de la crisis de legitimidad de la Corte. Comienza así una nueva etapa de estabilidad institucional, que incluyó la incorporación de Ricardo Lorenzetti al tribunal, que se extiende hasta 2014, año en el que se producen los fallecimientos de Argibay y Petracchi, y la renuncia de Zaffaroni.

La Corte, en su nueva composición, se enfrentaba a un contexto político complejo. La historia institucional del tribunal mostraba, por lo menos hasta ese momento, un patrón de debilidad institucional estructural (Helmke, 2005). Si bien en 2003 el presidente Kirchner emprendió una reforma de los

---

7 El juez Gustavo Bossert renunció a su cargo antes del inicio de estos procesos.

procedimientos de nombramiento de jueces, restringiendo los poderes presidenciales, aumentando la transparencia y permitiendo la participación pública, el temor a presiones y amenazas no podía descartarse. Los poderes formales del Ejecutivo, que permitían tomar represalias, permanecieron intactos

Por otro lado, la Corte se vio afectada por una profunda crisis de legitimidad. El descontento popular con la Corte alcanzó su punto más alto a finales de la década de los noventa, cuando el presidente Menem gobernó el país durante dos mandatos consecutivos. Fue criticada principalmente por su partidismo, su falta de transparencia y su incapacidad para proteger los derechos humanos. Durante la crisis del país de 2001-2002, hubo un sentimiento generalizado de que la Corte era parte de las élites políticas responsables de la crisis, lo que llevó a manifestaciones públicas en su contra. Estos hechos dieron lugar a los procesos de destitución y dimisión de varios, mencionados anteriormente.<sup>8</sup> En este contexto, la Corte se comprometió a reparar su crisis de legitimidad (Barrera, 2013; Pereira, 2014; Ruibal, 2009, 2012).

Así, la labor de la Corte en el periodo analizado estuvo condicionada, por un lado, por las potenciales presiones políticas que sus decisiones podrían suscitar y por la necesidad de construir legitimidad pública, lo que en la práctica implicaba estar condicionada por las reacciones de la opinión pública.

Antes de analizar la forma en que los jueces lograron sortear estos condicionantes caminando como equilibristas en la cuerda floja, es necesario detenerse brevemente en discutir cómo se operacionalizan en este caso particular los componentes del cálculo estratégico que realizan los jueces: el margen de tolerancia de los gobiernos a sentencias adversas y el apoyo público.

### **El margen de tolerancia y el apoyo público**

Como se discutió más arriba, el margen de tolerancia se compone de dos extremos: fortaleza del gobierno y relevancia del tema para la agenda oficial. Respecto del primer elemento,

---

8 Para una discusión sobre estos desarrollos ver Benente (2011), Pereira (2014) y Ruibal (2009, 2012).

propongo que un gobierno puede ser calificado como fuerte si puede permitirse una pérdida de apoyo y débil si no puede. Mi estudio abarca los mandatos completos de los presidentes Kirchner (2003-2007) y Fernández (2007-2011) y el primer año del segundo mandato de Fernández (2012), ambos de la coalición Frente para la Victoria (FPV). La literatura sobre la política argentina sugiere que el gobierno de Kirchner era débil, ya que no podía permitirse una pérdida de apoyo público (Cherny *et al.*, 2010). Por su parte, el gobierno de la presidenta Fernández, al menos hasta 2012, puede calificarse como fuerte (Catterberg y Palanza, 2012; Levitsky y Murillo, 2008).

El segundo aspecto del intervalo de tolerancia se refiere a la relevancia del caso para el gobierno. Dado que el sistema político argentino se caracteriza por una alta concentración de poder, solo los miembros más influyentes del gobierno y del partido gobernante son voces autorizadas y legítimas para referirse a los temas más trascendentales. Por lo tanto, quién hace declaraciones públicas sobre un tema en particular es indicativo de la notoriedad del asunto para el gobierno. Además, si estas declaraciones se producen, probablemente serán reportadas por los tres principales periódicos utilizados como fuentes en este trabajo. En consecuencia, y dado que estas declaraciones públicas pueden producirse antes o después de que se emita una decisión, considero indicativas de relevancia las declaraciones públicas que representan i) una defensa de la política o posición gubernamental sometida a revisión judicial, ii) una crítica a la sentencia de la Corte por afectar a la política oficial, y iii) la celebración de la decisión en tanto que valida la política oficial.

Finalmente, en cuanto al apoyo público, y dada la ausencia de encuestas de opinión sobre la Corte, me basé en el liderazgo de opinión y la cobertura de los medios de comunicación para captar si una decisión aumenta o disminuye el apoyo público. Siguiendo la escala de tres puntos de apoyo público comentada anteriormente, codifiqué los artículos de los medios de comunicación como impacto fuerte, medio o negativo.

Conociendo ya los condicionantes a los que se enfrentaban los jueces, y la representación de los elementos del cálculo estratégico que propone mi modelo para el caso argentino, es hora de pasar al análisis de las se dictadas en este periodo.

## El cálculo de los equilibristas en las sentencias estructurales

Los jueces dictaron 12 *se* en el periodo estudiado (Anexo 2). Aunque existen algunas controversias conceptuales en torno a la definición de *se*, dichas sentencias se caracterizan por 1) ser decisiones preliminares o finales, que 2) que ordenan la elaboración o la reforma e implementación de políticas públicas para reparar o prevenir violaciones estructurales de los derechos humanos, y 3) y que establecen alguna forma de control judicial del proceso de creación e implementación de las políticas públicas requeridas.<sup>9</sup>

Nueve casos se explican por la hipótesis de la asertividad audaz, en tanto que se refirieron a temas de alta visibilidad pública, que despertaron un fuerte apoyo público, pero que no eran relevantes para la agenda de los gobiernos débiles y fuertes que se sucedieron en el periodo bajo estudio. Mientras tanto, tres fallos se explican por la hipótesis de la asertividad calibrada. Los jueces calibraron la intensidad de Fundación Sur y de FAL para evitar una pérdida sustancial de apoyo público, y de Badaro I para evitar una confrontación total con el gobierno, como analizo en esta sección.

Ahora bien, es necesario detenerse aquí a explicar brevemente cómo calibraron dicha asertividad. Analizando las *se* dictadas por la Corte, podemos ver que el requerimiento de elaboración de una política pública varía sustantivamente en referencia a tres criterios:

- Si impugnan parcial (IP) o totalmente (IT) una política.
- Si estipulan un plazo estricto (PE) o no (NPE) dentro del cual debe crearse la política.
- Si establecen la participación (P) o no (NP) de determinados actores en el proceso de debate, la aplicación y el seguimiento de la política solicitada.

---

9 En general, los juristas coinciden en que estos son los tres elementos básicos de cualquier definición de recursos estructurales. Para una excelente discusión sobre el debate acerca de qué son los recursos estructurales y qué elementos los constituyen, ver Puga (2012).



Así, la intensidad de las SE se clasifica en:

- Intensas (cuando se presenta IT más algunos o todos los demás elementos): nueve SE de estos casos.
- Moderadas (cuando solo tenemos IT): encontramos dos de estos casos.
- Discretamente intensas (cuando tenemos IP más algún otro elemento): tenemos una sola SE en esta categoría.
- De baja intensidad (cuando tenemos IP y ningún otro elemento).

La Corte dictó nueve SE intensas, dos moderadas y una discretamente intensa. En ninguno de los casos justifico la inclusión o no de los elementos que constituyen la escala mencionada. Al dictarlas, no solo parece haber usado como herramientas de calibre sus poderes para establecer discrecionalmente qué elementos incluir o no, sino también su potestad de dictar sentencias cuando ella lo considere oportuno. En las entrevistas realizadas por el autor, periodistas (R1, R3, R4, R5), académicos (LS 1, LS2, LS3, LS4, LS5) y profesionales (CSL2, CSL3, CSL5, CSL6, CSL7, LP1, LP3, LP4 y LP5) coincidieron en que el momento en que se produjeron las 12 SE solo puede explicarse en relación con el deseo o la conveniencia de los jueces de resolver cada caso en un momento determinado.

En la siguiente sección analizo tres SE que muestran la variación entre este tipo de decisiones teniendo en cuenta los niveles de asertividad discutidos más arriba.

### **El cálculo estratégico de la Corte a través de tres casos de estudio**

Para ilustrar el comportamiento estratégico de la Corte analizo aquí el fallo Rosza, que se enmarca en la hipótesis de asertividad audaz, ya que versa sobre un tema que no era de la agenda del gobierno de turno, pero que produce altos niveles de aprobación en la opinión pública, y los fallos Badaro I y Fundación Sur que se explican por la hipótesis de asertividad calibrada, en tanto la Corte moduló su asertividad dictando una SE moderada y otra discretamente asertiva para, en el primer caso, evitar una

confrontación total con el gobierno y, en el segundo, evitar una pérdida sustantiva de apoyo público.

### **Asertividad audaz: Rosza**

La asertividad del fallo Rosza (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 2007)<sup>10</sup> se califica como de “intensa” en tanto impugna una política de forma completa y solicita al Congreso que apruebe una ley que cree un nuevo procedimiento de nombramiento de jueces interinos en el plazo de un año.

El caso giraba en torno a un déficit crítico del Poder Judicial federal. La Constitución Nacional estableció que el Consejo de la Magistratura (CM), el Poder Ejecutivo y el Senado debían intervenir en la designación de los jueces federales. Para ello, la Ley 24.937 implementó un procedimiento en el que cada organismo cumplía un rol diferente. La ley no fijó un plazo para cada etapa del proceso de designación, lo que facilitó demoras excesivas en los nombramientos de los nuevos jueces. Frente a esos retrasos, el CM se autoasignó la facultad exclusiva de nombrar jueces interinos y renovarles su mandato. Este mecanismo, pensado para ser utilizado en circunstancias excepcionales, se convirtió en una práctica habitual, llegándose a nombrar al veinte por ciento de los jueces federales al momento del fallo.

Esta situación tuvo dos ramificaciones negativas: en primer lugar, se alegó que el CM ejercía presiones políticas sobre los jueces interinos que solicitaban la renovación de sus mandatos y, en segundo lugar, varios tribunales de apelación declararon nulas las decisiones de algunos de estos jueces (CSJN, 2007).

En este contexto, el señor Rosza presentó un caso que llegó a la Corte. Alegó, en términos generales, que las resoluciones tomadas por un juez penal interino en un caso en el que estaba involucrado violaban sus derechos al debido proceso. Adujo que dicho juez no fue designado mediante un mecanismo que cumpliera con el mandato constitucional.

La Corte se enfrentó a un caso complejo. Por un lado, como señalaron académicos del derecho en entrevistas para este trabajo (LP1, LP3, LS3), había sólidos fundamentos jurídicos para

---

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa: Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación. 23 de mayo de 2007.

considerar el mecanismo como inconstitucional. Por otro, la declaración de inconstitucionalidad del mecanismo podría desencadenar una ola de nulidades de sentencias dictadas por jueces interinos, lo que produciría un caos legal en cientos de casos dada la inseguridad jurídica que estas nulidades provocarían; y, además, esos jueces interinos deberían dejar sus cargos y se producirían cientos de vacantes, hecho que agravaría la crisis institucional respecto de la provisión del acceso a la justicia en el ámbito federal. Estas consecuencias llevarían a una grave crisis judicial que afectaría el acceso de los ciudadanos a la justicia en todo el país.

El tribunal declaró la inconstitucionalidad del proceso de nombramiento, pero aplazó los efectos inconstitucionales por un año, durante el cual los cargos interinos seguirían siendo válidos. Mientras tanto, requirió al Congreso y al Ejecutivo que, en el plazo de un año, crearan un nuevo mecanismo que se adecuara a las normas constitucionales en cuestión.

Rosza (CSJN, 2007) se puede entender a la luz del modelo propuesto. Los magistrados fallaron en contra del Gobierno sin poner en riesgo su estabilidad y, al mismo tiempo, consiguieron el apoyo de la opinión pública. La decisión provocó reacciones muy positivas de los líderes de opinión, a pesar de no haber tocado una política de relevancia de la agenda del gobierno. En el debate público, de hecho, la decisión fue considerada como una muestra de la imagen independiente de los jueces y un desafío abierto al gobierno (Zommer, 2008). Muchos sectores sociales consideraban al Poder Ejecutivo como responsable del retraso en los nombramientos de los jueces y se insinuaba que el gobierno incurría en esta práctica porque quería ejercer presión política sobre los jueces interinos a través del CM, dominado por consejeros alineados con el presidente (La Nación, 2007a; Ventura, 2008a). Además, la sentencia contribuyó a la imagen de una Corte dedicada a la ampliación de derechos, y consiguió ser vista como una institución realmente comprometida en darle solución a una problemática social (Ventura, 2008b).

Por otro lado, Rosza se ubica dentro de un amplio margen de tolerancia del gobierno. Se dictó antes de las elecciones presidenciales de 2007 y, por lo tanto, las represalias eran un curso de acción poco atractivo para el oficialismo. Y, lo que es más

importante, el caso no era relevante en la agenda del gobierno. Ningún alto cargo de la coalición oficial ni del gobierno criticó la sentencia por invalidar el mecanismo de nombramiento.

En resumen, Rosza es una *se* intensa dentro de este tipo de decisiones. La Corte consiguió fallar en contra del gobierno sin recibir represalias, abordando una cuestión de relevancia pública que no era destacada en la agenda oficial, y provocó reacciones fuertemente positivas que potenciaron la imagen de independencia y activismo.

### **Calibrando decisiones para evitar la confrontación total con el gobierno: Badaro I**

Badaro I (CSJN, 2006)<sup>11</sup> es un caso en el que los jueces redujeron estratégicamente la intensidad de las *se*, produciendo una decisión “moderada”. La Corte impugnó toda la política del gobierno respecto del tema en cuestión, pero no estableció un plazo de implementación de estricto cumplimiento y tampoco incluyó otros actores en el proceso de elaboración, implementación y monitoreo de la política pública.

El caso abordó algunos déficits en el régimen de pensiones de jubilación. Este tema, principalmente la actualización periódica de las pensiones, estuvo en la agenda pública por más de dos décadas (Herrero, 2011). Uno de los pilares del sistema de seguridad social argentino es el reajuste de las pensiones consagrado en la Constitución. Sin embargo, durante la década de los noventa, el presidente Menem eliminó los mecanismos de reajuste automático, y la nueva legislación estableció que el Congreso tenía la facultad de decidir sobre el tema anualmente, de acuerdo con la disponibilidad de fondos públicos. El presidente Kirchner trató de reconstituir los sistemas de bienestar social desde 2003. Implementó una política que cumplió gradualmente con los términos de miles de sentencias judiciales a favor de los reclamos individuales de reajuste de pensiones; facilitó el acceso a los beneficios previsionales, en particular para quienes carecían de aportes previsionales por un corto periodo; y

---

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa: Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios. Agosto de 2006.

estableció por decreto el reajuste de los salarios previsionales de los jubilados más desfavorecidos (Herrero, 2008).

En este contexto, el señor Badaro reclamó el reajuste judicial de su pensión, que estuvo congelada entre 1995 y 2005 y la corrección del reajuste porcentual que se aplicó entre 1991 y 1994.

En su fallo, la Corte afirmó que el reajuste constitucional de las pensiones debía realizarse mediante mecanismos automáticos que reflejaran la relación entre las jubilaciones y los salarios de los trabajadores. Asimismo, estableció que la persistente falta de reajuste anual violaba los derechos del señor Badaro. Requirió el expedición de una nueva legislación estableciendo un ajuste de criterio que garantizara la relación proporcional entre los salarios actuales de los trabajadores, las jubilaciones y las pensiones (CSJN, 2006).

Comparada con la fase de ejecución incluida en otras *SE*, Badaro I es mucho más flexible. En otros casos, como en Rosza, la Corte estableció un estricto plazo para la fase de ejecución. En otros, se ordenó al gobierno que presentara informes regulares sobre el progreso de dicha fase o que celebrara audiencias públicas que permitieran monitorearla (Pereira, 2014). En Badaro I, sin embargo, solo se estableció la vaga fórmula de “plazo razonable” para la aprobación de la nueva ley.<sup>12</sup> Esta le otorgó al gobierno un amplio margen de tiempo para discutir y negociar una nueva política con otros partidos. Asimismo, la Corte no ofreció un inmediato remedio al señor Badaro, y lo dejó sujeto a la voluntad política gubernamental.

Además, el tono del fallo denota un esfuerzo por morigerar el impacto de la decisión en el gobierno. La Corte explícitamente elogió el régimen oficial de pensiones como un avance positivo destinado a hacer frente a algunos de los efectos de la crisis económica y social que tuvo lugar en 2001 y 2002. Desde una perspectiva técnica, estas consideraciones eran innecesarias a la hora de la construcción jurídica argumentativa que sustentaba el fallo.<sup>13</sup>

---

12 *Ibid.*, párrafo 8.

13 *Ibid.*, párrafo 11.

La estratégica reducción de asertividad no hizo mella en la opinión pública. Por el contrario, Badaro I fue muy bien recibida en el ámbito público y fortaleció la imagen de activismo e independencia. La cobertura mediática presentó el fallo como un intento de la Corte por marcar la agenda gubernamental sobre la temática de las pensiones y de proveer soluciones al déficit social que permaneció mayormente desatendido por los poderes electos (Verbistky, 2006; Wainfield, 2006b).

Por ejemplo, el periodista Wainfield (2006a) señaló: “La Corte Suprema marcó nuevamente la agenda para los demás poderes del Estado. Ahora los magistrados apuntan a subsanar el abandono a los jubilados, una de las mayores injusticias perpetradas por los últimos gobiernos, incluida la Corte Suprema de Justicia”.

En la misma línea, una editorial del diario *La Nación* (2006) señaló: “La decisión de hacer justicia en este asunto pone de manifiesto la urgencia de devolver la dignidad a un amplio sector de la sociedad. Asimismo, [resalta] la necesidad de abordar reformas estructurales en el sector público que hagan factible mantener la solvencia fiscal sin tener que recurrir nuevamente a la reducción del gasto público a expensas de vulnerar las funciones esenciales del Estado”.

Y un periodista del diario *Clarín* (Boschi, 2006) destacó: “Los jueces ejercerán control sobre las decisiones del Congreso y tendrán la última palabra sobre la resolución del conflicto”.

En cuanto al margen de tolerancia del gobierno, la decisión giró en torno a una cuestión sumamente relevante para las sucesivas administraciones entre 2003 y 2014. El temor a represalias no era infundado. Altos funcionarios del gobierno consideraban a la política previsional como un logro sustancial de la gestión de Kirchner (Montenegro, 2006; Wainfield, 2006a). Además, el cumplimiento del fallo tenía un impacto económico sustancial, independientemente del mecanismo de ajuste específico que se adoptara (Herrero, 2011, p. 587). Por otro lado, en el escenario político argentino, en donde la iniciativa política se concentra en manos del presidente, la imagen de la Corte Suprema marcando la agenda del gobierno, en un tema sensible, fue vista por la opinión pública como una decisión

que afectaba la influencia política del presidente (Montenegro, 2006; Wainfield, 2006a, 2006b).

A pesar de ello, la Corte logró que su fallo no se percibiera en las esferas del gobierno como una afrenta (Wainfield, 2006a, 2008). Inicialmente, fue recibido como la solicitud de una medida correctiva más que como un desafío público. El jefe de la Administración Nacional de Seguridad Social (Anses), Sergio Massa, fue el principal funcionario en comunicar su posición. En una ocasión, declaró: “El fallo preserva la función de cada poder, deja en manos del Congreso la creación del mecanismo de reajuste [...], y reconoce como medidas positivas los ajustes otorgados por decreto por los gobiernos pasados” (Boschi, 2006).

También señaló como positivo el hecho de que el fallo implicaba apartarse de precedentes que otorgaban al Poder Judicial la facultad de fijar la fórmula de reajuste: “la sentencia es positiva porque establece que el reajuste de pensiones ya no es competencia judicial” (Hauser, 2006a).

Se podrían ofrecer explicaciones alternativas para entender la intensidad calibrada de esta sentencia. Podría argumentarse que la Corte no dimensionó la relevancia del asunto para el gobierno y pensó que el tema no era relevante para su agenda. Sin embargo, esto es improbable dado que las mejoras en las jubilaciones fueron una política fundamental en el gobierno de Kirchner. Podría señalarse también que el fallo no significó un desafío real y que estaba en línea con el interés del gobierno; sin embargo, el posterior comportamiento de la administración lleva a una conclusión contraria. Fue recién en 2008 que el gobierno aprobó una ley en respuesta al fallo.

En esta línea, el descontento del gobierno –que no llegó a hacerse público al momento de dictarse la sentencia– fue señalado por los periódicos, que consideraron a Badaro I como un ejemplo de una serie de fallos que contribuyeron a crear tensiones políticas entre la Corte y la administración.<sup>14</sup>

El caso Badaro I muestra cómo los jueces realizaron hábiles movimientos de equilibrio en un contexto complejo. Modularon la intensidad de su intervención alterando la característica de

---

14 Ver, por ejemplo, *La Nación* (2009).

este tipo de soluciones en vistas al intervalo de tolerancia del gobierno. Dicha reducción no afectó la estrategia de construcción de legitimidad, ya que consiguieron atraer un gran nivel de apoyo popular.

### **Calibrar las sentencias para conseguir apoyo popular: la sentencia de la Fundación Sur**

En el fallo Fundación Sur (CSJN, 2008),<sup>15</sup> la Corte calibró la intensidad de su decisión para resolver la tensión que enfrenta para construir apoyo específico y difuso. Justamente, en este caso la Corte dictó una sentencia “discretamente intensa” para evitar una pérdida sustantiva de apoyo público. La SE declaró la inconstitucionalidad parcial de la legislación en la que se apoyaba la política pública que impugnaron; estableció un proceso de implementación flexible, sin plazos estrictos; y no propuso la participación de actores sociales en el proceso de implementación y monitoreo de la política pública.

Según la legislación penal argentina, un niño menor de 16 años no puede ser considerado penalmente responsable. Pese a ello, excepcionalmente permite a jueces dictar la detención de estos niños para proporcionarles protección moral y material. En consecuencia, se los envía a la misma institución en la que se confina a delincuentes juveniles. Decisiones basadas en esta excepción se han convertido en una práctica judicial corriente, especialmente cuando el niño procede de un entorno desfavorecido. Este sistema de tutela vulnera las normas internacionales de derechos humanos y da lugar a una flagrante violación de los derechos del niño (CSJN, 2008).

En ese contexto, la Fundación Sur, una organización de derechos humanos, y la Defensoría del Niño de la Ciudad de Buenos Aires presentaron un hábeas corpus en favor de todos los niños menores de dieciséis años alojados en centros de detención de la ciudad de Buenos Aires. Solicitaron que se declarara la inconstitucionalidad de la Ley 22.278 y que los niños

---

15 El nombre original de la causa es: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa: García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa 7537. 2 de diciembre de 2008.



fueran liberados inmediatamente. Un juez denegó la solicitud en primera instancia. Un Tribunal de apelación revocó esta decisión anticipada y dictó una *se* declarando la inconstitucionalidad de la ley vigente y ordenando la excarcelación gradual de los niños, acorde a lo solicitado por los demandantes, los organismos estatales y las organizaciones de la sociedad civil. También solicitó al Congreso Nacional la promulgación de una nueva legislación que acate los estándares internacionales de protección de derechos del niño.

El caso llegó finalmente a la Corte que, en diciembre de 2008, dictó un fallo modificando sustancialmente la *se* dictada por el Tribunal de apelaciones. Solicitó al Congreso y al Ejecutivo Nacional que promulgaran una legislación que respetara los estándares internacionales de derechos humanos, y señalaron que ello debía hacerse dentro de un plazo razonable. Sin embargo, revirtieron un aspecto clave de la anterior *se* al mantener la validez del sistema de tutela.

La decisión se produjo dentro del intervalo de margen de tolerancia medio del gobierno, ya que no se refería a un tema relevante en la agenda oficial. Si bien el caso giraba en torno a la detención de niños en instituciones dependientes de la Ciudad de Buenos Aires, el fallo ordenó al Gobierno nacional reformar su legislación porque el Congreso Nacional era el encargado de legislar en materia penal. Los medios de comunicación no reportaron reacción adversa alguna por parte de los funcionarios del gobierno.

Empero, Fundación Sur fue la única *se* que provocó reacciones adversas de un grupo de defensores de derechos humanos. Pese a que el fallo resolvió modificar el sistema tutelar, esta decisión fue percibida como una forma implícita de validación de una práctica institucional violatoria de derechos, tal cual lo remarcó el presidente de la Fundación Sur y miembro del Congreso, García Méndez (Cecchi, 2008). En la misma línea, Laura Musa, defensora pública de menores de la Ciudad de Buenos Aires, también remarcó que el fallo representaba un retroceso en materia de derechos humanos (Rodríguez, 2008). Por su parte, el prestigioso periodista Horacio Verbitsky (2008) afirmó que el fallo era una muestra de tibieza del tribunal en el compromiso con los derechos humanos, y que recurría a un

falso argumento en favor de la “protección a los débiles” para justificar una violación de derechos. En este último aspecto, el periodista se refirió al argumento, sostenido por algunos magistrados, de que la liberación de los niños los habría dejado desprotegidos en una sociedad ávida de acciones retributivas violentas.

Por otro lado, la decisión fue criticada porque anuló una *se* intensa. La Corte la sustituyó por una de discreta intensidad, que dejaba indemne la controversial ley revocando, además, la orden de excarcelación de niños de detenidos. Nora Schulman, de la Comisión Nacional de Seguimiento de Derechos del Niño, declaró: “El fallo es un retroceso porque desmantela una medida progresista [en referencia a la sentencia del tribunal inferior] que ayudó al Estado a reconocer e implementar los estándares internacionales de protección de los derechos del niño” (Cecchi, 2008).

¿Por qué los jueces adoptaron una decisión que podría ir en contra de sus esfuerzos por conseguir el apoyo público? La evidencia sugiere que estaban más preocupados por las reacciones del ala conservadora de la sociedad. Declarar la inconstitucionalidad del sistema tutelar habría expuesto a la Corte a ser acusada de liberar a niños presuntamente delincuentes y poner en riesgo la seguridad del resto de la población.<sup>16</sup>

Esta decisión tuvo lugar en un contexto en el que la agenda pública estaba dominada por el clamor de sanciones más severas para personas acusadas de actos de delincuencia y medidas más estrictas contra la delincuencia juvenil, como señalaron los activistas de derechos humanos en mi trabajo de campo (CSL1, CSL3, CSL4 y CSL 7).

En dicho debate existía un sentimiento generalizado de que el Poder Judicial era responsable por los altos niveles de delincuencia urbana ya que se le atribuía no investigar y condenar a los delincuentes. Prominentes figuras políticas alimentaban

---

16 Los principales críticos del fallo, como García Méndez, Schulman y Verbitsky, especularon sobre el comportamiento estratégico de la Corte. Desde su punto de vista, los jueces podrían haber anticipado las reacciones adversas a la liberación de los menores criminales, dada la visibilidad del asunto y su cobertura mediática.

este sentimiento. Por ejemplo, la presidenta Fernández, en su discurso ante el Congreso, afirmó que las fuerzas policiales, en general, cumplían con su deber de proteger a la sociedad deteniendo a los sospechosos de acciones delictivas, pero que los jueces los liberaban sistemáticamente (Guagnini, 2008).

Por otro lado, la idea de que la baja de la edad de imputabilidad de los delincuentes juveniles era una política eficaz para luchar contra la delincuencia urbana se extendió ampliamente entre diversos sectores sociales. Por ejemplo, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, uno de los políticos más prominentes del oficialismo, sostuvo que los crecientes niveles de delincuencia juvenil debían ser afrontados bajando la edad de imputabilidad por debajo de los dieciséis años (Clarín, 2008; García Méndez, 2008; Página 12, 2008).

Asimismo, el fallo Fundación Sur se insertó en el debate público como una cuestión de delincuencia juvenil y no de derechos humanos. Dos de los diarios nacionales más importantes del país cubrieron el tema siguiendo esta línea. Por ejemplo, al informar sobre la aceptación de intervención de la Corte en el tema, *Clarín* estableció una relación directa entre la liberación de los menores supuestamente criminales y el problema de la inseguridad, explicando cómo el incremento potencial de la delincuencia se vería alimentado por medidas como la tomada por la Cámara de Apelaciones (Guagnini, 2008). En la misma línea, el diario *La Nación* tituló su primer artículo sobre el tema como “Delincuencia juvenil” (Ventura, 2008a). Al respecto, tanto *Clarín* como *La Nación* casi no brindaron cobertura a las críticas dirigidas por los activistas de derechos humanos. Solo *Página 12* cubrió este rechazo y enmarcó el caso bajo un lenguaje de derechos humanos.

Existe otro elemento que agrega fuerza a la conclusión de que los jueces se movieron estratégicamente. El fallo rebatió lo que al menos dos de los magistrados pensaban del sistema tutelar. Los jueces Argibay y Zaffaroni manifestaron públicamente, en reiteradas oportunidades, que el sistema tutelar era inconstitucional (Clarín, 2008; Hauser, 2008; La Nación, 2008). No obstante, se unieron a sus colegas en un fallo unánime, en lo que fue visto por académicos y profesionales del derecho (LP1, LP5, LS1, LS2 y LS3), periodistas (R1) y activistas de derechos

humanos (CSL2, CSL4, CSL5 y CSL7) como un cambio de posicionamiento injustificado.

Además, es posible que la Corte anticipara que las reacciones adversas provenientes del ámbito de los derechos humanos no se extenderían y causarían un daño menor a su reputación. Al menos dos factores llevan a esta conclusión. Aunque los jueces no cumplieron las expectativas de algunos defensores de derechos humanos, el fallo constituyó una decisión estructural. En este sentido, los jueces preservaron, aunque parcialmente, su imagen de institución activista. Además, argumentaron públicamente que protegían los intereses del niño bajo el sistema de tutela. Los jueces Argibay, Fayt y Zaffaroni defendieron el fallo (Clarín, 2008; Hauser, 2008; La Nación, 2008; Página 12, 2008). En su opinión, declarar la inconstitucionalidad del sistema tutelar habría implicado exponer a los niños acusados de acciones criminales a mayores niveles de estigmatización social y potenciales acciones violentas contra ellos.

El segundo factor está relacionado con el alto nivel de aceptación del que gozaban los jueces entre defensores de derechos humanos al momento de la sentencia. Como señalaron varios entrevistados para este trabajo, la mayoría de los más destacados juristas progresistas y activistas de derechos tenía una opinión positiva sobre la Corte. Algunos de ellos consideraban que criticarla abiertamente socavaría su prestigio. Un jurista describió la relación entre ellos en los siguientes términos: “Existía una suerte de tarea en común entre académicos progresistas, activistas y los jueces en la lucha por reconstituir la protección legal de derechos humanos desmantelada por el Corte anterior. En este contexto, alzar la voz contra los jueces en el ámbito público significaba jugar en contra de esta tarea” (LS2).

En definitiva, las críticas negativas contra la sentencia fueron públicas pero limitadas. Laura Zommer, de *La Nación*, entrevistó a muchas de las figuras más destacadas de la comunidad de derechos humanos después del fallo. El artículo evaluaba la labor de los jueces y estaba escrito en un tono muy positivo hacia ella. Los entrevistados destacaron la imagen positiva que tenían de los magistrados comprometidos con la defensa de los derechos humanos. No es de extrañar que no se mencionara lo resuelto en Fundación Sur (Zommer, 2008).

En este caso, los jueces dictaron una *SE* “discretamente intensa” para evitar los altos niveles de crítica de una gran parte de la sociedad, que exigía un castigo penal más estricto para la delincuencia juvenil y responsabilizaba a los jueces por no perseguir a los delincuentes. Prefirieron correr el riesgo de exponerse a las críticas de un segmento menor de la comunidad de derechos humanos.

## Conclusión

En este trabajo pretendo entender por qué los tribunales latinoamericanos, a pesar de su debilidad institucional, optan por formas audaces de activismo, representadas por *SE*. Este tipo de decisiones son arriesgadas para los jueces que operan en contextos políticos poco amigables, y pueden verse ser como fuertes desafíos a la autoridad gubernamental y, por lo tanto, provocar represalias. También pueden dañar la reputación de los tribunales, ya que podrían recibir fuertes críticas de grupos conservadores influyentes en la sociedad y que se oponen a las reformas estructurales que amplían derechos.

Propongo que el dictado de *SE* puede comprenderse a través del modelo de los equilibristas. Este modelo incorpora la dimensión de la construcción de legitimidad al cálculo estratégico, y predice cierto nivel de asertividad; pero señala la prudencia respecto a las reacciones de los gobiernos y de la opinión pública, especialmente de los líderes de opinión. Los intereses del público y del gobierno son las fuerzas opuestas que los jueces deben equilibrar para caminar por la cuerda floja.

Mi enfoque se centra en las herramientas que los tribunales pueden utilizar para responder a las limitaciones que plantean los escenarios políticos desfavorables. Esas herramientas incluyen teorías interpretativas, control discrecional del proceso de toma de decisión (especialmente de los plazos) y estrategias de comunicación. En el modelo, estas herramientas representan la barra de equilibrio que los jueces utilizan para caminar por la cuerda floja.

Finalmente, el modelo adopta una mirada compleja de las sentencias y va más allá de la visión dicotómica que las reduce a sentencias a favor o en contra de gobiernos de turno. Las

sentencias no tienen por qué ser juegos de suma cero en los que una de las partes lo gana todo. Por el contrario, las sentencias se pueden medir por su grado de asertividad, más o menos alejadas de los intereses de un gobierno. En el modelo que propongo, las sentencias son los pasos que los jueces equilibristas dan cuidadosamente uno frente al otro. El acto de equilibrio determina el grado de asertividad de los fallos.

Así, bajo este modelo, los jueces seleccionan los casos, elaboran sus decisiones y calibran su asertividad de acuerdo con un cálculo estratégico. Este cálculo toma en consideración el margen de tolerancia del gobierno; la amplitud de ese margen varía según la trascendencia de los casos para el gobierno y su capacidad para resistir una pérdida de apoyo popular causado por su decisión de presionar a los jueces. Al mismo tiempo, los jueces también calculan las reacciones de los líderes de opinión que influyen en los niveles de apoyo difuso y específico que producen los fallos.

Para este modelo, la opinión pública juega un papel decisivo. Por un lado, permite a los jueces alcanzar sus objetivos a través de la construcción de legitimidad. Por otro, limita a los tribunales en tanto que si los jueces se preocupan por conseguir apoyo popular aumentando la visibilidad de su trabajo, su margen de maniobra para actuar estratégicamente en favor de las élites del poder y para dictar sentencias que amplíen derechos, se reduce.

El análisis de las *se* dictadas por la Corte Suprema de Justicia argentina confirma el modelo. Muestra que los jueces pueden hacer un uso estratégico de ellas, sin perjudicar su esfuerzo por proteger sus tribunales y su permanencia en el cargo. Las *se* representan algunas de las formas extremas de activismo judicial, pero también presentan oportunidades para sortear las limitaciones de la coyuntura política. Permiten a los tribunales ganarse el apoyo de sectores clave al fallar en direcciones progresistas. Simultáneamente, la naturaleza de estas también permite a los tribunales calibrar la intensidad para evitar rivalizar con determinados sectores de la sociedad y las élites políticas. Precisamente, este estudio muestra que la variación en la tolerancia de las élites conduce a más o menos *se*, y que el

tipo de sentencia varía en función de cómo el tribunal percibe los riesgos y las oportunidades políticas y de la opinión pública.

## Referencias

Arguelhes, D. W. y Hartmann, I. (2017). Timing control without docket control: How individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, 5(1), 105-140.

Asociación por los Derechos Civiles. (2008). *La Corte y los derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2005-2006*. Siglo Veintiuno.

Barrera, L. (2013). Performing the court: Public hearings and the politics of judicial transparency in Argentina. *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review* 36(2), 326-340.

Basabe-Serrano, S. (2019). The judges' academic background as determinant of the quality of judicial decisions in Latin American Supreme Courts. *Justice System Journal*, 40(2), 110-125.

Baum, L. (2009). *Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press.

Benente, M. (2011). *Fuera la Corte Suprema: protestas frente a la Corte Argentina (2001-2002)*. Editorial Academia Española.

Boschi, S. (2006). La Corte ordenó al Congreso que debe actualizar las jubilaciones. *Clarín*. <http://edant.clarin.com/diario/2006/08/09/elpais/p-00801.htm>.

Botero, S. (2018). Judges, litigants, and the politics of rights enforcement in Argentina. *Comparative Politics*, 50(2), 169-187.

Brinks, D. (2011). Faithful servants of the regime: The Brazilian Constitutional Court's role under the 1988 Constitution. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Brinks, D., Gauri, V. y Shen, K. (2015). Social rights constitutionalism: Negotiating the tension between the universal and the particular. *Annual Review of Law and Social Science*, 11(1). <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110413-030654>.



Brinks, D. y Forbath, W. (2010). Social and economic rights in Latin America: Constitutional courts and the prospects for pro-poor interventions. *Texas Law Review*, 89, 1943.

Brinks, D. y Gauri, V. (2014). The law's majestic equality? The distributive impact of judicializing social and economic rights. *Perspectives on Politics*, 12(2), 375-393.

Castagnola, A. y Pérez-Liñán A. (2011). Bolivia: The rise (and fall) of judicial review. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Catterberg, G. y Palanza V. (2012). Argentina: Dispersión de la oposición y el auge de Cristina Fernández de Kirchner. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 32, 3-30.

Cecchi, H. (2008). La corte avaló un decreto dictatorial. *Página12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/subnotas/116033-36960-2008-12-03.html>. Accessed October 18, 2021.

Chávez, R. B., Ferejohn, J. y Weingast, B. (2011). A theory of the politically independent judiciary: A comparative study of the United States and Argentina. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Cherny, N., Feierherd, G. y Novaro, M. (2010). El presidencialismo argentino: de la crisis a la recomposición del poder (2003-2007). *América Latina Hoy*, 15-41. [148.215.2.10/articulo.oa?id=30813328002](http://148.215.2.10/articulo.oa?id=30813328002).

Clarín. (2008). Argibay dice que si la corte libera a los menores serán "blancos móviles". *Clarín*. <http://edant.clarin.com/diario/2008/12/04/policiales/g-01815504.htm>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). (2008). *Acordada 10 /2008–Subrogancias*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa: Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios. Agosto de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa: Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación. 27 de mayo de 2007.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causa: García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa 7537. 2 de diciembre de 2008.



Del Río, A. (2015). President Macri and judicial independence on the Argentine Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law Blog*. <http://www.iconnectblog.com/2016/02/president-macri-and-judicial-independence-on-the-argentine-supreme-court/>.

Epstein, L., Knight, J. y Shvetsova, O. (2001). The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, 35(1), 117-163.

Epstein, L. y Segal, J. (2000). Measuring issue salience. *American Journal of Political Science*, 44(1), 66-83.

Fontana, D. (2011). Docket control and the success of constitutional courts. *Edward Elgar Publishing*.

Friedman, B. (2009). *The will of the people: How Public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution*. Macmillan.

García Méndez, E. (2008). La libertad de los otros. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/sociedad/3-115110-2008-11-16.html>.

Gauri, V. y Brinks, D. (2008). *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press.

González-Bertomeu, J. (2019). Judicial politics in Latin America. En S. Sieder, K. Ansolabehere y R. Alfonso (Eds.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*. Routledge.

González-Ocantos, E. (2019). Courts in Latin American politics. En G. Prevost y H. Vandem (Eds.), *The Oxford Encyclopedia of Latin American Politics*. Oxford University Press.

González-Ocantos, E. y Dinas E. (2019). Compensation and compliance: Sources of public acceptance of the UK Supreme Court's Brexit decision. *Law & Society Review*, 53(3), 889-919.

Guagnini L. (2008). La Corte Suprema frenó la orden de liberar a los menores de 16 internados. *Clarín*. <http://edant.clarin.com/diario/2008/03/19/sociedad/s-03401.htm>.

Hauser, I. (2006). La gente no sabe el riesgo que corre con este código penal irracional. *Página 12*. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-76068-2006-11-12.html>.



Hauser, I. (2006a). Un blindaje para el bolsillo de los abuelos. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/1-71183-2006-08-09.html>.

Hauser, I. (2008). No soy partidario de ninguna medida excepcional en estos juicios. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/1-117123-2008-12-21.html>.

Hauser, I. (2013). Con frases para todos los gustos. *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-214703-2013-02-27.html>.

Helmke, G. (2005). *Courts under constraints: Judges, generals, and presidents in Argentina*. Cambridge Studies in Comparative Politics. Cambridge University Press.

Helmke, G. (2010). Public support and judicial crises in Latin America. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 13, 397.

Helmke, G. (2017). *Institutions on the edge: The origins and consequences of inter-branch crises in Latin America*. Cambridge Studies in Comparative Politics. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781139031738>.

Herrero, Á. (2008). *Court-executive relations in unstable democracies: Strategic judicial behavior in post-authoritarian Argentina (1983-2005)*. Political Science.

Herrero, Á. (2011). La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino. *Revista Política*, 49(1), 71-106.

Herron, E. y Randazzo, K. (2003). The relationship between independence and judicial review in post-communist courts. *Journal of Politics*, 65(2), 422-438.

Huneus, A. (2010). Judging from a guilty conscience: The Chilean judiciary's human rights turn. *Law & Social Inquiry*, 35(1), 99-135.

Huneus, A. (2015). Reforming the state from afar: Structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, 40, 1.

Iaryczower, M., Spiller, P. y Tommasi, M. (2002). Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, 46(4), 699. <http://sbs-libprox.sbs.ox.ac.uk:2048/login?user=sbslprox1&pass=Pr0x1482&url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=7498870&site=ehost-live>.

Kapiszewski, D. (2011). Power broker, policy maker, or rights protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in transition. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 154-186). Cambridge University Press.

Kapiszewski, D. (2012). *High courts and economic governance in Argentina and Brazil*. Cambridge University Press.

Landau, D. (2012). The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, 53, 189.

Landau, D. (2016). Substitute and complement theories of judicial review. *Indiana Law Journal*, 92, 1283.

La Nación. (2006). Justicia para los jubilados. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/editoriales/justicia-para-los-jubilados-nid830270/>

La Nación. (2007). El poder judicial debe ser fuerte. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/918172-el-poder-judicial-debe-ser-fuerte>. Accessed October 18, 2021.

La Nación (2007a). La movilidad, un tema sin resolverse. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/935012-la-movilidad-un-tema-sin-resolverse>.

La Nación (2008). Argibay insistió con su crítica a la policía. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/1078510-argibay-insistio-con-su-critica-a-la-policia>.

La Nación (2009). Una relación cargada de tensiones. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/1106296-una-relacion-cargada-de-tensiones>.

Langford, M. (2008). *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*. Cambridge University Press.

Levitsky, S. y Murillo, V. (2008). Argentina: From Kirchner to Kirchner. *Journal of Democracy*, 19(2), 16-30.

Llanos, M., Tibi Weber, C., Heyl, C. y Stroh, A. (2016). Informal interference in the judiciary in new democracies: A comparison of six African and Latin American cases. *Democratization*, 23(7).

McCann, M. W. (1992). *Reform litigation on trial*. JSTOR.

Montenegro, M. (2006). La reforma más relegada. *Página 12*. <http://www.Pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/71183-23128-2006-08-09.html>.



Oyhanarte, M. (2014). Public law litigation in the us and in Argentina: Lessons from a comparative study. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 43. 451.

Página 12. (2008). Primero, que baje la pobreza. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/sociedad/3-116442-2008-12-10.html>.

Página 12. (2010). Los jueces no deben gobernar. *Página 12*. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-140463-2010-02-17.html>.

Pereira, G. (2014). Judicial decision in hostile environments: Judges, executives, and the public in Argentina (2004-2010) (Thesis, D. Phil.). University of Oxford, Social Sciences Division.

Puga, M. (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. Clacso.

Ríos-Figueroa, J. (2007). Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society*, 49(1), 31-57.

Rodríguez, C. (2008). Fueron en la línea de la presión pública. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/subnotas/116033-36959-2008-12-03.html>.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Figueroa, D. (2010). *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Dejusticia.

Rosenberg, G. N. (2008). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press.

Ruibal, A. (2009). Self-restraint in search of legitimacy: The reform of the Argentine Supreme Court. *Latin American Politics and Society*, 51(3), 59-86. <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2009.00056.x>.

Ruibal, A. (2012). Innovative judicial procedures and redefinition of the institutional role of the Argentine Supreme Court. *Latin American Research Review*, 47(3), 22-40.

Salokar, R. M. (1994). *The solicitor general: The politics of law*. Temple University Press.

Soennecken, D. (2016). The paradox of docket control: Empowering judges, frustrating refugees. *Law & Policy*, 38(4), 304-327. <https://doi.org/10.1111/lapo.12062>.

Staton, J. K. (2010). *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Cambridge University Press.

Tamanaha, B. Z. (2009). The distorting slant in quantitative studies of judging. *Boston College Law Review*, 50(3), 685-758. <https://doi.org/None>.

Tiede, L. B. y Ponce, A. F. (2011). Ruling against the executive in amparo cases: Evidence from the Peruvian Constitutional Tribunal. *Journal of Politics in Latin America*, 3(2), 107-140. <https://doi.org/10.1177/1866802X1100300204>.

Vanberg, G. (2005). *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge University Press.

Vanberg, G. (2015). Constitutional courts in comparative perspective: A theoretical assessment. *Annual Review of Political Science*, 18(1). doi:10.1146/annurev-polisci-040113-161150.

Ventura A. (2005). Queremos mejorar la previsibilidad. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/741760-queremos-mejorar-la-previsibilidad>.

Ventura A. (2008a). Delincuencia juvenil. Frenó la corte la liberación de 60 chicos detenidos. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/1076893-freno-la-corte-la-liberacion-de-60-chicos-detenidos>.

Ventura A. (2008b). Menos conflictos con la Corte Suprema. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/996157-menos-conflictos-con-la-corte-suprema>.

Ventura A. (s. f.) Se creó un espacio propicio para las presiones políticas. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/se-creo-un-espacio-propicio-para-las-presiones-politicas-nid902450/>.

Verbitsky, H. (2006). Corte en confección. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/1-76450-2006-11-19.html>.

Verbitsky, H. (2008). Progresismo. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/subnotas/116249-37037-2008-12-07.html>.

Vondoepp, P. (2006). Politics and judicial assertiveness in emerging democracies: High court behavior in Malawi and Zambia. *Political Research Quarterly*, 59(3), 389-399.

Wainfield, M. (2006a). El arte de enriquecer la agenda. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/subnotas/71183-23130-2006-08-09.html>.



Wainfield, M. (2006b). Saltos de calidad y deudas impagas. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/1-72772-2006-09-10.html>.

Wainfield, M. (2008). Los mensajes y los silencios. *Página 12*. <http://www.Página12.com.ar/diario/elpais/1-102340-2008-04-13.html>.

Walsh, J. (2016). *A double-edged sword: Judicial independence and accountability in Latin America*. International Bar Association.

Zommer, L. (2008). La Corte juega fuerte. *La Nación*. <http://www.lanacion.com.ar/1080298-la-corte-juega-fuerte>.

**Tercera parte:**  
**Impacto de las decisiones**  
**judiciales**



# **¿Sentencias que impactan? Análisis de la eficacia de las decisiones judiciales en América Latina**

*Diana Esther Guzmán-Rodríguez<sup>1</sup>*

*Mariana Camacho-Muñoz<sup>2</sup>*

---

1 Directora de Dejusticia; profesora asociada, Universidad Nacional de Colombia.

2 Investigadora de Dejusticia.



## Introducción

323

*El coronel leyó, como siempre, desde la primera página hasta la última, incluso los avisos. Pero esta vez no se concentró. Durante la lectura pensó en su pensión de veterano. Diecinueve años antes, cuando el congreso promulgó la ley, se inició un proceso de justificación que duró ocho años. Luego necesitó seis años más para hacerse incluir en el escalafón. Esa fue la última carta que recibió el coronel.*

*El Coronel no tiene quién le escriba, Gabriel García Márquez.*

El coronel dedicó su vida a esperar una carta: aquella que debía notificarle la fecha en la que empezaría a recibir esa pensión a la que tenía derecho por ser veterano de guerra. Cada viernes, durante 15 años, fue al puerto a esperar la carta. Nada, ni siquiera el cansancio o el hambre, le impidió llegar puntualmente a su cita semanal con la espera. Sin embargo, la carta nunca llegó. En esta novela de Gabriel García Márquez, el coronel nunca dejó de esperar que el derecho hiciera realidad su derecho. Frente al idealismo del coronel, la obra nos presenta la aplastante realidad de un sistema que no garantiza derechos.

Esta constante tensión entre esperanza y escepticismo frente a lo que el derecho puede hacer en la vida de las personas no solo está presente en la literatura latinoamericana, también recorre los estudios que se preguntan por su eficacia. En su sentido más simple, la eficacia se refiere al grado de cumplimiento del derecho en la realidad y a que tenga consecuencias. Tratándose de los derechos consagrados en las constituciones latinoamericanas y en el derecho internacional, las diversas preguntas

relacionadas con las posibilidades de que dichos derechos sean efectivos y, por tanto, tengan repercusiones concretas en la vida de las personas, han sido centrales en la región (García Villegas, 1993; Sarlet, 2003; Carbonell, 2008; Lemaitre Ripoll, 2016).

En los últimos años, las investigaciones sobre la eficacia de las decisiones judiciales han encontrado un terreno fértil en América Latina, donde los estudios que analizan el cumplimiento y los efectos de las sentencias vienen creciendo. Aunque estos estudios parten del acumulado teórico desarrollado desde la década de los setenta en Estados Unidos y en otras regiones del mundo, en Latinoamérica han adquirido características particulares, como la preocupación creciente por entender la eficacia de las decisiones judiciales en relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y el impacto que pueden tener estas intervenciones judiciales en políticas públicas. Además, han desarrollado aproximaciones teóricas y analíticas cada vez más sofisticadas, que han hecho aportes a la teoría global sobre el tema.

En este capítulo abordamos dos preguntas interrelacionadas que nos permiten entender cómo se ha movido el debate en torno a la eficacia de las decisiones judiciales en la región: ¿cuáles han sido las aproximaciones analíticas y metodológicas que ha empleado la literatura latinoamericana para analizar la eficacia de las decisiones judiciales?, y ¿cuáles son los factores que impiden o potencian el impacto de las decisiones judiciales? Estas preguntas nos permiten caracterizar los diversos abordajes que se han hecho en la región en torno a la eficacia de las decisiones judiciales y, a la vez, identificar algunos de los principales hallazgos que nos deja esta literatura.

Para responder a estas preguntas, el capítulo tiene tres partes principales. En la primera identificamos tres categorías claves en torno a las cuales se mueve la literatura sobre eficacia de las decisiones judiciales e identificamos los marcos analíticos y metodológicos desde los que han sido abordadas dichas categorías. En la segunda sección analizamos los factores que han sido identificados en la literatura como asociados al cumplimiento o al impacto de las decisiones judiciales, sus énfasis y limitaciones. También presentamos los avances en la región en torno a la pregunta por las condiciones que permiten el

cumplimiento de tales decisiones. Esta revisión de los avances en los estudios latinoamericanos en torno a la eficacia de las decisiones judiciales permite identificar algunos de los hallazgos principales de la literatura relevante, así como elementos analíticos que contribuyen a explicar mejor el cumplimiento y los impactos de las sentencias. La última sección la dedicamos a identificar algunos de los principales aportes de esta literatura, pero también los vacíos que nos permiten identificar preguntas pendientes.

### **Aproximaciones a la eficacia de las decisiones judiciales**

La literatura que aborda los problemas relacionados con la eficacia y los impactos de las decisiones judiciales suele enfocarse en dos categorías analíticas relacionadas, pero diferenciables: cumplimiento e impactos. Aunque no son conceptos unívocos, el cumplimiento se refiere al grado de implementación efectiva de las órdenes contenidas en una sentencia y tiende medirse a partir de la verificación de la acción (o inacción) ordenada en la decisión judicial (Kapiszewski y Taylor, 2013). Esto suele ser fácil de establecer en casos individuales que resuelven problemas concretos, en donde es posible identificar cambios en los comportamientos de la o las personas o las instituciones llamadas a cumplir las órdenes. El cumplimiento es más difícil de medir y analizar en sentencias con órdenes dirigidas a múltiples actores y sobre problemáticas colectivas o estructurales.

El impacto, por su parte, se refiere al nivel de influencia de las decisiones judiciales en la sociedad, en la política, en la opinión pública, en los mismos aparatos legales y en las administraciones públicas. Dependiendo de las aproximaciones analíticas y metodológicas, como veremos, los análisis de impactos suelen estar asociados a la identificación de los efectos múltiples de las decisiones o a las distintas dimensiones en las que las decisiones tienen efectos (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015; Botero, 2023). Los análisis de impactos no se restringen a las partes involucradas en la sentencia, pues entienden que los efectos de las decisiones judiciales suelen ir más allá de aquellos que se derivan directamente de las órdenes.



Es posible identificar una tercera preocupación en la literatura que se pregunta por los efectos de las decisiones judiciales en la sociedad y es aquella relacionada con la transformación, bien sea del problema o conflicto frente al cual se produjo la sentencia, o de las condiciones que originaron dicho conflicto. Aunque autores como Rodríguez Garavito (2017) consideran que esta pregunta hace parte del impacto, optamos por separarla con fines analíticos, pues los estudios de impacto que identificamos en la revisión no necesariamente miden la transformación del problema subyacente como una dimensión central. En ese sentido, dentro de esta categoría de transformación incluimos la literatura que se pregunta por la capacidad que tendría la decisión de generar los cambios sociales deseados con el litigio y la sentencia, esto es, si lograron una garantía efectiva del derecho o generaron alguna forma de transformación social o de política pública.

### Cumplimiento

La literatura que aborda el cumplimiento de las decisiones judiciales puede agruparse en dos categorías principales. La primera engloba los estudios que analizan el cumplimiento desde perspectivas legales. Estas lo entienden como equivalente a la ejecución de las sentencias (Ayvar Roldán, 2020). Metodológicamente, estos estudios suelen hacer análisis de los marcos normativos existentes o de la etapa de ejecución de las sentencias, y explican el incumplimiento en virtud de problemas con el diseño o con la forma como se interpretan o aplican mecanismos jurídicos (Príncipe Mena, 2020; Crespo Hernández, 2020; Ojeda Montecinos, 2022). En un análisis de la etapa de ejecución de las sentencias que ordenan pensión alimentaria en Perú, por ejemplo, Príncipe Mena (2020) argumenta que los problemas de cumplimiento y las demoras se deben a las reglas de ejecución existentes y a su interpretación formalista.

El segundo grupo engloba los estudios que conceptualizan y miden el cumplimiento a partir de perspectivas sociojurídicas constructivistas. Estos lo entienden como un asunto de grado, lo cual les permite dar cuenta de cumplimientos nulos, parciales y totales (Langford *et al.*, 2017). Así, los estudios más

influyentes en este tema se apartan de la tradición positivista de medir el cumplimiento en términos dicotómicos (se cumple o no se cumple), a partir de la verificación de los cambios en el comportamiento de los sujetos directamente afectados con la decisión, como hacía el estudio pionero de Rosenberg para Estados Unidos (2023). Estas mediciones como un asunto de grados suelen tener visiones más optimistas sobre la eficacia de las sentencias judiciales que las dicotómicas (Lemos-Espinoza *et al.*, 2021), pues reconocen que las sentencias pueden ayudar a generar avances en el proceso de garantizar derechos incluso cuando no se cumplen totalmente (Wilson y Rodríguez, 2017; Guzmán Lozano, 2020).

Esta literatura constructivista ha tendido a enfocarse en casos relacionados con DESCA. Dada la naturaleza de estos derechos, este tipo de estudios ha hecho énfasis en el cumplimiento por parte de instituciones del Estado, en especial del gobierno (Sigal *et al.*, 2017; Morris Rada *et al.*, 2020), y abren la puerta para analizar el cumplimiento en sentencias estructurales. Al respecto, Motta Ferraz (2017) analiza el cumplimiento de sentencias en materia del derecho a la salud en Brasil, comparando casos individuales con casos estructurales. Sus hallazgos sugieren que hay mayor probabilidad de cumplimiento de las órdenes de sentencias individuales, lo cual se explica por factores diversos como la complejidad de los casos, el involucramiento de actores múltiples y la necesidad de voluntad política. No obstante, reconocen que las sentencias estructurales con órdenes complejas tienen potencia redistributiva y hacen un llamado a los tribunales a discutir desde una perspectiva jurídico-política cómo deben usarse dichas órdenes.

## Impacto

El estudio del impacto de las decisiones judiciales en América Latina se ha concentrado en casos estructurales, en los que el cumplimiento es más difícil por la complejidad de las órdenes. Desde una perspectiva constructivista, el impacto es definido por los efectos que tienen las decisiones judiciales en las realidades sociales.

Siguiendo a Bourdeau y otros autores, esta literatura enfatiza que las decisiones judiciales suelen tener efectos que van más allá de los cambios materiales y directos que persiguen sus órdenes. Por tanto, reconocen que existen efectos simbólicos y materiales, así como efectos directos e indirectos (Cavanagh y Sarat, 1980; McCann, 1994; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010; Puga, 2012; Murúa, 2016; Ortiz Ocaña y Pérez-Liñán, 2024). Lo que subyace a esta perspectiva, retomando a García Villegas (1993), es una noción del derecho inserto en relaciones de poder, donde su eficacia no depende solamente de su capacidad de establecer sanciones o persuadir, sino también de las representaciones que construye. Desde allí se ha buscado enfatizar en la eficacia de los jueces que descansa también en su capacidad de construir sentidos del problema útiles a los movimientos sociales o a los litigantes (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, 2015).

El análisis de los efectos ha permitido la construcción de tipologías para el análisis de los diversos tipos de impactos que tienen las intervenciones judiciales (Sánchez Gómez, 2020; Huertas Díaz *et al.*, 2022; Oliveira Ribeiro *et al.*, 2023). Uno de los estudios más citados en relación con estas tipologías es el de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010), en el que analizan la intervención judicial de la Corte Constitucional en el fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia (Sentencia T-025 de 2004), que llevó a la transformación tanto del debate como de la política pública en la materia. Las autoras plantean que la sentencia y su seguimiento posterior habrían tenido, entre otros, los siguientes efectos: creador (al definir el desplazamiento como un problema de derechos humanos y posicionarlo así en el debate público), de desbloqueo (al generar un espacio político para crear soluciones al problema), de política pública (al favorecer la creación de políticas públicas con enfoque de derechos) y deliberativo (al permitir que el gobierno y la sociedad civil confluyeran ante la Corte para identificar alternativas de política y avanzar en la adopción de las más apropiadas). El capítulo de Náder en este volumen se inscribe en esa tradición. A propósito del emblemático caso de la Cuenca Matanza-Riachuelo en Argentina, el capítulo identifica que existen “efectos irradiadores” que son aquellos que llegan

hasta quienes no son parte directa en el caso o en el proceso de litigio. Estos efectos permiten extender el análisis de impactos de las intervenciones judiciales más allá de la judicialización de la problemática.

Estas aproximaciones a los impactos de las sentencias tienden a poner en el centro de su análisis a las cortes y su actuación. Por ejemplo, aunque Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010 y 2015) reconocen que las partes y la sociedad civil juegan un papel importante en la implementación de las sentencias, buena parte de su análisis se concentra en lo que hacen las cortes y el diálogo de estas con otros actores. Frente a esto, aproximaciones desde las ciencias sociales y, en especial, desde la ciencia política, han apostado por poner en el centro del análisis a otros actores claves. Para Botero (2023), las cortes también son transformadas, en la medida en que son actores que interactúan por largos periodos de tiempo en entornos políticos e institucionales cambiantes. A su vez, son instituciones de gobernanza en tanto pueden propiciar escenarios de trabajo colaborativo con la sociedad civil para potenciar los impactos de sus decisiones. En ese sentido, tanto las cortes como la movilización social son actores centrales que inciden en los efectos ideológicos, discursivos, jurídicos, organizativos y materiales de las decisiones judiciales. Los estudios de Botero, además de ofrecer una visión alternativa sobre los efectos y actores claves, avanzan una definición que complejiza la idea de impacto, pues lo entienden como un proceso que se da a lo largo del tiempo y cuyos efectos se producen en distintas dimensiones, incluidos los campos social, político y jurídico (Botero y Brinks, 2023; Botero 2023).

Las metodologías que ha empleado la literatura sobre el impacto para dar cuenta de los variados efectos de las decisiones judiciales suelen ser estudios de caso o análisis comparativos, principalmente en relación con sentencias emitidas por tribunales del orden nacional que deciden casos relacionados con DESCA (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010; Puga, 2012; Bonilla Maldonado, 2013; Botero, 2023; Botero y Brinks, 2023).

Aunque la mayoría de estudios sobre impactos se centran en sentencias de tribunales nacionales, existe también un gran interés en los estudios de la región por analizar el impacto de



las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (ver, por ejemplo, Silva Abbott, 2020; Guzmán Lozano, 2020; Ortiz Ocaña y Pérez-Liñán, 2024; Pérez-Liñán *et al.*, 2024). Estos estudios usualmente exploran la influencia del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) en los tribunales nacionales. Ortiz Ocaña y Pérez-Liñán (2024), por ejemplo, construyen un marco analítico para comprender el impacto transformativo del SIDH. Para ello, toman en cuenta hasta qué punto las decisiones de los órganos del SIDH inciden en las prácticas, las estructuras y los resultados sociales nacionales, independientemente del cumplimiento de las providencias. Su conceptualización propone observar estos efectos en una “secuencia transformativa”: primero, se usa un instrumento del SIDH para abordar una problemática social, luego ocurre su apropiación por parte de una comunidad de práctica (litigantes, organizaciones sociales, etc.) que lo emplea estratégicamente a nivel nacional, después se da una subsecuente respuesta institucional y, finalmente, la traducción de los pasos previos en un resultado social que idealmente alcanzaría a las poblaciones sociales, pero que también puede verse reflejado en ajustes institucionales o en nuevos lenguajes de derechos.

### Transformación

La literatura sobre cumplimiento e impactos de las decisiones judiciales suele compartir como preocupación central la pregunta por la capacidad del derecho y de los jueces para generar transformaciones sociales. Sin embargo, las mediciones tanto del cumplimiento como de los efectos de las decisiones tienden a dejar de lado el análisis sobre la transformación del problema o del conflicto que dio origen al litigio. Esto ocurre, entre otras razones, por las dificultades y los costos de medir transformaciones sociales en un periodo de tiempo extendido. Pero también se debe a razones conceptuales. Que una decisión se cumpla, incluso totalmente, no significa que resuelva el problema de fondo. En ocasiones, las sentencias pueden contener órdenes no conducentes o incluso contraproducentes que parten de comprensiones parciales del problema social de fondo. En sentido similar, que una decisión judicial tenga múltiples



y profundos efectos simbólicos e incluso instrumentales, no necesariamente lleva a transformar el conflicto subyacente en todas sus dimensiones relevantes.

El estudio de Motta Ferraz (2009) permite ilustrar este punto. En su análisis sobre la judicialización del derecho a la salud en Brasil, muestra que el modelo de litigio tiende a favorecer litigantes individuales, de un perfil socioeconómico alto, que buscan obtener medicamentos de uso personal. El autor sostiene que en 2006, en estados como São Paulo, el 74% de litigios en salud eran llevados a cabo por costosos abogados privados. En este contexto, en el que existe una alta tasa de éxito de los litigantes y buenos niveles de cumplimiento de las providencias, las decisiones judiciales que garantizan derechos individuales y aseguran la entrega de medicamentos pueden acentuar la desigualdad del sistema de salud brasileño. Para profundizar en la discusión sobre cómo la judicialización en casos individuales puede incidir en el cambio social véase el capítulo de Marino sobre la judicialización del derecho a la vivienda en Buenos Aires en este volumen.

Los textos académicos que se dedican a conceptualizar y a medir si en efecto hubo o no transformación social tras una decisión judicial son menos frecuentes en la literatura y no siempre tienen aproximaciones empíricas (véase, por ejemplo, Uprimny Yepes, 2005; Mendoza Piñeros, 2012; Parra Vera y Yamin, 2013; Rodríguez Peñaranda *et al.*, 2021; Vitale, 2021).

Si bien la literatura académica sobre transformación social no es prominente, diversas organizaciones de la sociedad civil tienen esta como la preocupación central de sus análisis. Por ejemplo, el trabajo de veinte años realizado por la Comisión de Seguimiento de la Política Pública de Desplazamiento Forzado, que evalúa el impacto de la Sentencia T-025 en Colombia (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, 2023), y los análisis sobre barreras estructurales de acceso a la justicia y los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) realizados por el Centro de Estudios Legales y Sociales en Argentina (CELS) (2023).

El capítulo de Botero y Jaramillo en este volumen se inscribe en el grupo de estudios que analiza el impacto de las decisiones judiciales, pero se ocupa también de estudiar si estas lograron



transformar el problema social de fondo. Las autoras analizan los impactos materiales de los fallos a favor de los derechos de las personas trans e intersex en los campos políticos y jurídicos, indagando también por transformaciones sociales en un periodo de 31 años en Colombia. Aunque argumentan las dificultades de constatar mejoras en la calidad de vida de las personas intersex, sostienen que sí se han logrado algunos avances para las personas trans.

### **Factores asociados al cumplimiento y a los impactos de las decisiones judiciales**

En un contexto de interés creciente por entender y problematizar la eficacia de las decisiones judiciales, la literatura se ha preocupado por abordar empíricamente la pregunta sobre los factores que afectan, positiva o negativamente, el cumplimiento y los impactos de las sentencias. Estos factores pueden agruparse en dos grandes categorías. Los factores internos son aquellos directamente asociados al litigio y a la decisión judicial; estos incluyen, por ejemplo, el tipo de derecho protegido en la decisión, las partes involucradas en el litigio, los tipos de órdenes y remedios judiciales adoptados y el procedimiento de monitoreo que desarrolla el tribunal, entre otras estrategias adoptadas por los tribunales.

Los factores externos tienen que ver con el contexto social o político en el que se desarrolla el litigio o la decisión judicial. Estos incluyen, entre otros, factores como las condiciones económicas del país al momento de la decisión, la capacidad de las instituciones del Estado para dar respuesta a las órdenes contenidas en la sentencia, las estructuras de apoyo social al litigio y la forma como es recibida la decisión por actores sociales claves, como el gobierno o la opinión pública.

#### **Factores internos**

Algunos estudios han señalado como un factor relevante para entender el cumplimiento la naturaleza del actor que está llamado a cumplir. Wilson y Rodríguez (2017), en su estudio sobre la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema

de Costa Rica sobre DESC, encuentran que los dos factores que mejor permiten describir los casos en los que las decisiones se cumplen son: la naturaleza de la institución demandada y el tiempo con el que cuenta para cumplir con la decisión (p. 155). De acuerdo con sus hallazgos, es más alta la probabilidad de cumplimiento por parte de instituciones descentralizadas que de las centralizadas, lo cual sugiere que a mayor cercanía con el centro de poder habría menores incentivos para cumplir. Además, encuentran que las órdenes que exigen acciones inmediatas tienen mayor probabilidad de ser cumplidas, mientras que las que otorgan plazos para el seguimiento son menos cumplidas.

Otros estudios se enfocan en las características de las órdenes como factor relevante para el cumplimiento de las mismas. El estudio de Gauri *et al.* (2015) utiliza una base de datos creada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica para hacer seguimiento a la implementación de sus decisiones y encuentra que las órdenes ambiguas y que no establecen términos específicos están asociadas a mayores niveles de incumplimiento. Estos estudios sugieren que el tipo y las características de las órdenes son un factor interno relevante para el cumplimiento de las decisiones.

Otras investigaciones han hecho énfasis en que existen configuraciones de órdenes y tipos de seguimiento que favorecen tanto el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, como el surgimiento de efectos que van más allá de dicho cumplimiento. A partir del análisis de los efectos de las decisiones dialógicas, diversos autores han llegado a afirmar que el activismo dialógico (Dixon, 2007; Gargarella, 2013) o el enfoque dialógico en la justiciabilidad de los DESC es un factor que favorece mayores impactos de las decisiones (Rodríguez Garavito, 2017). Este planteamiento tiene su origen en un estudio paradigmático sobre los efectos de las decisiones judiciales, en el que Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010) encuentran que una intervención judicial estructural de la Corte Constitucional colombiana logró generar efectos de diversa naturaleza, como desbloquear y modificar la política pública sobre desplazamiento forzado. Esto fue el resultado de una combinación de remedios judiciales moderados y un modelo de seguimiento dialógico, en virtud de la cual la Corte hizo una afirmación

fuerte de derechos de la población desplazada, dio flexibilidad al gobierno en la ruta que debía seguir para garantizar dichos derechos y mantuvo activo el debate público en torno al fenómeno del desplazamiento y la necesidad de enfrentarlo.

La combinación de una afirmación fuerte de derechos con órdenes que contengan remedios débiles a moderados,<sup>3</sup> así como un seguimiento participativo permitiría que el órgano judicial exija la garantía de un derecho, pero traslade la materialización de dicha garantía a otra institución del Estado. Así, el juez limitaría su intervención en políticas públicas, al dejar en manos de la entidad competente el desarrollo de estas. Esta combinación también favorecería la deliberación democrática porque permite la intervención de distintos actores institucionales y de la sociedad civil que deliberan en torno a las alternativas de política existentes ante los escenarios que facilita la Corte. En este tipo de enfoque, el tribunal correspondiente verifica la forma como la institución materializa la garantía del derecho. Por estas razones, este enfoque dialógico potenciaría efectos positivos de las decisiones judiciales, como fomentar la deliberación democrática en torno a políticas públicas, superar bloqueos de política y favorecer la innovación legal (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Este argumento sobre el enfoque dialógico ha sido muy influyente en América Latina, tanto en los debates sobre cumplimiento e impacto de las sentencias como en los relacionados con el constitucionalismo dialógico (véase, por ejemplo, Gargarella, 2014; Sánchez Gómez, 2020; Oliveira Ribeiro *et al.*, 2023). Sin embargo, contrasta con los hallazgos empíricos de otras investigaciones en esta y otras regiones. En el estudio de Langford y Kahanovitz (2017) sobre Sudáfrica, por ejemplo, se pone en cuestión que los remedios débiles hagan parte de los tipos de configuraciones de las sentencias que promuevan mayor impacto, pues encontraron casos en los que las protecciones

---

3 Siguiendo la tipología de Tushnet (2009), los remedios judiciales débiles son aquellos que dan flexibilidad a la ruta que debe seguir la instancia correspondiente para alcanzar el objetivo identificado en la orden. Los moderados incluirían aspectos como plazos y responsabilidades más claras.

procedimentales fuertes y detalladas estuvieron asociadas a un mayor nivel de cumplimiento. De hecho, algunos autores sostienen que la vaguedad de las órdenes débiles hace que sean más difíciles de cumplir (Staton y Vanberg, 2008).

Cano Blandón (2021), en su estudio de caso de la Corte Constitucional colombiana, cuestiona la eficacia limitada de la perspectiva dialógica. Si bien el diálogo es un elemento bien valorado por la literatura en general, este puede contribuir a apaciguar el conflicto distributivo subyacente a los casos estructurales; propiciar que las Cortes invadan la competencia de otras ramas del poder público; acentuar las asimetrías de poder entre las partes y la falta de representación de los y las afectadas; así como dificultar la traducción de remedios a nivel local por el desconocimiento de los jueces nacionales. Para afrontar esto, Cano Blandón (2021) propone una hibridez entre los remedios dialógicos y aquellos unilateralmente impulsados por la Corte, junto a un seguimiento fuerte, el acompañamiento de los entes de control y medidas para garantizar la transparencia y participación nivelada de las partes.

Estas discrepancias sugieren que el enfoque dialógico puede contribuir al cumplimiento de las decisiones judiciales en ciertos contextos y bajo algunas circunstancias. Brinks (2017) sugiere que, aunque los remedios débiles y moderados son más difíciles de supervisar por su nivel de generalidad, pueden dar a los demandados un mayor nivel de flexibilidad. Por tanto, si el actor llamado a cumplir tiene un compromiso normativo o ideológico que le permita tener cierta inclinación a hacerlo, este tipo de órdenes puede ayudar a reducir sus resistencias y facilitar su cumplimiento. Sin dicho compromiso ideológico, los remedios débiles pueden ser más apropiados para el litigio (p. 591). En un sentido similar, las sentencias dialógicas podrían facilitar el cumplimiento en aquellos casos en los que le permitan diseñar al destinatario formas más eficientes y menos costosas de cumplir.

### Factores externos

Existe una literatura creciente que destaca la importancia de entender el éxito de la implementación más allá de los factores

internos y, en especial, más allá del rol que desempeñan los tribunales. Esta literatura suele enfatizar la importancia de otros actores o aspectos del contexto en el que se lleva a cabo la implementación. Por ejemplo, la sociedad civil es uno de los actores que ha estado presente en la literatura sobre cumplimiento e impactos como central en los procesos de implementación de las decisiones judiciales (Sigal *et al.*, 2017; Gómez Duque y Munévar Quintero, 2022). En esta línea, Sigal *et al.* (2017) destacan cómo la presencia de las personas afectadas en las audiencias hace más costoso para los tribunales asumir una actitud pasiva, y que el involucramiento de organizaciones de la sociedad civil en los procesos de implementación puede movilizar más efectivamente a los tribunales, al fomentar compromiso y sensación de urgencia.

Un factor clave en esta literatura son las estructuras sociales que soportan el litigio y su implementación (Epp, 1998). A pesar de que existen visiones críticas hacia la movilización legal a favor del cambio social por considerar que puede excluir a los sectores subalternos que deberían beneficiarse con el litigio, al privilegiar el papel de actores con conocimiento técnico o con mayor capacidad de movilización (Handler, 1978; Bumiller, 1992; Couso y Hilbink, 2011), o porque tiene el potencial de fragmentar el movimiento, desalentar la movilización social o no ocuparse de la implementación de las decisiones (Handler, 1978; McCann, 1994; Milner, 1986; Scheingold, 2010), varios estudios en América Latina han enfatizado que las estructuras de soporte para la movilización legal son fundamentales a fin de lograr el cumplimiento de las sentencias (Botero, 2023; ver también a Smulovitz en este volumen).

De acuerdo con Botero (2023), las redes de la sociedad civil que trabajan en la implementación de los litigios pueden desempeñar un rol fundamental en potenciar los efectos de las decisiones judiciales. Las estrategias identificadas por la autora son múltiples e incluyen elementos como llevar a cabo otros litigios para extender los beneficios obtenidos con la decisión a otras personas o grupos, y atraer la atención de los medios de comunicación como mecanismo para presionar a las instituciones que deben implementar y facilitar la difusión de la retórica de derechos asociada al litigio. Estas estrategias

suelen ser más potentes cuando las redes que llevan a cabo la movilización son más densas en número, conexiones y recursos.

Para Rodríguez (2019), sin embargo, este potencial puede verse eclipsado si quienes se movilizan ante los tribunales no diversifican las modalidades de intervención en los seguimientos judiciales, y se limitan a participar en las audiencias públicas. En su concepto, es importante generar escenarios multilaterales de discusión en torno a la transformación del problema. El potencial de la movilización legal también se eclipsa cuando los tribunales dan poco espacio al diálogo multiactor en el seguimiento o cuando la sociedad civil se *elitiza* y se aísla de las personas directamente afectadas (Ángel-Cabo y Parmo, 2014). El debate público en torno al problema de fondo y la mediatización de este también pueden contribuir a aumentar la probabilidad de cumplimiento de las órdenes y a ampliar los efectos de las decisiones.

Otros autores sugieren que otro factor externo al litigio que puede promover el cumplimiento de las decisiones es el monitoreo y la verificación de otras instituciones estatales diferentes al gobierno y al poder judicial, por ejemplo, los órganos de control (Risso Ferrand, 2015).

Una lectura transversal de los estudios sobre cumplimiento e impactos de las decisiones judiciales muestra, en general, que no existe un solo factor que logre explicar el cumplimiento de las sentencias o que tenga un mayor peso que otros factores explicativos. En su lugar, es posible identificar en la literatura latinoamericana un conjunto de hipótesis sobre los múltiples factores que favorecen o imposibilitan el cumplimiento o que pueden potenciar o limitar los efectos de dichas decisiones, que provienen de una creciente literatura empírica descriptiva en la materia.

La pregunta por los factores explicativos del cumplimiento es un tema central por desarrollar en la región. Más investigaciones explicativas del cumplimiento e impacto de las decisiones pueden ayudar a probar o falsear estas hipótesis. En todo caso, los factores que la literatura ha logrado identificar hasta ahora pueden ser útiles para avanzar, por ejemplo, en la discusión sobre qué factores podrían activarse desde los movimientos sociales para promover mayor cumplimiento e impactos.

## De la identificación de factores a la construcción de teorías explicativas del cumplimiento

Dado que la literatura empírica sobre la eficacia de las decisiones judiciales es emergente y aún prevalecen los estudios descriptivos sobre los explicativos, hay pocos análisis sistemáticos que permitan formular teorías explicativas robustas acerca del cumplimiento y los impactos de las decisiones judiciales. Las explicaciones en torno a por qué las instituciones del Estado o las autoridades públicas cumplen (o no) una sentencia judicial están todavía en construcción en América Latina. No obstante, siguiendo la tipología propuesta por Kapiszewski y Taylor (2013) a partir de distintos casos comparados de diversos lugares del mundo, es posible avanzar que, aquellos modelos explicativos que vayan surgiendo, podrían corresponder a dos grandes categorías: teorías normativas y teorías instrumentales.

Las teorías normativas se fundamentan en la idea de que el derecho tiene fuerza vinculante, poder coercitivo o capacidad de persuadir y afectar el comportamiento de los actores destinatarios. Los estudios que asocian cumplimiento con el poder coercitivo de las cortes, por ejemplo, señalan que la facultad que tienen los jueces de ordenar sanciones es el mecanismo que asegura el cumplimiento de sus decisiones (Langford *et al.*, 2017). Otras teorías normativas enfatizan la función persuasiva del derecho, en virtud de la cual orienta, con distintos niveles de fuerza de acuerdo con los espacios del derecho, las conductas y expectativas de los individuos (Ferrari *et al.*, 1989). Variantes más sociológicas de estas teorías normativas enfatizan la función cultural del derecho de cambiar los significados sociales de los comportamientos aceptables (Edelman *et al.*, 2010; Langford *et al.*, 2017).

Aunque estas teorías normativas son muy populares en el mundo jurídico, no logran explicar la enorme variación en los niveles de cumplimiento de las sentencias. Como lo sugiere la evidencia empírica disponible, sentencias expedidas por el mismo tribunal pueden tener niveles distintos de cumplimiento (Wilson y Rodríguez, 2017), y no todas las sentencias expedidas, por ejemplo, por jueces con facultades sancionatorias, se cumplen. Si esto es así, las teorías normativas serían, al menos, insuficientes para explicar globalmente el cumplimiento.



Las teorías instrumentales, por su parte, conciben el cumplimiento como el resultado de un cálculo racional de costos y beneficios. Para estas teorías, los actores llamados a implementar las decisiones judiciales orientan sus actuaciones a partir de cálculos racionales sobre los costos que tiene cumplir o incumplir una decisión judicial, y no en función de su adherencia al carácter normativo del derecho o a la legitimidad de los tribunales (Kapiszewski y Taylor, 2013). Estas teorías tienden a variar en función de la forma como definen el costo y de cuáles costos toman en consideración los actores institucionales (o civiles) llamados a cumplir las decisiones judiciales (Auz, 2024). Estos modelos tampoco han logrado predecir de manera general el cumplimiento de las decisiones judiciales, pero contribuyen a identificar variables claves para entenderlo.

Uno de los pocos estudios en América Latina que apuesta por una reflexión global sobre las condiciones bajo las cuales se cumplen las decisiones judiciales es el de Brinks (2017). En este estudio, el autor ofrece un marco conceptual que parte de un análisis costo-beneficio que incorpora variables tanto normativas como políticas y económicas. El cumplimiento puede ser entendido como el resultado de decisiones en las que los actores consideran y ponderan los costos de sus decisiones. Así, habría una mayor probabilidad de que el destinatario de la orden cumpla cuando “el costo neto del cumplimiento es menor que el costo neto del incumplimiento”.<sup>4</sup> En este análisis deben considerarse, al menos, tres tipos de costos. Primero, los costos financieros incluyen tanto lo que se requiere invertir en el cumplimiento de las órdenes como el costo de oportunidad de invertir en un momento determinado en el cumplimiento. Segundo, los costos normativos incluyen los compromisos normativos e ideológicos a favor o en contra de los objetivos de las órdenes. Finalmente, los costos políticos se refieren a la carga asociada a la desaprobación pública y a las consecuencias negativas que se pueden derivar de esta.

---

4 El cumplimiento podría explicarse, entonces, a partir de la fórmula:  $Cc < Ci$  (En donde  $Cc$  es el costo neto del cumplimiento y  $Ci$  es el costo neto esperado del incumplimiento).



Aunque este modelo no ha sido puesto a prueba por estudios posteriores, puede ser útil para desarrollar entendimientos más granulares sobre la relación entre los distintos factores que pueden ser útiles para explicar el cumplimiento. En todo caso, la pregunta sobre si es posible explicar más sistemáticamente la eficacia de las decisiones judiciales y cómo lograrlo sigue abierta en América Latina y esta puede ser una de las preguntas para desarrollar en estudios posteriores.

### **Aportes y vacíos de los estudios latinoamericanos sobre eficacia de las sentencias**

A pesar de las variaciones en torno a las categorías y aproximaciones analíticas utilizadas, la literatura sobre la eficacia de las decisiones judiciales (cumplimiento, impactos y transformaciones) ha hecho énfasis en algunos temas fundamentales. Por ejemplo, esta literatura ha dedicado mayor atención a los DESCA, cuya centralidad está asociada a distintas características de la región. América Latina es profundamente desigual, incluso comparada con otras regiones del mundo. De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2024), en esta región: “el 10% más rico de la población tiene en promedio ingresos 12 veces mayores que el 10% más pobre”, mientras que el promedio para países más ricos en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es de 4 veces. Aunque hay variaciones importantes entre países, la desigualdad socioeconómica y la pobreza han contribuido a poner los DESCA en el centro de las agendas de movimientos sociales e instituciones.

La lucha por los derechos sociales en América Latina ha llevado a los movimientos sociales a impulsar leyes y políticas públicas, pero también a buscar en los jueces el respaldo que no han encontrado en otros escenarios institucionales para avanzar en dichas agendas. Esta tendencia ha sido posible, entre otros factores, por el incremento del poder de los jueces después de la tercera ola de democratización (González-Ocantos y Valdivieso-Kastner, en este volumen), y del fortalecimiento de la movilización legal en la región (Smulovitz, en este volumen).

La centralidad de los DESCA en los análisis sobre cumplimiento e impactos de las decisiones judiciales también

ha permitido que se desarrollen debates en torno a políticas públicas. América Latina se ha convertido en una especie de laboratorio en el que se han desarrollado diversas y nuevas aproximaciones teóricas y metodológicas que contribuyen a avanzar en la discusión comparada sobre el rol de los jueces en sociedades democráticas y la legitimidad de su intervención en políticas públicas, tanto como en los debates sobre constitucionalismo deliberativo (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015). Además, las nuevas aproximaciones teóricas desarrolladas por autores como Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015) y Botero (2023), han sido muy influyentes también en otros contextos regionales, como en África.

Sin embargo, debido a la globalización y la importancia de los poderes económicos y financieros, que exceden la órbita del Estado, un vacío de la literatura actual es la inexistencia de análisis domésticos que valoren el cumplimiento, el impacto y la transformación social en la relación tribunales-actores privados o tribunales-actores privados-Estado. Este vacío es más profundo cuando la garantía de los DESCAs depende del conjunto de estos actores. Asimismo, si bien la centralidad de los DESCAs se explica en buena parte por el contexto político y socioeconómico de la región, está pendiente robustecer la literatura que enfatice en la garantía de otros derechos, por ejemplo, derechos civiles y políticos, y aquellos a la verdad y la reparación tras la puesta en marcha de transiciones democráticas, también prominentes en América Latina.

A nivel metodológico, los métodos comparados han dominado en este campo de estudios en Latinoamérica. Como resultado, son más escasos aquellos que evalúan los impactos desde una perspectiva de larga duración. En todo caso, el seguimiento de los impactos a lo largo del tiempo ha tenido un protagonismo reciente en los análisis latinoamericanos. Por ejemplo, Botero (2023), siguiendo a Pierson, destaca la importancia del énfasis procesual, en tanto el impacto judicial debe ser evaluado en términos de la reconstrucción de diferentes procesos, etapas e interacciones para poder tener una comprensión más holística del impacto. Aunque los métodos comparados permiten analizar diferencias y encuentros entre intervenciones de distintos tribunales y en diferentes países, es importante fortalecer la



literatura centrada en los diálogos teóricos y empíricos que se pueden tejer en el contexto regional latinoamericano y de este contexto con otras regiones del mundo.

Asimismo, si bien hay una predominancia de la literatura que valora la influencia del *sidh* en los tribunales domésticos latinoamericanos, queda pendiente para el futuro fortalecer aquella que valora la incidencia del sistema universal en los sistemas regionales y viceversa, y del sistema universal en los tribunales domésticos. También sería útil contar con más estudios cuantitativos que complementen las visiones cualitativas en relación con el cumplimiento y los impactos de las decisiones judiciales (Kalmanovitz, 2001; Langford *et al.*, 2017). Por último, como lo señalamos previamente, es importante contar con más estudios explicativos acerca del cumplimiento y los impactos de las decisiones judiciales, que contribuyan a entender mejor cuáles son los factores que facilitan o impiden la implementación efectiva de las sentencias y cómo interactúan estos factores en relación con los tipos de litigios y decisiones.

## Conclusiones

En los últimos veinte años, la literatura que analiza la eficacia de las decisiones judiciales en América Latina ha crecido tanto en número como en sofisticación teórica. Esta se ha decantado por analizar el cumplimiento de las sentencias o por estudiar su impacto de manera más general. Aunque esta literatura es emergente y aún son relativamente pocos los estudios en la materia, reúne investigaciones robustas que aportan a la conceptualización y medición de las categorías claves, en especial en torno a los *DESCA*. A nivel empírico, además, esta literatura muestra que existe una gran variación en el cumplimiento de las decisiones judiciales, tanto entre sociedades como al interior de cada una, e incluso al interior de tribunales.

Sin embargo, a medida que avanzan en sofisticación teórica y metodológica, los estudios sobre la eficacia de las decisiones judiciales suelen ocupar menos reflexión en analizar si estas logran realmente transformar los conflictos subyacentes al litigio y garantizar integralmente los derechos de las personas a las que deberían beneficiar las sentencias. La pregunta por la

transformación es, entonces, relevante también desde el punto de vista de las preocupaciones pendientes por trabajar.

Los casos analizados en esta literatura comparada, en donde han tenido un gran protagonismo las sentencias estructurales, muestran que las relaciones entre cumplimiento e impactos son múltiples y complejas. Es posible identificar casos en los que cumplimiento e impacto van de la mano, bien sea porque: 1) hay sentencias que no se cumplen ni tienen impactos, o 2) hay sentencias que se cumplen y tienen impactos. Sin embargo, también hay casos en los que estas categorías van en sentido contrario, como cuando 3) las sentencias se cumplen pero no tienen impactos y 4) casos en los que las sentencias no se cumplen pero tienen impacto (Kapiszewski y Taylor, 2013; Rodríguez Garavito, 2017).

Al incluir la tercera categoría, la transformación del problema de fondo, podríamos señalar también que las relaciones entre las tres categorías no son unidireccionales. Por ejemplo, una sentencia puede ser cumplida y tener impactos, incluso más allá del caso concreto, sin resolver el problema de fondo o generar las transformaciones sociales queridas.

Algunas de las preguntas que siguen abiertas en la literatura latinoamericana sobre la eficacia de las decisiones judiciales incluyen: ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales se da el cumplimiento de las decisiones? y ¿cuáles son los factores que se pueden movilizar para potenciar el cumplimiento e impacto de las decisiones judiciales? En los dos frentes hay algunos avances, pero aún es necesario desarrollar mayores elementos empíricos.

A pesar de las preguntas que siguen abiertas en América Latina en torno a la eficacia de las decisiones judiciales, un balance general de los desarrollos que se han dado sugiere que el enorme interés que han suscitado las preguntas en torno al cumplimiento, impacto y capacidad transformadora de las decisiones judiciales no ha traído un escepticismo indómito a la discusión. Por el contrario, la mayoría de los estudios, incluso los más críticos, tienen en común la búsqueda de una mejor comprensión del fenómeno y de mejores herramientas teóricas y metodológicas para impulsar los impactos de las decisiones.

## Referencias

- Allori, A. (2015). The impact of international law on domestic judgments: The influence of the inter-American court of human rights in the rulings of the Argentinean Supreme Court regarding crimes against humanity. *International Journal of Legal Information*, 43(1), 9-13. <https://doi.org/10.3316/agispt.20221026076744>
- Angel-Cabo, N. y Parmo, D. (2014). Latin America Social Constitutionalism: Courts and Popular Participation. En *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Routledge.
- Auz, J. (2024). The political ecology of climate remedies in Latin America and the Caribbean: Comparing compliance between national and Inter-American litigation. *Journal of Human Rights Practice*, 16(1), 182-207.
- Ayvar Roldán, C. (2020). La ejecución de sentencias en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 11(13). <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.47>
- BID. (2024). *Las complejidades de la desigualdad en América Latina y el Caribe*. <https://www.iadb.org/es/noticias/las-complejidades-de-la-desigualdad-en-america-latina-y-el-caribe>
- Bogdandy, A., von Pivovsan, F., Mac-Gregor, E. F. y Antoniazzi M. M. (Eds.) (2024). *The impact of the inter-American human rights system: Transformations on the Ground*. Oxford University Press.
- Bonilla Maldonado, D. (Ed.) (2013). *Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139567114>
- Botero, S. (2023). *Courts that matter: Activists, judges, and the politics of rights enforcement*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009281973>
- Botero, S. y Brinks, D. M. (2023). the politics of judicial impact in social and economic rights cases. En M. Langford y K. G. Young (Eds.), *The Oxford Handbook of Economic and Social Rights*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197550021.013.15>
- Brinks, D. M. (2017). Solucionar el problema del (in) cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales. En M. Langford, C. Rodríguez

Garavito, J. Rossi (Coords.), *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento* (pp. 578-613). Dejusticia. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7084295>

Bumiller, K. (1992). *The civil rights society: The social construction of victims*. JHU Press.

Cano Blandón, L. F. (2021). Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 49, 131-158. <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.08>

Carbonell, M. (2008). Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios constitucionales*, 6(2), 43-71. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002008000100003>

Cavanagh, R. y Sarat, A. (1980). Thinking about courts: Toward and beyond a jurisprudence of judicial competence. *Law & Society Review*, 14(2), 371-420. <https://doi.org/10.2307/3053318>

CELS. (2023, diciembre 18). *Alquilar en los barrios populares del Área Metropolitana de Buenos Aires: condiciones sociales, económicas y habitacionales*. CELS. <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/alquilar-en-los-barrios-populares-del-area-metropolitana-de-buenos-aires-condiciones-sociales-economicas-y-habitacionales/>

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2023). *La persistencia del estado de cosas inconstitucional a veinte años de la Sentencia T-025 de 2004: IV Encuesta Nacional de Verificación sobre el Goce Efectivo de Derechos de la Población Desplazada* (Vol. 22). Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.

Couso, J. y Hilbink, L. (2011). From quietism to incipient activism: The institutional and ideological roots of rights adjudication in Chile. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America* (pp. 99-127). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520.005>

Crespo Hernández, V. A. (2020). *La ejecución de sentencias contenciosas administrativas y su eficacia*. <http://repositorio.ucs.edu.ec/handle/3317/15847>

Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review



revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418. <https://doi.org/10.1093/icon/mom021>

Edelman, L. B., Leachman, G. y McAdam, D. (2010). On law, organizations, and social movements. *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 653-685. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152842>

Epp, C. R. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. University of Chicago Press. <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/R/bo3621952.html>

Ferrari, V., de Lucas Martín, J. y Añón Roig, M. J. (1989). *Funciones del derecho*. Debate. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=206871>

García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Ediciones Uniandes.

Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2). <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/10615>

Gargarella, R. (2014). 'We the people' outside of the Constitution: The dialogic model of constitutionalism and the system of checks and balances. *Current Legal Problems*, 67(1), 1-47. <https://doi.org/10.1093/clp/cuu008>

Gauri, V., Staton, J. K. y Vargas Cullell, J. (2015). The Costa Rican Supreme Court's compliance monitoring system. *The Journal of Politics*, 77(3), 774-786. <https://doi.org/10.1086/681260>

Gómez Duque, C. y Munévar Quintero, C. (2022). La eficacia de la participación judicial en el conflicto ambiental de la reserva forestal río blanco. *Revista Republicana*, 33, 217-236. <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2022.v33.a135>

González Calvet, J. (2020). La ejecución dineraria de sentencias firmes frente a entes públicos en la jurisdicción social. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 207, 4-18.

Guzmán Lozano, L. (2020). *Las medidas provisionales para Colombia: entre el cumplimiento y la eficacia*. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3973>



Hall, J. (2013). In search of judicial impact: A consideration of concepts and methodologies. *Southern African Public Law*, 28(1).

Handler, J. F. (1978). *Social movements and the legal system: A theory of law reform and social change*. Academic Press.

Hertogh, M. y Halliday, S. (Eds.) (2004). *Judicial review and bureaucratic impact: International and interdisciplinary perspectives*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493782>

Huertas Díaz, O., Manrique Molina, F. E. R. y Hernández Ramírez, M. Y. (2022). Metodología para medir y evaluar el cumplimiento e impacto de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *IUSTA*, (56). <https://doi.org/10.15332/25005286.7764>

Kalmanovitz, S. (2001). Constitución y modelo económico. En *Seminario: Diez años de la Constitución colombiana, 1991-2001. Debate de Evaluación* (Facultad de Derecho, Universidad Nacional e ILSA. Auditorio León de Greiff). <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/cmodelo.pdf>

Kapiszewski, D. y Taylor, M. M. (2013). Compliance: Conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. *Law & Social Inquiry*, 38(4), 803-835. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2012.01320.x>

Langford, M. y Kahanovitz, S. (2017). Sudáfrica: repensar las narrativas sobre el cumplimiento. En M. Langford, C. Rodríguez Garavito, J. Rossi (Coords.), *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/la-lucha-por-los-derechos-sociales/>

Langford, M., Rodríguez-Garavito, C. y Rossi, J. (Eds.) (2017). *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/la-lucha-por-los-derechos-sociales/>

Lemaitre Ripoll, J. (2016). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho.

Lemos-Espinoza, A. M., Ronquillo-Riera, O. I. y Paucar-Paucar, C. E. (2021). Incumplimiento en las sentencias de acción de protección. *Cienciamatria*, 7(1). <https://doi.org/10.35381/cm.v7i1.566>



McAdams, R. H. (2000). *An Attitudinal Theory of Expressive Law*. SSRN Scholarly Paper 253331. <https://doi.org/10.2139/ssrn.253331>

McCann, M. W. (1994). *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. University of Chicago Press. <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/R/bo3630053.html>

Mendoza Piñeros, A. M. (2012). El desplazamiento forzado en Colombia y la intervención del Estado. *Revista de Economía Institucional*, 14(26). <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/3146>

Milner, N. (1986). The dilemmas of legal mobilization: Ideologies and strategies of mental patient liberation groups. *Law & Policy*, 8(1), 105-129. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.1986.tb00372.x>

Morris Rada, C., Bautista Revelo, A. J. y Dávila Sáenz, J. (2020). ¿Restitución de papel? Notas sobre el cumplimiento del *posfallo*. Dejusticia y Law, Justice and Society Study Center. <https://doi.org/10.2307/jj.16192175>

Motta Ferraz, O. L. (2009). The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? *Health and Human Rights*, 11(2), 33-45.

Motta Ferraz, O. L. (2017). The right to health in the courts of Brazil: Still worsening health inequities? *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 195-228.

Murúa, F. (2016). Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias. *Anales (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata)*, 46, 260-272.

Ojeda Montecinos, J. B. (2022, septiembre). La fase de ejecución en sentencias y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, 7-9, 1610-1629.

Oliveira Ribeiro, T. B., Maluf Cavalcante, R. V. y de Almeida Afonso, C. O. (2023). O impacto dos tribunais sobre os direitos e políticas públicas sociais: Estudo à luz da sentença T-025 da corte constitucional colombiana. *Revista Vertentes do Direito*, 10(1). <https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2023.v10n1.p56-87>

Ortiz Ocaña, M. y Pérez-Liñán, A. (2024). Transformative impact: A framework for analysis. En A. von Bogdandy, F.

Piovesan, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Eds.), *The impact of the Inter-American human rights system: Transformations on the ground*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197744161.003.0010>

Parra Vera, O. y Yamin, A. E. (2013). La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. *Salud: sobre (des)igualdades y derechos*. Abelardo Perrot.

Pérez-Liñán, A., Morrison, K. y Schenoni, L. L. (2024). Addressing conceptual challenges: Compliance and impact. En A. von Bogdandy, F. Piovesan, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Eds.), *The impact of the Inter-American human rights system: Transformations on the ground*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197744161.003.0029>

Príncipe Mena, A. (2020). La ineficacia de las reglas de ejecución de las sentencias alimentarias para niños, niñas y adolescentes. *Persona y Familia*, (9). <https://doi.org/10.33539/peryfa.2020.n9.2337>

Puga, M. (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. Clacso.

Risso Ferrand, M. (2015). Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Colección Konrad Adenauer.

Rodríguez, M. C. (2019). Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.06>

Rodríguez Garavito, C. (2017). Más allá del cumplimiento: Cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. En M. Langford, C. Rodríguez Garavito, J. Rossi (Coords.), *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/la-lucha-por-los-derechos-sociales/>

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Dejusticia.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (C. F. Morales de Setién Ravina, trad.). Siglo Veintiuno Editores Argentina.

Rodríguez Peñaranda, M. L. (s. f.). ¿Logran las decisiones judiciales emancipar?: Metodologías en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones judiciales. En *Altas cortes y transformación social: (Des)obediencia a las órdenes judiciales: ¿Qué pasa después de la decisión judicial?* Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e Instituto de Investigación Sociojurídica “Gerardo Molina”. <https://catalogo.uexternado.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=171398>

Rosenberg, G. N. (2023). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press. <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/H/bo193463251.html>

Sánchez Gómez, S. H. (2020). Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de los derechos socioeconómicos: salud y educación. *IUS ET VERITAS*, 60, 146-158. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.007>

Sarlet, I. W. (2003). *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Livraria do Advogado Editora.

Scheingold, S. A. (2010). *The politics of rights: Lawyers, public policy, and political change*. University of Michigan Press.

Schreuer, C. H. (1975). The implementation of international judicial decisions by domestic courts. *International & Comparative Law Quarterly*, 24(2), 153-183. <https://doi.org/10.1093/iclqaj/24.2.153>

Sigal, M., Rossi, J. y Morales, D. (2017). Argentina: implementación de casos colectivos. En M. Langford, C. Rodríguez Garavito, J. Rossi (Coords.), *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/la-lucha-por-los-derechos-sociales/>

Silva Abbott, M. (2020). ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? *Estudios Constitucionales*, 18(2), 265-308. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000200265>

Staton, J. K. y Vanberg, G. (2008). The value of vagueness: Delegation, defiance, and judicial opinions. *American Journal of Political Science*, 52(3), 504-519. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2008.00326.x>

Tushnet, M. (2009). *Against Judicial Review*. SSRN Scholarly Paper 1368857. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1368857>

Uprimny Yepes, R. (2005). Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En B. de Sousa Santos, *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa* (pp. 255-288). Fondo de Cultura Económica. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3302508>

Verbic, F. (2021). Cuestiones procesales y problemas del remedio estructural del caso “Mendoza”. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 11(24), 49-57.

Verdín Pérez, J. A. (2020). Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 157, 333-352. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2020.157.15234>

Vitale, G. M. A. (2021). *El derecho como instrumento de transformación social*. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EDULP). <https://doi.org/10.35537/10915/124277>

Whytock, C. A. (2009). Domestic Courts and Global Governance. *Tulane Law Review*, 84, 67.

Wilson, B. M. y Rodríguez L., O. A. (2017). Costa Rica: comprender las variaciones en el cumplimiento. En M. Langford, C. Rodríguez Garavito, J. Rossi (Coords.), *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/publication/la-lucha-por-los-derechos-sociales/>



# **Los derechos de la población trans e intersex en la Corte Constitucional de Colombia: movilización e impacto judicial entre 1991-2022<sup>1</sup>**

*Sandra Botero<sup>2</sup>*

*Juliana Jaramillo<sup>3</sup>*

---

1 Agradecemos a Carlos Esteban Arciniegas y a Sebastián Cotes por sus excelentes aportes como asistentes de investigación.

2 Profesora asociada en el programa de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario, Colombia.

3 Doctora en Estudios Interdisciplinarios sobre Desarrollo de la Universidad de los Andes, Colombia.

## Introducción

Al mirar un mapa de América Latina se observa una gran variación de país a país en el reconocimiento formal de los derechos de la población LGBTI.<sup>4</sup> Hay países como Argentina, que reconocen más de 22 derechos incluyendo el matrimonio igualitario, la identidad de género y la adopción. En el otro extremo, hay países como Venezuela, donde los derechos de esta población han avanzado muy poco, hasta el punto de que la homosexualidad continúa prohibiéndose en las fuerzas militares, algo que ya no ocurre en la gran mayoría de los países de la región (Corrales, 2021). Uno de los países donde las personas LGBTI cuentan con un marco legal robusto para garantizar sus derechos es Colombia. Este es uno de los nueve países latinoamericanos que reconoce el matrimonio igualitario; allí, las parejas del mismo sexo pueden heredar cuando la otra persona fallece, tienen acceso a cubrimiento en seguridad social, pueden adoptar y hay un marco legal para protegerlas en contra de la discriminación, entre otros. Colombia es también uno de los primeros y pocos países de la región en reconocer el derecho a la identidad de género de las personas trans y permitir los

---

4 Utilizamos la sigla LGBTI para hacer referencia a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, y a las personas con diferentes estados de intersexualidad. Reconocemos que se trata de una categoría política, disputada dentro del movimiento social y que ha tenido variaciones en distintos momentos. En este texto optamos por utilizar LGBTI por ser la categoría generalmente empleada en Colombia por las cortes y otras instituciones estatales.



cambios de sexo/género<sup>5</sup> en los documentos sin requisitos quirúrgicos o de esterilización (ILGA Mundo, 2020). Este marco legal, muy progresista, se ha construido en su mayoría por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional o la Corte).

¿Cómo podemos evaluar el impacto de las sentencias que salvaguardan los derechos de la población LGBTI? Cuando hablamos de impacto vamos más allá del mero cumplimiento de una sentencia, para indagar por los efectos de múltiple tipo (a nivel de las ideas, del campo político y de los efectos no previstos, entre otros). En este capítulo estudiamos el impacto de un grupo particular de estas sentencias: aquellas sobre las personas trans e intersex. Apoyándonos en la propuesta de Botero y Brinks (2023) para conceptualizar el impacto de sentencias judiciales como un proceso que se desenvuelve en diferentes campos, mapeamos los efectos de las 39 sentencias que la Corte Constitucional emitió entre 1991 y 2022. Nos concentramos en los efectos en el campo material, que hace referencia a los cambios en términos de acciones, comportamientos, recursos, programas estatales, generación de información, así como el desarrollo de marcos regulatorios y legales. Con base en ese ejercicio, planteamos algunas ideas sobre los elementos que explican los altos niveles de impacto legal y político que observamos, resaltando el rol central de las organizaciones LGBTI en reforzarlos y ampliarlos.

Treinta años después de que la Corte Constitucional emitiera su primera sentencia a favor de las personas LGBTI, estamos en un buen momento para evaluar su impacto. Nuestro trabajo hace dos contribuciones: primero, la mayoría de las investigaciones se concentran en los derechos de las parejas del mismo sexo y en temas de discriminación. Han sido menos estudiados, pero no son menos importantes, los procesos de evolución de los derechos de las personas trans e intersex. En el caso de

---

5 Sobre las categorías de “sexo” y “género” es importante aclarar que en Colombia estos dos términos se utilizan a veces con el mismo sentido y otras veces para aludir a fenómenos distintos, por ejemplo, para diferenciar entre las características biológicas de las personas y la construcción subjetiva de su identidad. En este texto utilizamos ambos términos para ser fieles al lenguaje que emplean las instituciones y las organizaciones de la sociedad civil.



la población trans, la judicialización ha conducido a avances importantes en el reconocimiento de derechos, mientras que en el caso de la población intersex coincidimos con Tamayo Nieto (2021) en que hay un estancamiento. Segundo, nuestra investigación sugiere –en contraste con estudios como el de Jaramillo (2021), que se concentran en dar cuenta del desarrollo del marco legal– que la Corte no ha actuado sola en el reconocimiento de los derechos de la población trans e intersex. Al poner la lupa en la construcción política y social del impacto de las sentencias, evidenciamos que la Corte Constitucional ha estado acompañada por organizaciones sociales que se han movilizado arduamente, y también –en ocasiones– por el Poder Ejecutivo y actores gubernamentales. Esto refuerza lo que muestran otras investigaciones comparadas acerca del impacto de fallos sobre derechos socioeconómicos: que este es fruto de un proceso de construcción conjunto, en el cual los tribunales son solo uno de muchos actores, colectivos, y organizaciones sociales y políticas que contribuyen al cambio social.

355

Los derechos de la población trans e intersex en la Corte Constitucional de Colombia

### **La movilización legal por los derechos LGBTI en América Latina y su impacto: una mirada a la literatura**

Aunque Colombia se ha destacado por experimentar una intensa –y exitosa– judicialización de los derechos LGBTI (Jaramillo, 2024a), no es el único país de la región donde los tribunales han tenido un papel protagónico en este proceso (Corrales, 2021; López Sánchez, 2021; Wilson y Gianella, 2019). En países como Brasil y Ecuador, por ejemplo, los tribunales fueron los responsables de reconocer el matrimonio igualitario. También en Brasil, al igual que en Perú, el derecho a la identidad de género fue reconocido a través de la vía judicial. En Argentina, antes de que el Congreso aprobara el matrimonio igualitario, algunas parejas del mismo sexo habían logrado contraer matrimonio gracias a fallos promulgados por tribunales inferiores. En el plano supranacional, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también han sido muy importantes. En Costa Rica, por ejemplo, la Opinión Consultiva 24 sobre orientación sexual e identidad de género, emitida en 2017 por

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fue utilizada por la Corte Suprema de Justicia y el Gobierno nacional para reconocer el matrimonio igualitario y el derecho a la identidad de género, respectivamente.

Si bien los tribunales han contribuido a la “revolución de los derechos gais” en América Latina (Encarnación, 2016), son muy pocos los estudios que evalúan el impacto producido por estas decisiones judiciales. En este campo, las investigaciones se han ocupado principalmente de analizar los elementos jurídicos en los que se fundamentan las sentencias, así como de examinar las estrategias de litigio de los activistas del movimiento social u otros actores (Fuchs y Hennig, 2022; López, 2021; Pierceson *et al.*, 2013; Saldivia, 2021). La pregunta por el impacto de los fallos ha sido en cambio menos abordada en la literatura, y no solo en el caso de América Latina, sino también de otros lugares donde los derechos LGBTI han sido judicializados.

Pese a que la literatura sobre impacto judicial es aún limitada, en el caso de Colombia podemos reconocer tres líneas de estudio con un mayor desarrollo. Una primera de ellas se ha interesado por evaluar el impacto de las sentencias en una de sus dimensiones: la simbólica. Los trabajos de Lemaitre (2009) y Albarracín (2011) apuntan en esta dirección al analizar el impacto que tuvieron los fallos sobre derechos LGBTI en los activistas y organizaciones que lideraron la movilización legal. Ambos autores plantean que si bien las sentencias no lograron transformar las condiciones estructurales de discriminación y marginación de las personas LGBTI, sus efectos simbólicos fueron importantes en tanto contribuyeron a legitimar el trabajo de los activistas y resignificar la visión negativa de la homosexualidad.

Una segunda línea de estudio se ha ocupado del impacto desde la perspectiva de la contramovilización (o *backlash*) que produjeron las decisiones de la Corte (Rodríguez, 2021), particularmente algunos de sus fallos sobre adopción y matrimonio igualitario (Albarracín y Lemaitre, 2018; Lehoucq, 2021; López, 2021; Malagón, 2015). Similar a los hallazgos en otros países (Lemaitre, 2012; Vaggione, 2020), las investigaciones sobre Colombia muestran que los actores conservadores recurrieron a repertorios de acción similares a los utilizados por el

movimiento LGBTI para defender su ideal de familia tradicional y frenar los avances en el reconocimiento de los derechos LGBTI.

Finalmente, una tercera línea se ha ocupado de las barreras institucionales y del contexto social que obstaculizan el cumplimiento de las sentencias (Colombia Diversa *et al.*, 2019; GAAT, 2021; OutRight International *et al.*, 2016; Sarmiento, 2009). Las investigaciones en esta última línea han evidenciado que la reacción conservadora no siempre asume la forma de una confrontación directa, organizada y exaltada como lo muestran los estudios sobre contramovilización, sino que también se manifiesta de manera más sutil, ocultándose “tras el formalismo y los procedimientos” burocráticos (Rodríguez Garavito *et al.*, 2011, p. 51). Así ocurre a menudo en las instituciones gubernamentales donde las personas tropiezan con barreras para ejercer sus derechos al enfrentarse a funcionarios que no cumplen las sentencias bajo el argumento de que no existe el formato, el procedimiento o la regulación adecuada.

Esta mirada a la literatura sobre el impacto de las sentencias a favor de los derechos LGBTI nos permite ver que quienes investigan estos temas han tendido a interesarse más por los efectos simbólicos de las sentencias que por sus efectos materiales, y más por las barreras que por los avances en la implementación de los fallos. También vemos que algunos fallos han sido mucho más estudiados que otros dentro de la literatura, como son aquellos sobre las parejas del mismo sexo.

En este capítulo buscamos avanzar en direcciones menos exploradas para complementar el panorama existente. Prestar atención al impacto simbólico sin duda es importante, pero también lo es preguntarse por los cambios materiales que han traído las sentencias: esto incluye los efectos que han tenido en términos de reglamentación y políticas para la población LGBTI. En otras palabras, más allá del reconocimiento formal de derechos, es clave entender en qué medida estos cambios legales han impactado diferentes campos y contribuido a mejorar las condiciones de vida de las personas. Asimismo, es evidente que a pesar de las barreras y la movilización conservadora contra la población LGBTI, los avances legales conseguidos a través de la vía judicial se han sostenido hasta hoy. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países (como en algunos estados de

Estados Unidos, Polonia y Nigeria), el movimiento conservador en Colombia no ha logrado aprobar leyes o revocar sentencias que revertan los derechos adquiridos. Entender por qué estos avances legales han persistido, aún en medio de una sociedad conservadora como la colombiana, de la creciente politización de los derechos LGBTI y pese al cierre de oportunidades políticas ocurrido durante el gobierno de Iván Duque (2018-2022), pasa por conocer no solo las barreras y las resistencias, sino también los avances en la implementación y los factores que facilitan la materialización de los derechos.

Para avanzar en esta dirección, en este capítulo nos apoyamos en la conceptualización de impacto de Botero y Brinks (2023). Siguiéndoles, entendemos por impacto los cambios ideacionales, discursivos, organizacionales y materiales que se pueden atribuir causalmente a un fallo, junto con los cambios en cuanto a la violación de derechos que el fallo pretendía abordar. En esta propuesta se conceptualiza el impacto como un fenómeno con tres dimensiones o campos –social, político y legal– en los cuales se manifiestan diferentes tipos de cambios –en las ideas, los discursos, las organizaciones y en lo material– como puede verse en la tabla 1.

Este esquema de guía nos permite enfatizar que entendemos el impacto como un fenómeno complejo, y que vamos más allá de si hubo cumplimiento o no. Evaluar el cumplimiento de las sentencias es importante, y sin duda cumplimiento e impacto están relacionados, pero este último va más allá. Exactamente hasta dónde, y qué cuenta como impacto, son preguntas que han suscitado un largo debate académico (al respecto, véase el capítulo de María Luisa Rodríguez Peñaranda en este volumen). En resumen: hay quienes consideran que el impacto debe ceñirse a identificar los efectos materiales de las sentencias, mientras que otros estudios han abogado por hacer énfasis en los efectos simbólicos, discursivos y a nivel de las ideas. En este capítulo acogemos una propuesta de evaluación de impacto de las sentencias que es ambiciosa en la medida en que apunta a identificar y reconocer la amplia gama de efectos de los fallos en toda su diversidad: efectos materiales, pero también los simbólicos, ideacionales, discursivos y organizacionales en diferentes campos. Las visiones parciales simplifican: una

**TABLA I**

**Impacto de fallos sobre derechos socioeconómicos**

|         |                  | Campos                                                                                 |                                                                                                                        |                                                                                                                 |
|---------|------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|         |                  | Social                                                                                 | Político                                                                                                               | Legal                                                                                                           |
| Cambios | En las ideas     | Reimaginar/<br>replantear obli-<br>gaciones                                            | Qué puede o no<br>hacer el Estado;<br>qué cosas son o<br>no electoralmente<br>factibles                                | Nuevas concepcio-<br>nes del rol de los<br>derechos, de las<br>constituciones, de<br>las cortes                 |
|         | Discursivos      | Nuevas formas<br>de articular<br>demandas en<br>términos de<br>derechos                | La judicializa-<br>ción del lenguaje<br>político                                                                       | La transformación<br>de asuntos políti-<br>cos en un tema de<br>derechos                                        |
|         | Organizacionales | La creación de<br>nuevas redes,<br>nuevas ONG, nue-<br>vas organizacio-<br>nes locales | Nuevas coali-<br>ciones, nuevas<br>alianzas, nuevas<br>burocracias,<br>nuevos partidos,<br>nuevas figuras<br>políticas | Redes de litigan-<br>tes, audiencias de<br>seguimiento, repor-<br>tes de seguimiento                            |
|         | Materiales       | Cambios en el<br>comportamiento,<br>nuevas inver-<br>siones, nuevos<br>negocios        | Nuevos progra-<br>mas estatales,<br>recursos para la<br>implementación                                                 | Jurisprudencia<br>nueva/reformada,<br>reformas constitu-<br>cionales, reportes,<br>generación de<br>información |

Fuente: Botero y Brinks (2023).

mirada comprensiva nos permite reconocer la complejidad del fenómeno y analizar mejor sus vínculos con la política y otros procesos sociales. Así las cosas, este esquema conceptual es una invitación a hacer una suerte de “levantamiento topográfico” de los efectos de los fallos judiciales. No es obligatorio mapear todas las dimensiones: el esquema es un norte de lo que podría encontrarse, no una camisa de fuerza. Nuestro ejercicio de mapeo se basa en fuentes secundarias y trabajo de archivo, con lo que nos concentramos en los cambios materiales que han producido dos conjuntos de fallos LGBTI de la Corte Constitucional: las sentencias sobre personas trans e intersex.



## Las sentencias LGBTI de la Corte Constitucional

Desde su creación en 1991, la Corte Constitucional ha promulgado más de 140 sentencias sobre los derechos de la población LGBTI (figura 1). No todas estas sentencias tuvieron un desenlace a favor de los derechos de la población LGBTI. Sin embargo, el balance que hoy podemos hacer sobre este conjunto de fallos es ciertamente positivo: a través de su jurisprudencia la Corte ha contribuido al reconocimiento de derechos humanos fundamentales para la población LGBTI (Jaramillo, 2024a). En ningún otro país de la región –y posiblemente del mundo– un tribunal ha tenido un rol tan trascendental en el reconocimiento y la protección de los derechos LGBTI.

Entre 1992 y 2022 identificamos un total de 144 fallos (figura 1). El 80% (115) de estas sentencias fueron el resultado de acciones de tutela (cuadrados en la figura 1). La tutela es un mecanismo legal, semejante a los amparos, que permite a las personas solicitar ante un tribunal la protección de sus derechos fundamentales de manera relativamente fácil y rápida. La gran mayoría de estas tutelas tuvieron un resultado positivo para la población LGBTI: la Corte falló a favor de los demandantes y protegió derechos como el de la igualdad, la dignidad humana, la salud, la educación, la no discriminación, la protección de la familia, la identidad sexual y de género, y la personalidad jurídica. Aunque en principio el fin de las tutelas es proteger los derechos de los demandantes (esto es, sus efectos son *inter partes*), en varios de estos fallos, como mostraremos más adelante, la Corte ordenó medidas de alcance general.

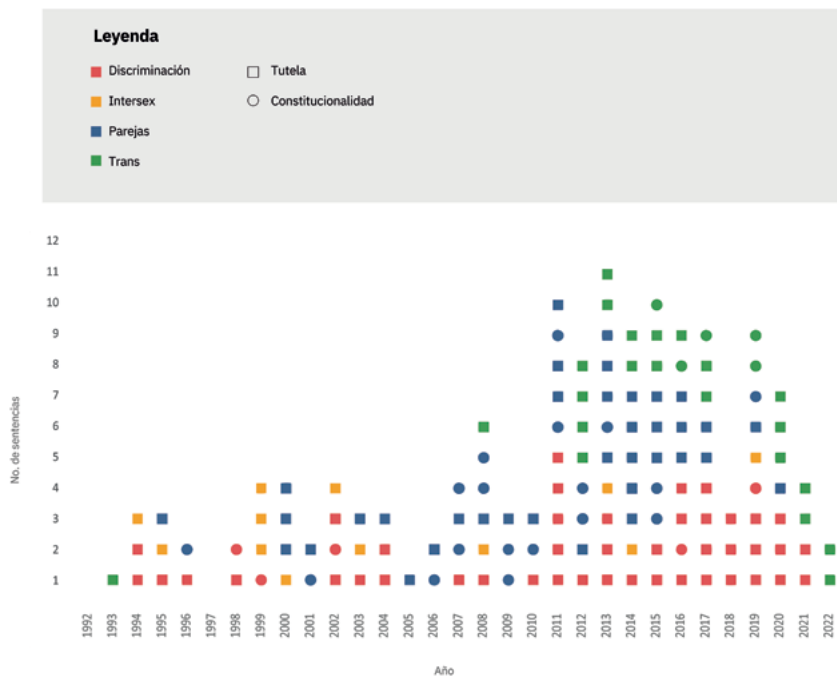
El resto de las sentencias, 29 en total, se originaron en acciones públicas de inconstitucionalidad –o demandas de inconstitucionalidad– (círculos en la figura 1) presentadas, con una única excepción (Sentencia C-282/13),<sup>6</sup> con el objetivo de promover los derechos e intereses de las personas LGBTI. A

---

6 Este fallo fue producto de una demanda contra la Ley antidiscriminación (Ley 1482 de 2011) presentada por Víctor Velásquez, congresista del Partido de la U y aliado de las iglesias cristianas, quien buscaba su anulación por haber incluido la “orientación sexual” dentro de las categorías protegidas contra la discriminación. En este caso la Corte se declaró inhibida.

**FIGURA I**

**Sentencias sobre derechos LGBTI 1992-2022 (junio)**



Fuente: elaboración propia.

diferencia de las tutelas, las acciones públicas permiten demandar la constitucionalidad de leyes u otras normas de una manera abstracta (esto es, sin que tenga que haber una controversia concreta de por medio), y los efectos de las sentencias aplican en principio para toda la población. Este tipo de acciones fueron impulsadas por distintos actores; desde activistas y organizaciones del movimiento LGBTI y de derechos humanos, hasta académicos, abogados de interés público y actores estatales; 16 de estos fallos tuvieron como resultado la modificación o anulación total o parcial de normas consideradas opuestas a los derechos de la población LGBTI. En los otros 13 fallos la Corte se declaró inhibida o mantuvo la constitucionalidad de las normas demandadas.

Dentro del universo de las sentencias hay una variedad significativa respecto a los temas, sectores y derechos abordados por la Corte. Para empezar, 37% de los fallos (54) se centraron en los derechos de las parejas del mismo sexo y las familias



conformadas por padres o madres LGBTI (en azul en la figura 1). Estas sentencias condujeron al reconocimiento de derechos fundamentales, como el derecho a acceder al cubrimiento en seguridad social (sentencias C-075/07, C-811/07 y C-336/08), constituir una familia (C-577/11), adoptar (C-683/15) y contraer matrimonio (SU/214-16).

Otro 35% de fallos (50) abordaron el tema de la discriminación hacia las personas LGBTI en distintos contextos y situaciones (en rojo en la figura 1). Varios de estos fallos se ocuparon de casos de empleados discriminados o despedidos de sus trabajos (sentencia T-491/11), así como de estudiantes que fueron sancionados o expulsados de instituciones educativas (T-478/15). Dentro de este tema, algunos fallos también abordaron los casos de personas con VIH/sida que fueron discriminadas debido a su diagnóstico (T-526/02). En la gran mayoría de estas sentencias la Corte falló a favor de los demandantes reconociendo su derecho a no ser discriminados debido a su orientación sexual o identidad de género.

Por último, 27% de las sentencias (39 en total) se ocuparon de los derechos de las personas trans e intersex (verde y amarillo en la figura 1). En la siguiente sección profundizamos sobre estos fallos.

### **Sentencias que reconocen y expanden los derechos de personas trans e intersex**

Como se observa en la figura 2, la Corte Constitucional empezó a decidir sobre temas trans e intersex desde muy temprano. La primera sentencia es de 1993, solo un año después de que la Corte entró en funcionamiento: allí se protegió el derecho a la libre expresión de la individualidad, permitiendo el cambio de nombre de una persona trans ante notaría. De ahí en adelante, la inmensa mayoría de los 39 fallos han sido a favor de los derechos de las personas trans e intersex, con excepción de cuatro fallos inhibitorios y un fallo de tutela denegado en 1994.<sup>7</sup>

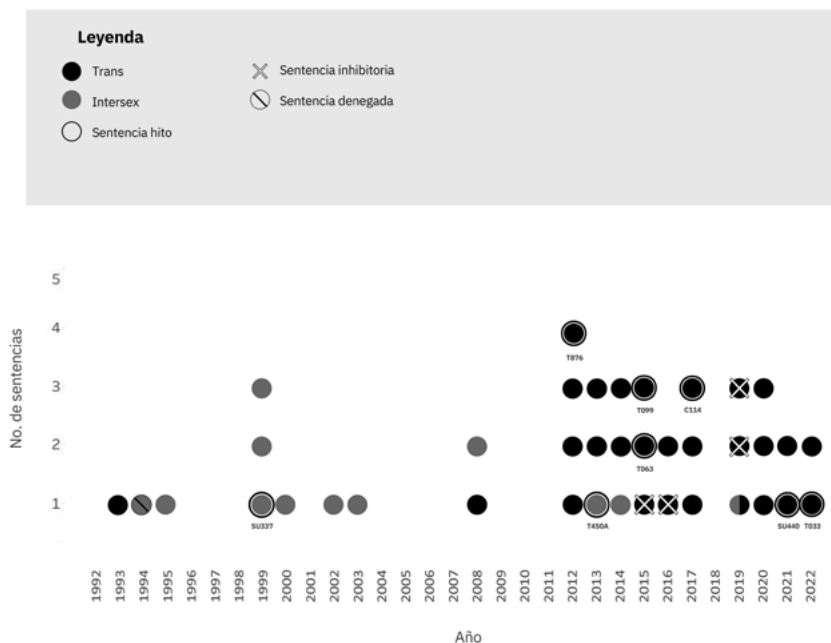
---

7 La peticionaria solicitaba se ordenara el cambio de sexo en el registro civil, y la Corte Constitucional reafirmó la decisión del juzgado inferior que concluía que la tutela no era la vía apropiada para esta solicitud, sino que debía surtirse un proceso judicial.



**FIGURA 2**

**Sentencias sobre derechos de las personas trans e intersex, 1992-2022**



Fuente: elaboración propia.

De los 39 fallos, 12 son sobre personas intersex (puntos grises en la figura 2), y 9 de ellos se dieron en la década de los noventa y los 2000. En estos fallos, la Corte Constitucional dedica especial atención a los y las menores de edad intersex: nueve de las tutelas buscaban facilitar el acceso a servicios médicos para menores con “ambigüedad genital” (en algunos casos acompañamiento, en otros cirugía de asignación sexual o medicamentos). Más allá de los servicios médicos específicos que algunas tutelas buscaban, podemos clasificar las 12 sentencias en tres grupos según sus temáticas: 1) un grupo que versa sobre los derechos de los menores a dar su consentimiento frente a cirugías de asignación sexual. Este ha sido un tema al que la Corte le ha dedicado especial atención, desarrollando una jurisprudencia que define en quién/es debe recaer la decisión sobre este tipo de intervenciones (padres, equipo médico o menores) y cuáles son las condiciones que debe cumplir dicho consentimiento para ser válido. Ya en 1995 (con la Sentencia T-477-95) la Corte



Constitucional determinó que el consentimiento por parte de los menores que ya habían alcanzado la edad para tomar decisiones era necesario para la realización de la cirugía (la Sentencia de Unificación su-337/99) definió los cinco años como la edad de referencia. 2) Otro grupo de fallos que reconocen los derechos de los menores intersex a contar con un registro civil sin que este incluya información sobre su sexo. 3) Fallos sobre derechos de los menores a modificar su nombre y sexo en sus documentos.

Aunque en las décadas iniciales de la Corte Constitucional encontramos más fallos sobre personas intersex, entre 1992 y 2022 en conjunto encontramos más fallos sobre personas trans: 28 fallos son sobre derechos de personas trans y 26 de ellos fueron emitidos entre 2012 y 2022. Como puede verse en la figura 2, en esa década la Corte emitió al menos dos sentencias sobre población trans casi todos los años. Las sentencias trans pueden agruparse en cuatro temas: 1) cambio de nombre y sexo en documentos, 2) procedimientos médicos de afirmación de género, 3) servicio militar, y 4) pensión. Una gran parte de los fallos (12 en total) pertenecen a la primera categoría y son casos individuales; en esas decisiones, la Corte Constitucional reafirmó los derechos de las personas trans al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la igualdad como sustento para ordenarle a las notarías o a la Registraduría las correcciones de nombre y sexo en los documentos. En 2017 se dio un fallo hito: la Sentencia C-114/17 en la cual la Corte permite que las personas que buscan cambiar su nombre por segunda vez lo puedan hacer, si es que el cambio busca armonizar el nombre con la identidad de género.

En la segunda categoría (acceso a procedimientos médicos) encontramos nueve fallos a favor de personas que buscaban la protección de su derecho a la salud y a la identidad sexual y de género. Vale la pena resaltar también dos decisiones que afectan otros ámbitos de la vida de las personas trans y que constituyen, cada una, categorías aparte: la tercera categoría (servicio militar) está compuesta por dos fallos de tutela: la Sentencia T-476/14 que eximió de la obligación del servicio militar a las mujeres trans, y la Sentencia T-099/15 en la cual la Corte reiteró esta exoneración y ordenó la reglamentación de un mecanismo para el reclutamiento de hombres trans. En

la cuarta categoría encontramos en 2021 la ratificación de una tutela que le ordena al Fondo Nacional de Pensiones hacer el estudio de acceso a la pensión para una mujer trans siguiendo los criterios que aplican a las mujeres.

## Tipos de órdenes

¿Qué tipo de órdenes dio la Corte Constitucional en estos fallos? Por limitaciones de espacio no podemos reproducirlas en detalle, pero dado que muchas de ellas se repiten, presentamos una clasificación de estas en cuatro categorías.

El primer tipo son las *órdenes de legislación* orientadas a la expedición de nuevas leyes. Mediante estas órdenes, generalmente dirigidas al Congreso y al Gobierno nacional, la Corte ha exhortado a la promulgación de leyes a favor del reconocimiento de la identidad de género y la identidad de las personas intersex, y en pro de la regulación “integral y sistemática” –como señaló en la Sentencia T-476/14– de los derechos de las personas trans.

El segundo tipo son las *órdenes de reglamentación*, dirigidas a solicitar la creación o actualización de protocolos, mecanismos y guías institucionales para facilitar el acceso a derechos. La Corte ha dirigido estas órdenes tanto a instituciones estatales y gubernamentales como a instituciones privadas. Por ejemplo, en varios de las sentencias sobre cambio de sexo, la Corte ordenó a la Registraduría o a la Superintendencia de Notariado y Registro (Superintendencia) la creación de mecanismos para la corrección y expedición de nuevos documentos. En algunos fallos sobre derecho a la salud, la Corte solicitó al Gobierno nacional y a instituciones privadas la implementación de guías clínicas para la atención de las personas trans e intersex.

El tercer tipo son las *órdenes de recursos y ejecución*. Estas se han caracterizado por demandar la inversión de recursos y la ejecución de medidas operativas, principalmente, a las instituciones que fueron objeto de las demandas. Estas órdenes generalmente se dirigieron a las instituciones de salud, para solicitarles el cubrimiento de tratamientos médicos; así como a las notarías, para solicitarles la corrección de los documentos de las personas demandantes.



Por último, un cuarto tipo son las *órdenes pedagógicas* dirigidas a promover la apropiación de las sentencias a través de la realización de capacitaciones y otras actividades formativas. En algunos casos, la Corte dirigió estas órdenes a las mismas instituciones que fueron demandadas, por ejemplo, así lo hizo con el Ministerio de Defensa y las Fuerzas Militares cuando les ordenó la realización de “una campaña pedagógica en todos los distritos de reclutamiento” (Sentencia T-099/15). En otros casos, la orden estuvo dirigida a instituciones como la Defensoría del Pueblo y tuvo por objeto la socialización más amplia de las sentencias con el público en general.

### **El impacto de las sentencias sobre derechos de personas trans e intersex**

Aunque la gran mayoría de las sentencias sobre población trans e intersex abordaron las demandas de individuos particulares, muchos de estos fallos han tenido un alcance e impacto que trasciende el caso individual. En esta sección analizamos el impacto material de los fallos sobre población trans<sup>8</sup> y, seguidamente, sobre población intersex de acuerdo con los tres campos explicados antes.

#### **El impacto material de las sentencias sobre población trans**

En la tabla 2 presentamos un resumen sobre los principales efectos de las sentencias sobre población trans. En esta podemos ver que, aunque en su conjunto los fallos han impactado en los tres campos –legal, político y social–, no lo han hecho de la misma manera. Por el contrario, al desagregarlos por temas encontramos que hay algunas sentencias con mayores efectos que otras.

---

8 El panorama general que presentamos en esta sección sobre el impacto de los fallos trans se complementa con un estudio de caso adelantado por una de nosotras sobre el impacto de la Sentencia T-063 de 2015, la cual reconoció el derecho de las personas trans a cambiar el componente sexo en sus documentos de identificación. Ver Jaramillo (2024b).

**TABLA 2**  
**Impacto material de las sentencias sobre derechos de personas trans**

| Tema                                  | Sentencias                                                                                                                                                                                             | Campo legal                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Campo político                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Campo social                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|---------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Cambio de nombre y sexo en documentos | <p>T-594/93;<br/>T-1033/08;<br/>T-391/12;<br/>T-918/12;<br/>T-977/12;<br/>T-086/14;<br/>T-063/15;<br/>T-099/15;<br/>T-077/16;<br/>C-114/17;<br/>T-498/17;<br/>T-675/17;<br/>T-447/19;<br/>T-033/22</p> | <p>Derechos</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cambio de nombre (1993)</li> <li>- Cambio de sexo (2015)</li> <li>- Cambio de nombre por segunda vez (2017)</li> <li>- Cambio de nombre y sexo en menores de edad (2017, 2019)</li> <li>- Identificación con un género no binario (2022)</li> </ul> | <p>Normas e instrucciones</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Decreto 1227 (2015): cambio de sexo (Gobierno nacional).</li> <li>- Circulares 139 (2015) y 80 (2018): cambio de sexo (Registraduría)</li> <li>- Resolución 11143 (2015): exoneración del cobro por cambio de documentos a personas LGBTI “en condiciones de vulnerabilidad” (Registraduría).</li> <li>- Instrucciones administrativas 12 (2018) y 1 (2020): cambio de sexo en menores (Superintendencia).</li> <li>- Circulares únicas de registro civil e identificación (2018, 2019, 2020): cambios en documentos (Registraduría)</li> <li>- Circular 2975 (2019): requisitos cambio de sexo (Superintendencia)</li> <li>- Campañas de cedulación (desde 2015, varios gobiernos a nivel nacional y subnacional)</li> <li>- Políticas públicas LGBTI (varios gobiernos a nivel nacional y subnacional)</li> <li>- Cartillas y documentos sobre derechos (Ministerios Interior y de Justicia, Defensoría)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Corrección del sexo en documentos de personas trans (&gt;4077 personas entre junio 2015 y mayo 2022)</li> <li>- Campañas de cedulación (desde 2015, varias ONG)</li> <li>- Cartillas, guías e información sobre cambio de documentos (varias ONG)</li> </ul> |



| Tema                                           | Sentencias                                                                                                       | Campo legal                                                                                                                                                          | Campo político                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Campo social                                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Procedimientos médicos de afirmación de género | T-876/12;<br>T-918/12;<br>T-552/13;<br>T-771/13;<br>T-236/20;<br>T-263/20;<br>T-421/20;<br>T-231/21;<br>T-218/22 | Derecho a acceder a procedimientos médicos de afirmación de género a través del sistema de salud (2012)                                                              | <ul style="list-style-type: none"><li>- Resoluciones sobre el sistema de salud incluyen algunos procedimientos para “transformación sexual” (Ministerio de Salud y Protección Social)</li><li>- Resolución 3280 (2018) sobre ruta de atención en salud: incluye lineamientos para atención de personas trans (Ministerio de Salud y Protección Social)</li><li>- Políticas públicas LGBTT (varios gobiernos a nivel nacional y subnacional)</li><li>- Cartillas y documentos sobre derechos (Ministerios Interior y de Justicia, Defensoría)</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>- Guías y protocolos médicos para atención de personas trans (algunas instituciones de salud y entidades territoriales)</li><li>- Cartillas y documentos sobre derecho a la salud (varias ONG)</li></ul> |
| Servicio militar                               | T-476/14;<br>T-099/15                                                                                            | Derecho a prestar el servicio militar o a estar eximido de prestarlo según identidad de género (2014, 2015)<br>Ley 1861 (2017): servicio militar (Congreso nacional) | <ul style="list-style-type: none"><li>Proyectos de ley (PL) sobre servicio militar</li><li>- PL 98 y 101 (2015): partido Opción Ciudadana</li><li>- PL 154 (2015): Ministerio de Defensa</li><li>- PL 317 (2021): Partido Alianza Verde</li><li>- Políticas Públicas LGBTT (varios gobiernos a nivel nacional y subnacional)</li><li>- Cartillas y documentos sobre derechos (Ministerios Interior y de Justicia, Defensoría)</li></ul>                                                                                                                | <ul style="list-style-type: none"><li>- Nuevas acciones de movilización legal y política</li><li>- Documento de política sobre servicio militar (2021, varias ONG)</li></ul>                                                                   |
| Pensión                                        | su-440/21                                                                                                        | Derecho a acceder a la pensión según identidad de género (pensión mujeres trans) (2021)                                                                              | ---                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | ---                                                                                                                                                                                                                                            |

Fuente: elaboración propia.

## *Impactos en el campo legal*

En el campo legal, las sentencias tuvieron un impacto importante en la medida en que transformaron sustancialmente las ideas y condujeron al reconocimiento de nuevos derechos a favor de la población trans. Destacamos tres.

El primero es el *derecho al reconocimiento legal de la identidad de género en el registro civil y los documentos de identificación*. Como muestra la tabla 2, este derecho se fue consolidando y ampliando en el tiempo a través de distintas decisiones judiciales. En su primer fallo de 1993, la Sentencia T-594/93, la Corte solo reconoció a las personas trans la posibilidad de cambiar de nombre. En 2015, las sentencias T-063/15 y T-099/15 extendieron el alcance de este derecho al permitir además los cambios en el componente sexo.<sup>9</sup>

En la última década, el derecho al reconocimiento legal del género se amplió de otras dos maneras. Primero, entre 2017 y 2019 las sentencias T-498/17, T-675/17 y T-447/19 reconocieron este derecho a los menores de edad trans. En los primeras dos sentencias la Corte señaló que el cambio de nombre y sexo podía ser realizado por los menores trans que estuvieran próximos a cumplir la mayoría de edad (los 18 años), mientras que en la última reconoció que este derecho podía ser ejercido por los menores trans e intersex a partir del momento en que estos desarrollen una comprensión de su identidad de género, lo cual, según señala la Corte, puede ocurrir tempranamente, entre los 5 y 7 años de edad (T-447-19). Y segundo, en 2022 la Corte promulgó la Sentencia T-033/22, en la cual se reconoció el derecho de las personas a identificarse con un marcador de sexo “no binario” en sus registros civiles y documentos.

---

9 En Colombia se utiliza la categoría “sexo” en el registro civil y los documentos de identificación oficiales. Cabe aclarar que antes de estos dos fallos las personas trans también podían modificar el sexo en sus documentos, pero para ello tenían que acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria y someterse a intervenciones corporales a fin de adaptar su apariencia física. Con los fallos en cuestión se eliminan estas dos condiciones y se reconoce el derecho a realizar esta modificación con base en la autodeterminación y mediante la firma de una escritura pública en una notaría.



Un segundo derecho reconocido por la Corte es el de las personas trans a acceder a procedimientos médicos para la afirmación de la identidad de género a través del sistema público de salud. Este derecho fue reconocido por primera vez en la Sentencia T-876/12, y desde entonces la Corte ha promulgado al menos ocho sentencias más (tabla 2) en el mismo sentido. La Corte, además, ha señalado que los costos de estos procedimientos deben ser cubiertos en todos los casos debido a su importancia para garantizar derechos como el de la salud, la dignidad y la autodeterminación sexual de las personas trans.

Por otra parte, algunos de estos fallos posteriores fueron particularmente importantes porque, primero, reconocieron que este derecho incluye también a los menores de edad trans (sentencias T-552/13 y T-218/22),<sup>10</sup> y segundo, establecieron que para hacer uso de este derecho no es necesario contar con un diagnóstico de “disforia de género”, el cual se considera patológico de las identidades trans (T-918/12).

Por último, la Corte ha reconocido que las personas trans tienen derecho a recibir un tratamiento legal de acuerdo con su identidad de género, esto es, a estar sujetas a las mismas obligaciones y derechos que el marco legal asigna a la población de acuerdo con su sexo. Concretamente, la Corte reconoció este derecho en relación con dos importantes casos: servicio militar y pensión de retiro. En el primero, la Corte señaló que la obligación de las personas trans respecto al servicio militar (servicio obligatorio en Colombia para todos los hombres) debe definirse con base en la identidad de género (sentencias T-476/14 y T-099/15). Esto implica que las mujeres trans no deben prestar el servicio militar, pues la ley establece esta exoneración para las mujeres, mientras que los hombres trans sí tienen esta obligación. En el segundo caso, la Corte reconoció el derecho

---

10 Estas sentencias afirmaron la importancia de reconocer la autonomía de los menores de edad para tomar decisiones sobre sus proyectos de vida, incluyendo aquellas que implican intervenciones médicas dirigidas a la afirmación de género. Para estas intervenciones, la Corte señaló que las instituciones de salud deben garantizar el acompañamiento de un equipo interdisciplinario de profesionales, quienes tienen la tarea de determinar la capacidad de los menores para tomar decisiones, y de garantizar su consentimiento libre, informado y cualificado.



de las mujeres trans a pensionarse a una edad más temprana: a los 57 años como corresponde a las mujeres, y no a los 62 como aplica para los hombres (SU-440-21). Con todo, cabe decir que las implicaciones del derecho a recibir el mismo tratamiento legal son hasta hoy más inciertas en relación con otros casos –como lo es el de las cárceles– en los que el sexo también es utilizado para hacer una distribución diferencial de derechos, obligaciones y servicios.

Como se ve en la tabla 1, el impacto material de las sentencias también puede rastrearse en la promulgación de leyes y políticas por parte del Congreso y otros organismos legislativos a nivel subnacional. En estos campos encontramos que los fallos han tenido muy poco impacto en el Congreso, mientras que en los niveles regional y local los efectos han sido mayores, como mostraremos en la próxima sección.

Aunque en distintas sentencias la Corte ha pedido al Congreso que legisle a favor de los sectores LGBTI, son contadas las leyes promulgadas con este propósito. Una de estas pocas excepciones es la Ley 1861, expedida en 2017 para actualizar la legislación sobre servicio militar. Esta ley cumplió parcialmente con el exhorto de la Sentencia T-099/15 (sobre prestación del servicio militar de personas trans), al establecer que las mujeres trans no estaban obligadas a prestar el servicio militar.

Pese a este efecto, la aprobación de la Ley 1861 dejó un fuerte sinsabor dentro del movimiento trans, y especialmente entre los hombres trans que habían buscado que la ley los abarcara también (Ayllu familias transmasculinas *et al.*, 2021). De hecho, las actas legislativas muestran que inicialmente el Congreso había acordado exonerar del servicio militar a los hombres trans. Sin embargo, esta propuesta fue descartada en la última fase de discusión del proyecto debido, principalmente, a la influencia que ejerció la senadora Viviane Morales, una aliada de las iglesias cristianas y quien ha librado una lucha contra los derechos de la población LGBTI en el Congreso y otras arenas.<sup>11</sup>

---

11 En 2021, la congresista Katherine Miranda, del partido Alianza Verde, presentó una nueva iniciativa legislativa sobre servicio militar, pero esta no logró superar los debates necesarios para su aprobación. Este proyecto buscaba atender a los intereses tanto de



### *Impactos en el campo político*

En el campo político ha sido hasta ahora menos estudiado el impacto material de las sentencias sobre población trans. Sin embargo, como mostraremos a continuación, hay efectos muy significativos en relación con la promulgación de políticas públicas, la inversión de recursos y la expedición de normas.

Por ejemplo, mientras en el Congreso ha sido muy limitada la actividad legislativa a favor de la población trans, a nivel sub-nacional varias alcaldías (como las de Bogotá, Medellín y Buga) y gobiernos departamentales (como los de Antioquia, Valle del Cauca y Nariño) han impulsado la promulgación de políticas públicas LGBTI a través de sus planes de desarrollo, asambleas departamentales y concejos municipales. Estas políticas han buscado cobijar a todos los sectores de la población LGBTI –si bien no a todos por igual– y generalmente han justificado su promulgación haciendo referencia, entre otras normas, a los fallos de la Corte. Aunque es poca la información que existe sobre su implementación, y aunque se circunscriben a lugares puntuales, podemos ver en los planes de acción de algunas de ellas distintas medidas orientadas a materializar los derechos de las personas trans. Por ejemplo, a través de la realización de capacitaciones con funcionarios públicos sobre atención diferencial, la adecuación de sistemas de información para la inclusión de la variable “identidad de género”, la construcción de protocolos de atención en salud y el apoyo material a los procesos de corrección de documentos.

Otro efecto importante lo observamos en los recursos destinados por varios gobiernos para promover los derechos de las personas trans y otros sectores de la población LGBTI. Estos recursos se han materializado de distintas maneras, entre ellas en la creación de nuevas unidades u oficinas administrativas con la responsabilidad de promover los intereses de la población LGBTI. Por ejemplo, en 2011 el Gobierno nacional estableció una nueva dirección para promover los derechos de esta población

---

quienes proponen la no obligatoriedad del servicio militar, como de aquellos que proponen que las personas trans puedan prestar este servicio si así lo desean.

dentro del Ministerio del Interior. Entre los objetivos de esta dirección estaba cumplir con el exhorto que la Corte le había hecho al Gobierno ese mismo año (en la sentencia T-314/11) para promulgar una política pública nacional LGBTI; política que finalmente se estableció por decreto presidencial en 2018 (Decreto 762). También en varios departamentos y ciudades del país se crearon nuevas oficinas o cargos administrativos con objetivos similares, las cuales han jugado un papel importante en la financiación y ejecución de programas para impulsar la implementación de distintos fallos. Un ejemplo de esto son las campañas de “cedulación” que algunos gobiernos han implementado para brindar asesoría y recursos a las personas trans interesadas en corregir sus documentos (ver discusión más adelante).

Por otra parte, en relación con las sentencias sobre cambio de sexo en los documentos, su impacto en el campo político se observa más claramente en los distintos tipos de normas, como decretos, resoluciones, instrucciones y circulares que emitieron el gobierno e instituciones como la Registraduría y la Superintendencia para cumplir con las medidas de reglamentación ordenadas por la Corte. Entre esas normas, una muy importante fue el Decreto 1227 que expidió el Gobierno nacional el 4 de junio de 2015, tan solo semanas después de las sentencias T-063/15 y T-099/15, con el fin reglamentar el trámite “cuando una persona quiere corregir el componente sexo”. Posteriormente, la Registraduría –principal institución a cargo de la expedición de documentos de identificación– emitió la Circular 139 del 24 de junio de 2015 para comunicar las directrices sobre aplicación de las sentencias y el Decreto 1227. Adicionalmente, ese mismo año, mediante la Resolución 11143, la Registraduría decidió exonerar del cobro por este tipo de trámites a ciertos grupos poblacionales, entre ellos a los sectores LGBTI “en condición de vulnerabilidad”.

También las sentencias T-675/17 y T-447/19, sobre el derecho de los menores trans a corregir el sexo en sus documentos, motivaron la expedición de distintas medidas administrativas. Entre 2018 y 2020 la Superintendencia emitió dos instrucciones, la Instrucción administrativa número 12 del 27 de abril de 2018 y la número 1 del 13 de enero de 2020, con el fin de informar a



las notarías y otras entidades responsables las directrices que debían tener en cuenta para implementar las órdenes de la Corte. A pesar de que aquí la respuesta institucional fue más lenta –las instrucciones se publicaron entre tres y cinco meses después de los fallos–, la Superintendencia en efecto cumplió con la orden de establecer un procedimiento para el cambio de sexo en los menores de edad trans. A su vez, la Registraduría, aunque en estos casos no recibió ninguna orden directa, también contribuyó a la implementación de ambos fallos mediante la publicación de varias circulares informativas (Circulares únicas de registro civil e identificación).

Por último, otro efecto político, en este caso negativo, que tuvieron las sentencias sobre cambio de sexo, particularmente la Sentencia T-063/15 y el decreto que la materializó, fue la contramovilización de sectores conservadores en respuesta a este avance. La figura clave aquí fue el entonces procurador Alejandro Ordóñez, reconocido por sus iniciativas en contra de los derechos LGBTI y del derecho al aborto (ver Albarracín y Lemaitre, 2018), quien rápidamente presentó una demanda ante el Consejo de Estado para solicitar la suspensión y nulidad del Decreto 1227 (Dejusticia, 2016). Aunque la demanda del exprocurador no logró su objetivo, es clave tomar nota de estas reacciones pues el impacto incluye tanto los movimientos y efectos que afianzan los fallos y reafirman los derechos, como los desarrollos que los ponen en cuestión, y que forman parte de los procesos complejos de disputas sociopolíticas que debemos entender.

### *Impactos en el campo social*

Para evaluar los efectos materiales de los fallos en el campo social, una cuestión central es saber si los derechos reconocidos por la Corte han contribuido a mejorar la vida de los demandantes y del grupo más amplio de las personas trans. Evaluar este tipo de impacto es, sin embargo, una tarea trabajosa debido tanto a la dificultad de rastrear lo que ocurre con los demandantes después del fallo (esta es información privada), como a la escasa información estadística sobre las personas beneficiadas.

Pese a esto, hay algunos casos para los que encontramos más información.

Por ejemplo, en relación con el impacto de los fallos sobre identidad de género, en 2016 la Superintendencia informaba que al menos 674 personas habían modificado sus documentos durante el primer año de aplicación del Decreto 1227 (El Tiempo, 2016). Un reporte más reciente de la misma entidad muestra que entre 2017 y mayo de 2022 se realizaron 3403 cambios de documentos: 2673 personas cambiaron el componente sexo de masculino a femenino, y 730 de femenino a masculino.

Los datos de la Superintendencia revelan que la Sentencia T-063/15 y el Decreto 1227 tuvieron un impacto material inmediato y significativo sobre la población trans. La importancia de este impacto sobre la calidad de vida de las personas trans no es menor: poder contar con documentos que reflejen correctamente la identidad no solo es fundamental para afirmar la identidad de género, sino también para acceder de manera efectiva a otros derechos y servicios como el empleo, la educación y la salud (GAAT, 2021; OutRight International *et al.*, 2016; Unión Transmasculina Andina, 2022). Como lo advirtió la activista de la Redlactrans, Venus Tejada, existe una estrecha conexión entre el derecho a la identidad de género y otros derechos fundamentales: “Sin identificación, uno no puede viajar, matricularse en el colegio ni acceder a muchos servicios que son necesarios para vivir en sociedad” (citado por Sánchez Tamayo, 2021, p. 96).

En buena medida podemos entender la acogida rápida y amplia que tuvieron el fallo y el decreto entre la población trans a partir de las campañas de cedulaación desarrolladas por organizaciones del movimiento LGBTI como la Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans (GAAT), Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación. Estas campañas nacieron en 2015 con el objetivo de apoyar la cedulaación (corrección de cédulas de ciudadanía) de personas trans a través de talleres pedagógicos, ayudas para costear la expedición de nuevos documentos y capacitaciones con funcionarios de las notarías y registradurías. Una de las iniciativas de cedulaación más importantes se concretó en el proyecto *Transidentifiquémonos*. Iniciado en 2018 por la Fundación GAAT y Santamaría Fundación (GAAT, 2021; Sánchez Tamayo, 2021), este proyecto contribuyó



a apoyar la cedulaación de alrededor de 200 personas trans en Bogotá, Medellín y Cali, y además sirvió para la elaboración de un diagnóstico y recomendaciones para atender las barreras de acceso a este derecho. Aquí también se hace evidente el papel crucial que juegan las organizaciones de la sociedad civil a la hora de implementar estos fallos y magnificar efectos, punto que desarrollaremos más adelante.

Respecto a otros derechos, el impacto material de las sentencias en el campo social se encuentra en general menos documentado. Más allá de testimonios sobre casos particulares, no tenemos información estadística acerca de las personas trans que han logrado acceder a procedimientos médicos de afirmación de género, pensionarse a una edad más temprana (en el caso de las mujeres trans) o definir su situación militar (en el caso de los hombres trans). Pese a esto, hay algunos indicios de impacto que podemos mencionar.

Por ejemplo, frente al acceso a procedimientos médicos, la Corte, en un fallo reciente sobre este derecho (Sentencia T-218/22), señaló que algunas instituciones prestadoras de salud y entidades territoriales habían comenzado a “adoptar[r] por su cuenta guías médicas y protocolos de atención en estos casos, ante la falta de una guía definida por el Ministerio de Salud y Protección Social”. A su vez, algunos informes de instituciones gubernamentales (Ministerio del Interior y Universidad de los Andes, 2018) y de organizaciones sociales, como Temblores (2021) y la Liga de Salud Trans (Rocha *et al.*, 2022), han documentado casos de personas trans que accedieron a cirugías o tratamientos hormonales de afirmación de género a través del sistema de salud. Estos informes, sin embargo, en general revelan que el derecho a la salud de las personas trans se encuentra altamente vulnerado. Las barreras que enfrentan para acceder a servicios médicos y las experiencias de discriminación y patologización en los hospitales hacen que muchas personas trans recurran a atención no profesional para realizarse intervenciones corporales.

Por último, en el caso del servicio militar, aunque la información es aún más escasa, sabemos que hay un conjunto de organizaciones de la sociedad civil que, a raíz de los fallos inhibitorios de la Corte sobre servicio militar (sentencias

C-584/15, C-006/16, C-220/19 y C-359/19), han fortalecido su movilización y su trabajo de incidencia política a favor de la no obligatoriedad de este servicio para los hombres trans (Ayllu familias transmasculinas *et al.*, 2021; Losada, 2020). Este último ejemplo de movilización redoblada en respuesta a fallos que no reconocen los derechos es crucial pues releva un punto que otras investigaciones, como la de Dugard (2022), señalan: que la derrota también moviliza y que el valor de la movilización legal es político y a menudo va mucho más allá del fallo mismo.

### El impacto material de las sentencias sobre población intersex

En la tabla 3 resumimos el impacto de las sentencias sobre población intersex según los tres campos que estamos analizando: legal, político y social.

**TABLA 3**  
**Impacto material de los fallos sobre derechos de personas intersex**

| Tema                                                                            | Sentencias                                                                                                          | Campo legal                                                                                                                                                           | Campo político                                                                                                                                                                                                                                                        | Campo social |
|---------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| Con-sentimiento informado de menores de edad para cirugías de asignación sexual | T-477/95;<br>su-337/99;<br>T-551/99;<br>T-692/99<br>T-1390/00,<br>T-1025/02;<br>T-1021/03;<br>T-912/08;<br>T-622/14 | - Derecho de los menores de edad a dar su consentimiento frente a cirugías de asignación sexual cuando han alcanzado capacidad evolutiva (a partir de los cinco años) | - Resolución 3280 (2018) sobre ruta de atención en salud: incluye lineamientos para la atención de niños, niñas y adolescentes intersex (Ministerio de Salud y Protección Social)<br><br>- Políticas públicas LGBTI (varios gobiernos a nivel nacional y subnacional) |              |
| Inscripción en registro civil y cambio                                          | T-450A/13;<br>T-447/19                                                                                              | - Derecho de los menores de edad a ser inscritos en el registro civil sin la                                                                                          | - Circular 33 (2015): inscripción y modificación de registro civil (Registraduría)<br><br>- Instrucción administrativa 1 (2020): cambio                                                                                                                               | ---          |



| Tema             | Sentencias | Campo legal                                                                                                                                      | Campo político                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Campo social |
|------------------|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| de nombre y sexo |            | obligación de identificar un sexo específico (masculino/femenino)<br>- Derecho de los menores de edad a modificar el nombre y sexo en documentos | de sexo en documentos (Superintendencia)<br>- Circular 48 (2015): inclusión de variable “indeterminado” en certificado de nacido vivo (DANE, Ministerio de Salud y Protección Social).<br>- Estadísticas sobre nacimientos de personas intersex (DANE, desde 2014)<br>- Inclusión de variable “indeterminado”/ “intersex” en sistemas de información (ICBF, SIVIGE)<br>- Políticas públicas LGBTI (varios gobiernos a nivel nacional y subnacional) |              |

Fuente: elaboración propia.

*Impacto en el campo legal*

Desde su creación hasta hoy, como lo mostramos en la figura 2, la Corte Constitucional ha promulgado 12 sentencias sobre población intersex, varias de ellas estructurales. En concreto, estas sentencias han conducido al reconocimiento de tres derechos a favor de las personas intersex, con particular atención a los menores de edad: 1) el derecho a dar su consentimiento frente a cirugías de asignación sexual, 2) el derecho a contar con un registro civil sin que sea obligatoria su identificación con uno de los dos sexos establecidos (femenino o masculino), y 3) el derecho a modificar el nombre y sexo en los documentos.

El primer derecho fue reconocido a través de las sentencias T-477/95 y su-337/99. En estos fallos la Corte advirtió que la potestad de los padres o tutores para decidir sobre cirugías de asignación sexual tiene un límite: cuando los menores de



edad alcanzan cierta edad –los cinco años, según la sentencia su-337/99–, son estos quienes tienen el derecho de consentir la realización de este tipo de cirugías. En estos dos fallos y otros posteriores, la Corte además ha señalado que estas cirugías deben ser cubiertas por el sistema de salud y que, para ello, las instituciones deben nombrar un equipo interdisciplinario de profesionales con la tarea de brindar acompañamiento a los menores y sus padres.

Aunque los fallos de 1995 y 1999 significaron un avance en el reconocimiento de los derechos intersex, al día de hoy la Corte continúa validando la realización de cirugías de asignación sexual sobre los niños y niñas intersex menores de cinco años. Si bien sobre esta cuestión no ha existido consenso, desde la última década sectores de la academia, los organismos de derechos humanos y el movimiento LGBTI han venido cuestionando cada vez más la realización de estas cirugías. En 2013, por ejemplo, organizaciones intersex de distintas partes del mundo emitieron la Declaración de Malta para exigir a los Estados la prohibición de los tratamientos médicos orientados a “normalizar” y “mutilar” los cuerpos de las personas intersex sin su consentimiento (Astraea Lesbian Foundation for Justice, 2016). En distintos informes a la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha llamado a la derogación de las leyes que permiten las “cirugías forzadas de normalización genital”, bajo el argumento de que son procedimientos que, “desde el punto de vista médico, [...] son rara vez necesarios, por no decir nunca, y ocasionan un dolor y un sufrimiento físico y mental intenso y crónico que puede equivaler a tortura y malos tratos” (Naciones Unidas–Consejo de Derechos Humanos, 2016, p. 15).

El segundo derecho, el derecho al registro y la personalidad jurídica de los menores de edad intersex, fue reconocido a través de la Sentencia T-450A/13. En este fallo la Corte examinó el caso de un menor de edad al que le fue negada la inscripción en el registro civil debido a la imposibilidad de ubicarlo en alguna de las dos categorías de sexo establecidas (femenino y masculino). La Corte señaló que la indeterminación sexual no puede ser un impedimento para la obtención del registro civil –especialmente



por la importancia que tiene este documento para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas— y, en este sentido, reconoció que los menores intersex tienen derecho a ser registrados sin tener que llenar el requisito de definir un sexo en el formulario. Ahora, este derecho fue concebido como algo temporal pues en su fallo la Corte señaló que el registro civil de los menores debía completarse en el futuro cuando, en sus palabras, “se tome decisión definitiva sobre el sexo”.

Por último, la Corte también reconoció el derecho de los menores intersex a cambiar de nombre y sexo en sus documentos. Este derecho fue reconocido en las sentencias T-450A/13 y T-447/19. En la primera, la Corte afirmó la posibilidad de realizar este cambio cuando se cumplieran dos condiciones: tener un diagnóstico médico de intersexualidad o ambigüedad genital y contar con la autorización escrita del menor o de los padres. En el segundo fallo la Corte eliminó el requisito de presentar un diagnóstico de intersexualidad, o cualquier otra prueba médica, y, como señalamos antes, precisó que este derecho podía ser ejercido por los menores de edad intersex y trans a partir de los 5 a 7 años.

Por último, en el campo legal los derechos de la población intersex no se han materializado en ninguna ley, aunque la Corte ha fallado dos veces (2013 y 2019) en este sentido (Tamayo Nieto, 2021). Pese a esto, como señalamos en la siguiente sección, la promulgación de políticas públicas LGBTI en distintos lugares del país ha contribuido a llenar este vacío legislativo dejado por el Congreso.

### *Impactos en el campo político*

En el campo político, varios de los efectos que han tenido los fallos a favor de la población trans abarcan también a las personas intersex, como, por ejemplo, la promulgación de la política pública nacional LGBTI y la creación de nuevas oficinas y cargos gubernamentales para promover los intereses de los sectores LGBTI. Asimismo, algunas de las medidas administrativas que fueron tomadas por instituciones como la Superintendencia y la Registraduría para garantizar el derecho al cambio de sexo

en los documentos incluyen no solo a los menores trans, sino también a los intersex.

En términos comparativos, si consideramos las 12 sentencias promulgadas por la Corte sobre población intersex, podemos afirmar que el mayor impacto en el campo político lo han tenido los fallos relacionados con el derecho de los menores intersex a ser registrados oficialmente y contar con documentos que reflejen su identidad. Por ejemplo, las dos principales sentencias sobre este derecho (T-450A/13 y T-447/19) condujeron por igual a la expedición de circulares o instrucciones dirigidas a actualizar los requisitos para la expedición y modificación de registros civiles y documentos de identificación (los efectos del segundo fallo los discutimos en la sección anterior).

En el caso del primer fallo, su impacto se materializó en la Circular 33 del 24 de febrero de 2015, expedida por la Registraduría con el fin de definir las nuevas “directrices para la anotación del sexo en una inscripción en el registro civil de nacimiento de menores intersexuales”. Esta circular, sin embargo, no solo llegó un año después del fallo, sino que no cumplió sustancialmente con lo ordenado por la Corte. Por un lado, aunque la Circular definió el procedimiento para la inscripción de menores intersex y la corrección del nombre y sexo en el registro, no permitió que el dato sobre el sexo quedara sin diligenciar, pese a que esta alternativa había sido reconocida por la Corte en los casos de “ambigüedad sexual”. En contra de esta posibilidad, la Circular señala que la casilla de sexo debe llenarse con la opción que indiquen los padres del menor. Por otra parte, el alcance de la Circular se limitó al registro civil de nacimiento y no contempló, como lo había ordenado la Corte, otros documentos en los que también se consigna el sexo de las personas, como es el caso del registro civil de defunción.

Ahora bien, mientras la Registraduría no cumplió por completo con el fallo, otras instituciones estatales se han apalancado en la sentencia para realizar cambios en la manera de registrar el sexo de la población. El ejemplo más importante lo encontramos en el Ministerio de Salud y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Estas dos instituciones, a partir de una iniciativa conjunta, utilizaron la Sentencia T-450A/13 para actualizar el “certificado de nacido vivo” adicionando la



opción “indeterminado” dentro de la variable sexo, con el fin de, como explican en su Circular conjunta 48 (20 de octubre de 2015), “posibilitar el reconocimiento de nacidos vivos en condición de intersexualidad o con ambigüedad genital en los instrumentos empleados por el personal legalmente autorizado para certificar hechos vitales”.

A su vez, este cambio en el certificado de nacido vivo propició otros efectos que no estaban previstos en el fallo, pero que han contribuido de manera importante a amplificar su impacto. Entre ellos, un efecto muy relevante es el haber posibilitado la recolección de información demográfica sobre las personas intersex. Desde el año 2014, el DANE ha utilizado los datos obtenidos de los nuevos certificados para publicar información estadística sobre el nacimiento de personas intersex. La categoría intersex también fue incluida en el Sistema Integrado de Información sobre Violencias de Género y en los formularios empleados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para recopilar información sobre los menores de edad atendidos por la institución. Aunque sin duda estos cambios son insuficientes en la medida en que no abarcan todos los organismos estatales ni todos los sistemas de información (como los censos poblacionales, por ejemplo), representan de todas maneras pasos importantes para lograr un mayor conocimiento sobre las características y necesidades de la población intersex en el país.

Ahora, como sugerimos antes, los fallos sobre consentimiento y cirugías de asignación sexual en el caso de menores intersex han tenido un impacto político mucho menor. Aunque en distintos fallos la Corte estableció que el consentimiento de los menores o los padres debía cumplir con ciertos criterios especiales para ser válido, no conocemos iniciativas gubernamentales orientadas a implementar este tipo de protocolos de consentimiento en las instituciones de salud.

Asimismo, hasta ahora el Estado tampoco parece haber tomado las medidas específicas para cumplir con el exhorto que le hizo la Corte en 2014 de elaborar guías y protocolos de práctica clínica “para el tratamiento de las personas nacidas en condición intersexual”. De hecho, en un comunicado de 2018, el Ministerio de Salud sugiere que el diseño de este tipo

de guías y protocolos no hace parte de la agenda prioritaria de la institución, en gran medida debido al bajo porcentaje de personas intersex nacidas en el país (Brújula Intersexual, 2019).

Con todo, es importante advertir que, al igual que en el caso de la población trans, los procedimientos médicos de asignación de sexo para personas intersex se encuentran cubiertos por el sistema de salud. Asimismo, aunque todavía no se han implementado las guías y los protocolos ordenados por la Corte, la ruta de atención en salud adoptada por el gobierno a través de la Resolución 3280 de 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social), establece la necesidad de brindar una atención diferencial a los niños, niñas y adolescentes intersexuales.

### *Impactos en el campo social*

Rastrear el impacto que han tenido los fallos sobre población intersex en materia social es, incluso, una tarea más difícil que para la población trans. Mientras en el caso anterior encontramos que hay varias organizaciones de la sociedad civil e instituciones estatales documentando los efectos de los fallos sobre la población trans, en el caso de los sectores intersex las organizaciones de la sociedad civil son pocas y este tipo de información es casi inexistente. Como vimos, la mayoría de los fallos sobre personas intersex abordan temas relacionados con la salud, y en este ámbito algunas fuentes hacen referencia al funcionamiento de comités médicos enfocados en desarrollo genital y personas intersex (Alcaldía de Bogotá, 2013; Alcaldía de Manizales y Universidad de Caldas, 2017), pero no sabemos cuál es su alcance ni de qué manera se han apropiado de los fallos de la Corte. Sin duda, está pendiente un estudio a profundidad que indague vía entrevistas y trabajo de campo por el impacto en este sentido.

Desde una perspectiva más amplia, si miramos más allá de los fallos y sus efectos encontramos que, en general, es muy poco lo que podemos saber sobre las personas intersex y sus condiciones de vida. Las estadísticas del DANE, como mencionamos antes, solo dan cuenta –y desde hace muy poco– del número de personas intersex nacidas en el país, mas no de otros datos sociodemográficos. En las políticas públicas LGBTI, aunque



algunas de ellas incluyen diagnósticos poblacionales, no todas las que lo hacen contienen datos específicos sobre las personas intersex; en algunos casos no porque se hubieran excluido de los estudios, sino porque, como se señalaba en una de ellas, “durante el trabajo de campo no se reconocieron personas intersexuales” (Gobernación de Nariño y Caribe Afirmativo, 2015, p. 49). Todo lo anterior, además de denunciar una situación de profunda invisibilización y marginalización, hace que sea difícil llegar a una conclusión respecto al impacto de los fallos sobre la vida y el bienestar de las personas intersex.

### **¿De qué depende el impacto de las sentencias? La sociedad civil en el centro**

En las páginas anteriores intentamos describir el impacto material de los fallos sobre los derechos de las personas trans e intersex en su conjunto, como una apuesta por hacer un balance de algunos de sus efectos tras treinta años de decisiones judiciales que, en su mayoría, han intentado avanzar en el reconocimiento y la efectividad de los derechos de esta población. Constatamos (tablas 2 y 3) que ha habido un desarrollo importante en el reconocimiento de ciertos derechos (campo legal), como también avances en la creación de políticas públicas puntuales a nivel nacional y subnacional (campo político). Para las sentencias sobre derechos trans, evidenciamos una serie de efectos muy significativos en el campo social. En contraste, encontramos menos evidencia de ese tipo de efectos para las sentencias sobre derechos intersex.

Este mapa de buena parte de los efectos materiales de estas 39 sentencias nos indica que han tenido impacto significativo, aunque no son perfectas ni han solucionado condiciones estructurales de discriminación, desigualdad e invisibilización. En esta sección final tomamos ese mapeo como punto de referencia para, en diálogo con estudios ya existentes sobre el impacto de derechos LGBTI en particular y socioeconómicos en general, plantear algunas ideas en respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué explica el impacto que vemos tras las sentencias? En otras palabras, ¿qué explica los avances, los silencios y los retrocesos? Por restricciones de espacio y dado que estudiamos numerosas

sentencias en conjunto, este es, por fuerza, un ejercicio que no pretende plantear respuestas definitivas (ni atender a cada uno de los fallos), sino más bien sugerir algunas líneas gruesas de análisis.

La literatura sobre el impacto de los fallos sobre derechos socioeconómicos es extensa, y nos da pistas útiles. Algunos trabajos ponen todo el énfasis en la Corte misma como el factor que explica si los fallos tienen impacto o no (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010) y otros declaran como necesario y suficiente el apoyo de las élites políticas para que los fallos no se queden en el papel (Rosenberg, 2008). Más recientemente, hay toda una oleada de investigaciones que ponen el acento en la importancia del apoyo de la sociedad civil en la etapa posterior a la decisión para incrementar el impacto de los fallos (Albisa y Shanor, 2017; González Vélez y Jaramillo Sierra, 2021; Jaramillo, 2024b; Sánchez Tamayo, 2021). Sabemos además que el tipo de órdenes también es crucial (Cano Blandón, 2017), y que las explicaciones más completas del impacto reconocen que, en la práctica, varios de estos factores interactúan de formas complejas. En resumen: los tribunales solos no hacen magia, y el impacto de los fallos judiciales (especialmente de los estructurales) es un proceso político de coconstrucción (Botero, 2023; Botero y Brinks, 2023), que depende de una constelación de elementos. Las experiencias que estudiamos en este capítulo van en esta misma dirección.

Para el caso de las sentencias sobre derechos trans e intersex de la Corte Constitucional, nuestra investigación y los hallazgos de otras investigaciones señalan un factor como determinante: la movilización permanente y decidida de organizaciones y actores de la sociedad civil. Nos referimos a organizaciones como la Red Distrital de Hombres Trans, el Colectivo Entre Tránsitos, la Fundación GAAT, Colombia Diversa, Santamaría Fundación, la coalición Aquelarre Trans; así mismo, a ONG de derechos humanos como Dejusticia y Temblores, y a la academia (donde docentes, semilleros o consultorios jurídicos son apoyos clave). Todos estos actores –a veces funcionando como red, a veces de manera individual– ponen sus propias redes, sus recursos humanos y financieros en pro de visibilizar discusiones, organizar, difundir y hacer seguimiento a los fallos.



La movilización de estas organizaciones es poderosa pues incide en los tres campos en los que se despliega el impacto. En el campo legal, los esfuerzos de movilización legal y de trabajo con el Poder Judicial tienen el potencial de incidir en la Corte, al exponerla a nuevos argumentos y realidades, y, potencialmente, en los operadores judiciales. Así mismo, la existencia de actores y organizaciones de la sociedad civil es particularmente importante para amplificar el impacto en el campo político. Como vimos, los fallos sobre derechos de personas trans han tenido efectos particularmente notorios en esta área, y mucho de ese impacto tiene que ver con el trabajo incansable de activistas, especialmente activistas trans, y organizaciones de la sociedad civil que hacen incidencia y seguimiento con diferentes actores del gobierno.

Para ilustrar, discutimos brevemente uno de varios ejemplos: el proceso previo a la promulgación del Decreto 1227 de 2015 sobre cambio de sexo en los documentos de identidad. Ese decreto se dio en respuesta, como ya vimos, a la Sentencia T-063 de 2015. El decreto fue el resultado del trabajo de incidencia de la coalición Aquelarre Trans y otras organizaciones de la sociedad civil, quienes lograron abrir espacios de discusión con los ministerios de Interior y de Justicia para influir en su formulación. Aquelarre Trans venía trabajando desde años atrás haciendo activismo e incidencia por y para personas trans. En este caso en particular, además, intervinieron con un *amicus curiae* en la demanda que dio origen la Sentencia T-063/15, con el apoyo de docentes y estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes (en este recuento del proceso seguimos a Gurudev, 2016). Tras el fallo, Aquelarre Trans trabajó con los dos ministerios, con otras ONG (Dejusticia, Colombia Diversa) y con el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS) de la Universidad de los Andes para hacer propuestas frente al diseño del procedimiento de cambio de nombre. Como afirma Siri Gurudev, el Decreto 1227 es una victoria política fruto del esfuerzo y trabajo articulador del movimiento trans. Adicionalmente, la importancia de la red de organizaciones se reafirma cuando vemos que algunas de ellas fueron las que posteriormente defendieron el decreto por la vía judicial luego de que, como vimos previamente, fuera demandado por



el entonces procurador Alejandro Ordóñez ante el Consejo de Estado (Jaramillo, 2024b).

Como ya mencionamos, el impacto de las sentencias se ha sentido con especial fuerza en ciertas instituciones del nivel nacional (ministerios de Justicia e Interior en el ejemplo anterior) y del nivel subnacional (concejos municipales de Bogotá y Cali) que emitieron políticas públicas para la población LGBTI. En el nivel subnacional también vemos claramente las huellas de la movilización de las organizaciones y activistas LGBTI locales y regionales. Por ejemplo, en la formulación de la política pública en diversidad sexual y de género en los departamentos de Nariño y Bolívar participó Caribe Afirmativo, y en la de Cali participó Santamaría Fundación. En algunas instituciones gubernamentales y espacios subnacionales los esfuerzos de las organizaciones de la sociedad civil han sido bien recibidos: sin embargo, el Legislativo nacional es refractario a las interpelaciones de la Corte y la movilización. Esto, a pesar de que –como ya discutimos– la Corte Constitucional ha llamado la atención en varios fallos sobre el vacío constitucional que hace necesaria una ley de identidad de género. Vale la pena detenerse sobre la falta de respuesta del Congreso a los exhortos de la Corte.

Como ya lo han notado Albarracín (2011) y Malagón (2015), si bien activistas y organizaciones LGBTI han combinado la movilización política y legal a lo largo de las décadas recientes, lo cierto es que el Congreso colombiano aparece como una vía cerrada a los fallos y a los reclamos del movimiento. Nuestro mapeo de impacto confirma esta observación. Ese silencio no obedece a la falta de esfuerzo del movimiento, sino que probablemente responda a cálculos políticos de los legisladores. Por una parte, la opinión pública colombiana es fuertemente conservadora en cuanto a derechos reproductivos y de las minorías LGBTI (aunque a partir de 2020, según la encuesta Invamer, por primera vez más del 50% de los encuestados apoyaban el matrimonio igualitario, por ejemplo). Si bien los derechos de las minorías no deben supeditarse a las percepciones o los prejuicios de las mayorías, lo cierto es que la actividad legislativa no siempre está del todo divorciada de esas percepciones, aunque sea porque las personas que están en el Congreso suelen reflejarlas. Adicionalmente, los estudios comparados (Gauri y Brinks, 2008) sugieren



que en aquellos países donde la judicialización de los derechos es aguda, a menudo los congresos prefieren ignorar o delegar las decisiones sobre temas controversiales en los tribunales, lo que les permite desentenderse de temas controversiales y dejar que el poder judicial asuma las fricciones consecuentes. Es muy probable que algo de esta dinámica opere en Colombia, y que sean las personas LGBTI las que asumen las consecuencias de estos cálculos políticos y electorales.

Lo cierto es que el Estado no es monolítico, y los actores puntuales pueden hacer la diferencia, tanto para frenar como para impulsar. Si hasta ahora las mayorías en el Congreso han sido reacias, la historia es diferente en otras instancias. El gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018) fue una época de relativa apertura por parte del Ejecutivo a los derechos LGBTI. Por ejemplo, la presidencia incluyó la política pública sobre población LGBTI en el Plan Nacional de Desarrollo de su segundo periodo. De otro lado, el esfuerzo conjunto del DANE y el Ministerio de Salud en 2015 para atender el fallo de la Corte, modificando el certificado de nacido vivo para permitir el registro de una tercera opción en la casilla sexo (indeterminado) se entiende mejor a la luz de la apuesta institucional del DANE. El entonces director de esta entidad implementó el enfoque diferencial e interseccional de manera transversal en la producción del sistema estadístico nacional (DANE, 2020). En ese contexto –con un DANE comprometido con la visibilización de las minorías– el llamado de la Corte cayó en tierra fértil.

Por último, nos detenemos en los factores que inciden en los efectos que observamos en el campo social. Dada la naturaleza de los efectos en el campo social (tabla 1), observar el impacto depende, como en ningún otro campo, de la existencia de organizaciones y actores de la sociedad civil trabajando para difundir y magnificar las sentencias. Recalcar la centralidad de las organizaciones de la sociedad civil para la coconstrucción del impacto de los fallos nos permite discutir una diferencia entre los dos grupos que analizamos aquí, a saber: el impacto más reducido de las sentencias sobre derechos intersex, el cual no está desvinculado de la menor densidad de las organizaciones que lo apoyan. Históricamente, las organizaciones de la sociedad civil no han priorizado en sus agendas la causa de los

derechos intersex, y las organizaciones conformadas propiamente por personas intersex no han sido muy activas o visibles en la vida pública (Alcaldía de Bogotá, 2013). Aunque en los años más recientes hay algunos indicios que sugieren que esto podría estar cambiando hacia un mayor posicionamiento de los derechos intersex en la agenda del movimiento (iniciativas en Colombia Diversa y acciones de incidencia con el gobierno, por ejemplo), todavía queda mucho camino por recorrer.

## Conclusiones

En este capítulo desarrollamos una propuesta para evaluar el impacto material de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia sobre los derechos de las poblaciones trans e intersex. Encontramos –mucho más para las sentencias de personas trans que para los de personas intersex– efectos muy significativos en los campos legal, político y social. Esto no quiere decir que los fallos se estén cumpliendo a la perfección y que la desprotección legal de las personas esté resuelta: por el contrario, sabemos –como así lo denuncian las mismas organizaciones sociales– que las barreras de acceso a los derechos son múltiples, que existe resistencia y negligencia institucional para acatar las órdenes, que hay vacíos en la implementación y que hay grupos movilizándose para socavar los derechos conquistados. Más que presentar entonces una evaluación definitiva, le apostamos a un ejercicio que hiciera énfasis en áreas que no habían sido abordadas por otros estudios hasta ahora. Este es solo un paso en lo que debe ser un esfuerzo por continuar entendiendo los avances, los retrocesos y las tareas pendientes, con atención a los efectos discursivos, las ideas, los procesos al interior de las organizaciones y las experiencias situadas de las personas trans e intersex.

Trabajamos con una conceptualización de impacto de las sentencias que es amplia y flexible, la cual nos ayuda a mapear los diversos efectos de fallos sobre temas LGBTI, pero que puede igualmente aplicarse a fallos en otras áreas temáticas. El proceso de distinguir entre los diferentes campos (social, político y legal) y los distintos tipos de cambios permite visibilizar no solo la multidimensionalidad del impacto, sino también



los efectos no previstos. En tal sentido, este trabajo construye sobre los esfuerzos de otras investigaciones acerca del impacto de los derechos socioeconómicos (Cano Blandón, 2017; Nader, 2022; Yamin y Gloppen, 2013) en América Latina, las cuales resaltan la necesidad de ir más allá de lecturas unidimensionales. Apostarle a evaluar el impacto en su complejidad tiene el beneficio agregado de ser un paso analítico que visibiliza el rol que diferentes actores, más allá de los tribunales, juegan en el proceso que se da después de la promulgación de la sentencia.

Al evaluar cuáles son los factores que parecen ser claves para explicar los diferentes niveles de impacto de las sentencias sobre derechos trans e intersex, proponemos que la presencia y movilización de actores, colectivas y organizaciones de la sociedad civil fueron decisivos. Esto refuerza los hallazgos de muchas investigaciones comparadas sobre impacto de los derechos socioeconómicos (Botero y Brinks, 2023), las cuales resaltan la importancia de la acción colectiva. Después de la promulgación de algunas de estas sentencias –e incluso desde antes a través del litigio mismo y la participación como *amicus curiae* (Jaramillo, 2024b)–, distintos activistas y actores de la sociedad civil y estatales se apropiaron de las demandas logrando amplificar sus efectos e impulsar su implementación. Así, esta movilización colectiva es clave para entender el impacto que tuvieron las sentencias y el potencial de la judicialización para lograr reformas significativas.

En este sentido, este trabajo también llama la atención sobre la importancia de otras instituciones y mecanismos, distintos al Congreso y las leyes, que pueden ser claves para la implementación de los fallos. Como mostramos antes, varios de los derechos reconocidos a las personas trans e intersex se materializaron en decretos, políticas públicas, instrucciones y circulares, antes que en leyes promulgadas por el Congreso. Aunque esta clase de “normas blandas” (*soft law*) gozan de una jerarquía menor en el ordenamiento legal, en el entramado institucional cumplen una función esencial en la medida en que son las que definen los procedimientos y requisitos que, en últimas, permiten tanto a los funcionarios como a las personas poner en práctica un derecho. Así, pese a que la literatura sobre el impacto de los derechos LGBTI hasta ahora le ha prestado

más atención a lo que sucede con las decisiones judiciales en el Congreso, nuestra investigación complementa trabajos como los de López (2021) sugiriendo que en el futuro es necesario bajar la mirada a niveles subnacionales y hacia otras instituciones gubernamentales y estatales.

## Referencias

Albarracín, M. (2011). Corte constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, 8(14), 7-33.

Albarracín, M. y Lemaitre, J. (2018). The crusade against same-sex marriage in Colombia. *Religion and Gender*, 8(1), 32-49. <https://doi.org/10.18352/rg.10247>

Albisa, C. y Shanor, A. (2017). United States: Education rights and the parameters of the possible. En M. Langford, C. Rodríguez y J. Rossi (Eds.), *Social rights judgments and the politics of compliance. Making it stick* (pp. 255-287). Cambridge University Press.

Alcaldía de Bogotá (2013). *Diagnóstico de situación de personas intersexuales en Bogotá*.

Alcaldía de Manizales y Universidad de Caldas (2017). *Lineamientos generales de la política pública para el ejercicio de la ciudadanía plena y la garantía de los derechos de los sectores poblacionales LGBTI Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgénero e Intersexuales del municipio de Manizales*.

Astraea Lesbian Foundation for Justice (2016). *We are real: The growing movement advancing the human rights of intersex people*. ALFJ.

Ayllu familias transmasculinas, Red Distrital de Hombres Trans y Dejusticia (2021). *Hombres trans y libreta militar en Colombia*. Dejusticia.

Botero, S. (2023). *Courts that matter: Activists, judges and the politics of rights enforcement*. Cambridge University Press.

Botero, S. y Brinks, D. M. (2023). The politics of judicial impact in social and economic rights cases. En Y. Katharine y M. Langford (Eds.), *The Oxford handbook of socio-economic rights*. Oxford University Press.



Brújula Intersexual. (2019, enero 14). Victorias pequeñas. En Colombia le preguntamos al MinSalud sobre población intersex, y esto nos respondió. *Brújula Intersexual*.

Cano Blandón, L. F. (2017). *Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia* (Tesis de doctorado). Universidad de los Andes.

Colombia Diversa, Fundación GAAT y Diversas Incorrectas. (2019). *Informe Sombra para el Comité de la Cedaw. Situación de mujeres lesbianas, bisexuales y trans en Colombia 2013-2018*.

Corrales, J. (2021). *The Politics of LGBTQ Rights Expansion in Latin America and the Caribbean*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108993609>

Dejusticia. (2016, marzo 2). Dejusticia interviene en defensa del Decreto 1227 de 2015 (Decreto Trans). *Dejusticia*.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2020). *Guía para la inclusión del enfoque diferencial e interseccional*. DANE.

Dugard, J. (2022). Water rights struggles in Johannesburg and Detroit revisited. Looking beyond courts at the politics and power of rights-based legal mobilization in a neoliberal global order: A 'powerpack' analysis. *Journal of Human Rights Practice*, 15, 46-65. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huac011>

El Tiempo. (2016, agosto 30). Identidades transformadas. *El Tiempo*.

Encarnación, O. G. (2016). *Out in the periphery: Latin America's gay rights revolution*. Oxford University Press.

Fuchs, M.-C. y Hennig Leal, M. C. (Eds.) (2022). *Activismo judicial: cómo deciden los tribunales constitucionales de América Latina. Un análisis a partir del matrimonio igualitario*. KAS, Temis.

GAAT. (2021). *Trans identifiquémonos. Informe sobre barreras socioculturales e institucionales de personas Trans en Bogotá, Medellín y Barranquilla: el derecho a la identidad como base fundamental de acceso a los derechos de las personas Trans en Colombia*. Fundación GAAT.

Gauri, V. y Brinks, D. M. (Eds.) (2008). *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press.

Gobernación de Nariño y Caribe Afirmativo (2015). *Política pública en diversidad sexual y de género en el departamento de Nariño*.

González Vélez, A. C. y Jaramillo Sierra, I. C. (2021). *La batalla por el derecho al aborto. El caso de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

Gurudev, S. (2016, abril 11). El detrás de cámaras del decreto del cambio de sexo en Colombia. *Sentiido*. <https://sentiido.com/el-detras-de-camaras-del-decreto-del-cambio-de-sexo-en-colombia/>

ILGA Mundo. (2020). *Informe de Mapeo Legal Trans 2019: Reconocimiento ante la ley*. ILGA Mundo.

Jaramillo, I. C. (2021). The story of the recognition of sexual identity as a source of harm in Colombian constitutional law. En I. C. Jaramillo y L. Carlson (Eds.), *Trans Rights and Wrongs* (pp. 437-450). Springer International Publishing.

Jaramillo, J. (2024a). La movilización legal desde arriba: la Corte Constitucional de Colombia y la participación de *amicus curiae* en el litigio por los derechos LGBT. *Oñati Socio-Legal Series*, 14(3), 759-785. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.2002>.

Jaramillo, J. (2024b). La Corte Constitucional de Colombia y el reconocimiento legal de la identidad de género: redes de movilización legal e impacto judicial. *Revista Derecho del Estado*, 60.

Lehoucq, E. (2021). Legal threats and the emergence of legal mobilization: Conservative mobilization in Colombia. *Law & Social Inquiry*, 46(2), 299-330. <https://doi.org/10.1017/lsi.2020.28>

Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Lemaitre, J. (2012). By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas. *International Journal of Constitutional Law*, 10(2), 493-511. <https://doi.org/10.1093/icon/mor060>

López, J. A. (2021). Activismo conservador y respuestas de la movilización por los derechos LGBT en México a nivel



subnacional. *Revista de Estudios Sociales*, 77, 93-110. <https://doi.org/10.7440/res77.2021.06>

López Sánchez, E. (2021). Las cortes supremas y los derechos LGBT en América Latina. *Revista de Estudios Políticos*, 194, 157-188. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.194.06>

Losada, C. (2020). *(Des)militarización y (des)ocultamiento de las subjetividades transmasculinas. La libreta militar en el contexto del servicio militar en Colombia* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar.

Malagón, L. (2015). Movimiento LGBT y contra movimiento religioso en Colombia. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2(1), 162-184.

Ministerio del Interior y Universidad de los Andes (2018). *Recomendaciones para la garantía del derecho a la salud de las personas trans: un primer paso hacia la construcción de lineamientos diferenciales para la atención humanizada de personas trans en Colombia*.

Naciones Unidas–Consejo de Derechos Humanos (2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. ONU.

Nader, E. (2022). *Constitución, justicia ambiental y derechos. El Caso Cuenca Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina y su efecto irradiador para otras cuencas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

OutRight International, Aquellarre Trans y Universidad de los Andes. (2016). *Cartografía de derechos trans en Colombia*.

Pierceson, J., Piatti-Crocker, A. y Schulenberg, S. (Eds.) (2013). *Same-sex marriage in Latin America: Promise and resistance*. Lexington Books.

Rocha, C., Ruiz, Y. y Salamanca, J. (2022). *El Estado no me cuida, me cuidan mis amigas. Prácticas de cuidado que han creado las personas trans ante la ausencia estatal*. Liga de Salud Trans.

Rodríguez, M. L. (2021). El caso Sergio Urrego y las resistencias homofóbicas como pretexto populista de la derecha. En M. L. Rodríguez, D. R. Jiménez y F. A. León (Eds.), *Altas cortes y transformación social. (Des)obediencia a las órdenes judiciales. ¿Qué pasa después de la decisión judicial?* Universidad Nacional de Colombia.

Rodríguez Garavito, C., Albarracín, M., Soto, C., Camacho, A. y Méndez, A. M. (2011). *¿Sentencias de papel? Efectos y*



obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Universidad de los Andes.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Dejusticia.

Rosenberg, G. N. (2008). *The hollow hope. Can courts bring about social change?* (2.<sup>da</sup> ed.). The University of Chicago Press.

Saldivia, L. (2021). Argentina, trans persons and the development of a human rights discourse. En I. C. Jaramillo y L. Carlson (Eds.), *Trans rights and wrongs* (pp. 335-363). Springer International Publishing.

Sánchez Tamayo, R. (2021). *Movilización trans-nacional: el camino de las organizaciones de personas transgeneristas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito regional latinoamericano y doméstico colombiano* (Tesis de doctorado). Universidad de los Andes.

Sarmiento, J. P. (2009). Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación. *Revista de Derecho*, 32, 57-96.

Tamayo Nieto, R. (2021). *Recrear el sexo. Construcción discursiva del sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (1993-2019)* (Tesis de doctorado). Universidad del Rosario.

Temblores ONG. (2021). *Sin curas ni remedios. Diagnóstico sobre las barreras de acceso a la salud para sexualidades y géneros disidentes*.

Unión Transmasculina Andina. (2022). *Los hombres no lloran. Prejuicios sobre las identidades Trans-masculinas en la Región Andina*.

Vaggione, J. M. (2020). The conservative uses of law: The catholic mobilization against gender ideology. *Social Compass*, 67(2), 252-266. <https://doi.org/10.1177/0037768620907561>

Wilson, B. y Gianella, C. (2019). Overcoming the limits of legal opportunity structures: LGBT rights' divergent paths in Costa Rica and Colombia. *Latin American Politics & Society*, 61(2), 138-163.

Yamin, A. E. y Gloppen, S. (Eds.) (2013). *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo Veintiuno Editores.



# **Judicialización del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Un análisis de su impacto**

*Catalina Marino*<sup>1</sup>

---

1 Coordinadora del Programa Derecho a la Ciudad, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Argentina.

Desde finales de los años ochenta, los procedimientos judiciales se han constituido en un instrumento cotidiano de participación y movilización ciudadana (Domingo, 2009). Sin embargo, la intervención judicial en la arena política no ha estado exenta de controversias. Más allá del debate normativo sobre la legitimidad de los tribunales para intervenir en materia de políticas públicas, el temor al sesgo elitista de las decisiones judiciales ha habilitado una discusión fuerte sobre los efectos de esta intervención.

En la literatura sobre el impacto de la judicialización suelen hallarse dos ejes centrales de análisis. En primer lugar, se encuentran los mecanismos que regulan *el acceso a los tribunales*. Al respecto, se ha argumentado que existen barreras económicas y procedimentales que dificultan el acceso a la justicia de los sectores populares, y que se confieren ventajas comparativas a los sectores con experiencia acumulada en el litigio (Cappeletti y Garth, 1978; Galanter, 1974). Indudablemente, cuando los costos asociados a la judicialización son altos, y el universo de potenciales litigantes es heterogéneo en términos de acceso a recursos, los beneficiados serán aquellos que cuenten con más ingresos o experiencia, o, alternativamente, quienes logren organizarse para afrontar los costos de manera colectiva.

Ante estos desafíos, la literatura coincide en que el rol de las “estructuras de apoyo” (Epp, 1998, p. 3) es fundamental. Sistemas de defensa pública gratuita, activistas y organizaciones de derechos humanos (Sarat y Scheingold, 1998; Scheingold, 2004; Smulovitz, 2008, 2010), y exenciones a los requisitos de representación legal (Hogerzeil *et al.*, 2006) habilitan para que litigantes

con menos recursos económicos u organizativos mejoren sus perspectivas de éxito y accedan a los tribunales en condiciones de mayor igualdad. Sin estas estructuras, el proceso judicial puede perpetuar desigualdades sociales iniciales, en beneficio de una élite económica o de los grupos más organizados.

Por otro lado, la literatura sobre impacto se ha focalizado en el tipo de soluciones que se exigen judicialmente. En particular, existen dos argumentos fuertes respecto a los potenciales efectos distorsión de las sentencias que garantizan derechos individuales. El primero expone que si la judicialización se convierte en una precondition para el ejercicio de los derechos individuales, sin propiciar efectos colectivos o de políticas públicas, se corre el riesgo de distorsionar el sistema, y acentuar las desigualdades entre quienes acceden a los tribunales y quienes no (Abramovich, 2009; Bergallo, 2011a, 2011b; Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, 2015). El segundo, alerta sobre los efectos regresivos que la judicialización de casos individuales puede tener sobre la asignación del presupuesto estatal (Brinks y Gauri, 2014; Gauri y Brinks, 2008). Basados generalmente en casos de derecho a la salud, diversos estudios muestran que las sentencias que prevén prestaciones individuales pueden esconder una redistribución de recursos públicos hacia sectores de mayores ingresos, al financiarse a través de los presupuestos previstos para programas de salud integral (Ferraz, 2011a, 2011b; Mæstad *et al.*, 2011).

Sin desconocer la importancia de enfocarse en estos dos ejes, este artículo sostiene que para evaluar el impacto de la judicialización es necesario contemplar también las *características intrínsecas del derecho reclamado*, especialmente en torno al universo de personas afectadas por su vulneración. El argumento central de esta investigación es que la potencial regresividad o progresividad de las decisiones judiciales no está dada únicamente por los mecanismos de acceso a la justicia, ni el tipo de soluciones que se dictaminan, sino también por las características de los potenciales beneficiarios del litigio. Esta dimensión, que la literatura no ha estudiado de manera explícita, se vuelve fundamental, por ejemplo, en el caso del derecho a la vivienda.

La intervención judicial en cuestiones habitacionales presenta una característica sustancialmente distinta a la de otros tipos de derechos: la violación del derecho a la vivienda afecta a un colectivo esencialmente homogéneo en términos de recursos económicos. Esto tiene dos implicancias respecto de los ejes tradicionales de la literatura. En primer lugar, es esperable que el universo de potenciales litigantes cuente con recursos similares para lidiar con las barreras de acceso a la justicia, al menos en términos económicos. Por otro lado, la relativa homogeneidad de litigantes genera que incluso las sentencias que otorgan beneficios individuales no puedan favorecer a una élite, ni profundizar grandes brechas económicas preexistentes. A diferencia de las discusiones habituales, cualquier redistribución de recursos producto de la decisión judicial se hará entre un universo de personas con altos niveles de vulnerabilidad económica, que minimiza los riesgos de que la intervención genere un sesgo regresivo.

La configuración particular de este derecho lleva a preguntarse, entonces, si sus características afectan la forma y las consecuencias de la judicialización. A fin de responder estos interrogantes, este artículo examina el fenómeno del litigio del derecho a la vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en el periodo 2008-2016. El objetivo es entender qué factores hacen que la judicialización sea más “exitosa”, con qué criterios se redistribuyen los recursos presupuestarios, y si la vía judicial constituye, finalmente, una alternativa eficaz para garantizar el derecho a la vivienda.

El capítulo se estructura de la siguiente forma. En la primera sección se presentan el diseño y los métodos de la investigación. La segunda sección explora el contexto habitacional de la CABA, y los antecedentes judiciales en materia de vivienda. La tercera sección presenta los hallazgos sobre las características de la judicialización, las variables que determinan el éxito del proceso, y las repercusiones para el universo de litigantes. Finalmente, se discuten las implicancias estratégicas que este caso tiene para la literatura sobre el impacto de la judicialización, y se presentan interrogantes para investigaciones futuras.

## Algunas notas metodológicas

### ¿Por qué y cómo estudiar la judicialización del derecho a la vivienda en la CABA?

El estudio de caso que esta investigación propone es novedoso por tres razones fundamentales. Primero, porque la naturaleza de la vulneración del derecho a la vivienda cambia algunas condiciones típicamente presentes en las discusiones sobre el impacto de la judicialización. Como se dijo, al afectar a una población homogénea en relación con sus ingresos, el potencial regresivo de las decisiones judiciales en materia habitacional se restringe fuertemente.

Segundo, porque el caso de estudio presenta una fuerte “estructura de apoyo” que facilita el acceso a la justicia para sectores populares de manera *individual*. Además de alojar diversas organizaciones de derechos humanos, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con una estructura judicial de defensa pública gratuita, con oficinas de atención descentralizadas, incluso al interior de las villas y los asentamientos (MPD, 2022). Esta característica institucional permite que sujetos atomizados y sin ningún tipo de organización previa vehiculicen su reclamo de manera independiente ante los tribunales. A través de sus oficinas de atención al público, las defensorías oficiales permiten que las consultas se gestionen como litigios individuales, disminuyendo la necesidad de los litigantes de organizarse colectivamente con otras personas en su misma situación para iniciar una acción. En términos de Galanter (1974), la existencia de esta estructura de apoyo convierte a la judicialización sobre derecho a la vivienda en un enfrentamiento entre dos tipos de “litigantes frecuentes” (p. 97): las defensorías oficiales (en representación de los afectados) y la Procuración del Estado local.

Finalmente, este artículo adopta una metodología de investigación que se destaca por su análisis empírico a gran escala. Con escasas excepciones (Arcidiácono y Gamallo, 2014), los estudios sobre la judicialización del derecho a la vivienda en la CABA han privilegiado los análisis cualitativos o de caso, centrados habitualmente en la dimensión colectiva del litigio (Bercovich y Maurino, 2013). Por el contrario, este artículo propone un

análisis cuantitativo, a través de métodos estadísticos, que habilita una reflexión diferente en la evaluación del impacto de las decisiones judiciales.

El caso de estudio se caracteriza, entonces, por 1) analizar la violación de un derecho que afecta principalmente a sectores de escasos recursos económicos, en un contexto donde 2) existen fuertes “estructuras de apoyo” que facilitan el impulso de litigios individuales. Este escenario inusual da lugar a nuevos interrogantes respecto a las dinámicas y los efectos de la judicialización. Por ejemplo, ¿qué condiciones vuelven a los tribunales más receptivos ante los reclamos? ¿Con qué criterios se distribuyen los recursos presupuestarios?

La hipótesis que guía este análisis es que, bajo esta configuración novedosa, los beneficiarios de las decisiones judiciales serán aquellos que presenten mayores vulneraciones de derechos, y no necesariamente los litigantes más organizados. Esto es, se argumenta que *la probabilidad de éxito de las acciones judiciales será mayor cuanto mayor sea la vulnerabilidad de los litigantes*. Un corolario de este supuesto es que se presume que las decisiones judiciales no profundizan las brechas económicas preexistentes, y, por tanto, logran neutralizar los efectos de distorsión y regresivos asociados a la judicialización por la provisión de bienes individuales.

Para testear esta hipótesis se generó una base de datos compuesta por 1778 sentencias sobre derecho a la vivienda, correspondientes a 751 causas judiciales iniciadas entre los años 2008 y 2016 en el Poder Judicial de la CABA.<sup>2</sup> La recolección de información fue realizada a través de métodos de *data scraping*,

---

2 La multiplicidad de sentencias de cada causa responde al recorrido de apelaciones que suceden en los tres niveles del Poder Judicial. En un procedimiento ordinario dentro del fuero CAYT, las demandas iniciadas son asignadas por sorteo entre los 24 juzgados de primera instancia, y eventualmente pueden ser elevadas ante la Cámara de Apelaciones –con asignación aleatoria entre las tres Salas–, y el Tribunal Superior de Justicia. Excepcionalmente, las apelaciones pueden alcanzar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque estas decisiones no fueron incluidas en la base. El análisis se realizó sobre todas las sentencias relativas a las acciones de amparo, en todos los niveles, excepto en el caso de los juzgados de primera instancia en los que también se analizaron los fallos relativos a medidas cautelares.

que permitieron obtener 5136 expedientes electrónicos alojados en la página web del fuero Contencioso Administrativo y Tributario (CAYT) de la ciudad. La selección incluyó todos los expedientes que cumplieran dos condiciones: 1) que fueran “acciones de amparo” y 2) que emplearan el término “vivienda”. Sobre esta base se realizó una muestra aleatoria de 751 expedientes, descartando aquellos que por errores del método de recolección o por falta de información no pudiesen ser analizados.

### Definiciones y operacionalización del impacto

Uno de los principales desafíos del análisis de la judicialización se refiere a la construcción de un sistema de indicadores que permita efectivamente medir su impacto. La literatura ha argumentado que, más allá de los remedios ordenados por las sentencias, la evaluación de efectos debe considerar los procesos de movilización legal, las respuestas políticas, burocráticas o privadas, el grado de implementación y seguimiento de las sentencias, e incluso los cambios en las percepciones respecto del problema legal (Botero *et al.*, 2022; Brinks y Gauri, 2012; Gauri y Brinks, 2008; Langford *et al.*, 2017; Mæstad *et al.*, 2011; Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, 2015; Yamin y Gloppen, 2011).

Sin embargo, por limitaciones temporales y de recursos, este artículo explora únicamente los efectos *directos* que se establecen de manera explícita en las sentencias judiciales. Esta conceptualización restrictiva deja afuera multiplicidad de aristas que podrían estimar efectos indirectos, y sus proyecciones en el corto, mediano y largo plazo.

A los fines de esta investigación y del análisis cuantitativo propuesto, entonces, se entiende a la acción judicial como “exitosa” cuando el recurso (amparo o medida cautelar) es concedido por el juzgado o tribunal correspondiente. Esta operacionalización dicotómica de la variable independiente presenta una ventaja práctica. Sin embargo, es cierto que una conceptualización más compleja de la noción de éxito podría registrar distintos valores, dependiendo de qué solución se ordene. Indudablemente, proveer un subsidio monetario no garantiza el derecho de la misma manera que el acceso a una vivienda definitiva. Sin embargo, para poder medir de manera



efectiva el grado de éxito de la judicialización sería necesario poder evaluar los niveles de implementación de cada tipo de sentencia. Si los tribunales pudieran otorgar de manera inmediata un subsidio habitacional, pero no tuvieran las herramientas administrativas o presupuestarias para gestionar la efectiva provisión de una vivienda, difícilmente podría argumentarse que el segundo tipo de remedios constituye una respuesta más “exitosa” que la primera. Para una primera aproximación al fenómeno, entonces, la variable dependiente definida como el “éxito de la acción judicial”, operacionalizada de manera dicotómica, parece ser la alternativa más acertada.

En pos de evaluar la hipótesis central de investigación, y entender si los tribunales tienden a favorecer a quienes acreditan mayores vulneraciones de derechos o estén expuestos a mayor necesidad, los modelos estadísticos utilizados incorporan cinco variables independientes. Tomando de base la Ley 4.036 de la CABA, que identifica a grupos prioritarios objeto de protección judicial, el análisis registra (de manera dicotómica) si el grupo familiar de quien inicia el litigio está compuesto por: 1) adultos mayores de 60 años, 2) niños, niñas y adolescentes, o 3) personas con discapacidad. Por fuera de la ley, los modelos también registran si al momento del inicio de la demanda se reportaron 4) padecimientos de salud graves, o 5) situaciones de violencia de género. Finalmente, se operacionalizan otras tres variables independientes de control relativas a 6) la nacionalidad de los litigantes, 7) el año de la sentencia y 8) el tribunal emisor del fallo.

### **El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires: contexto, políticas públicas y jurisprudencia**

El déficit habitacional en la CABA ha tenido un aumento pronunciado en las últimas décadas. En el año 2008, la población de la ciudad que habitaba en villas y asentamientos era del 4,5%, pero para 2017 ya alcanzaba el 7,6% (GCBA, 2021). Según relevamientos de organizaciones sociales, al menos 4000 personas se encontraban en situación de calle efectiva en 2017 (Giambartolomei, 2017), y más de 7000 en 2019 (ACIJ, 2022).

Sin embargo, durante el periodo 2008-2017, los programas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) destinados a la provisión de soluciones habitacionales definitivas estuvieron fuertemente desfinanciados (ACIJ, 2016).<sup>3</sup> En estos años, las mayores partidas presupuestarias en materia de vivienda fueron asignadas a programas de emergencia, centrados en la asistencia a personas en situación de calle (ACIJ, 2014). De ellos se destacan dos: los paradores nocturnos y los subsidios habitacionales. El primero provee un servicio de alojamiento nocturno transitorio,<sup>4</sup> que en 2017 contaba con 1600 plazas. El segundo contempla una transferencia monetaria mensual, que debe ser utilizada para el pago de un alquiler con fines habitacionales (Decreto 690/06). A partir de distintas modificaciones que restringieron su acceso, durante 2009-2017 el programa de subsidios tenía una vigencia máxima de doce meses, y no podía ser renovado por medios administrativos corrientes.<sup>5</sup>

Pese a estas limitaciones, los subsidios habitacionales representan la mayor prestación que ofrece el GCBA. Según datos de la Dirección General de Atención Inmediata, a fines de 2014 el programa contaba con 8.401 beneficiarios. De ellos, la mitad seguía percibiendo su subsidio de manera extraordinaria, a través de una acción de amparo. La magnitud de esta cifra evidencia la evolución de la judicialización en la ciudad.

Iniciada con fuerza en los años 2000, la judicialización del derecho a la vivienda en la CABA ha adoptado dos grandes formatos. Una primera corriente se caracterizó por promover “litigios estratégicos” colectivos que discutían la judiciabilidad

---

3 Esta tendencia fue revertida a partir del año 2016, cuando el nuevo gobierno local inició proyectos de integración sociourbana en cuatro barrios que contemplan la provisión de viviendas e infraestructura (Almansi *et al.*, 2020; Telam, 2016).

4 Aunque el servicio de paradores se considera la prestación mínima de “abrigo” que el Estado tiene la obligación de garantizar, la Ley 3706, sancionada en 2010, estipula que la asignación de una plaza en estos dispositivos no constituye una respuesta habitacional válida y considera a sus usuarios como personas en situación de calle.

5 En diciembre de 2016, el programa contemplaba la asignación de un máximo de cuatro mil pesos (aprox. 240 USD). En julio de 2022 el Decreto 248/22 aumentó el monto máximo a 20.313 pesos (entre 70-120 USD, según cotización de 2022).

de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través de las demandas por provisión de servicios públicos en barrios populares (Bercovich y Maurino, 2013; Delamata, 2016; Delamata *et al.*, 2014). Aunque exitosas en lograr el reconocimiento de las responsabilidades gubernamentales, la complejidad de estas causas vuelve su jurisprudencia poco replicable a otros casos.

Una segunda vertiente, cuantitativamente más significativa, corresponde a la judicialización de casos habitacionales individuales. Esta estrategia cobró fuerte relevancia a partir del año 2001, cuando familias en situación de calle, con el patrocinio de la Defensa Pública, comenzaron a promover acciones de amparo independientes para acceder a los subsidios habitacionales. En líneas generales, este tipo de litigios buscaba incluir a nuevas familias en el programa, ampliar los montos mensuales percibidos para acercarlos a los valores del mercado, o extender su vigencia temporal más allá de los diez o doce meses previstos por la regulación. El éxito de los planteos judiciales ratificó la responsabilidad gubernamental en la materia, y convirtió a la judicialización en una estrategia de reclamo social efectiva, que incentivó su crecimiento (Arcidiácono y Gamallo, 2014). Sin embargo, la masividad en las actuaciones individuales abrió diversos frentes de discusión respecto de la exigibilidad del derecho a la vivienda y el rol de los tribunales en la definición de las políticas públicas.

Aunque la doctrina había sido ampliamente receptiva a los planteos judiciales a comienzos del milenio, entre 2010 y 2014, dos fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (TSJ), y uno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)<sup>6</sup>

---

6 En el caso Alba Quintana del año 2010, el TSJ alegó que el derecho a la vivienda exige únicamente que el Estado garantice el piso mínimo de “abrigo”, que podía ser cubierto a través del programa de hogares y paradores. El fallo alegaba que el rol de la justicia no era el de otorgar subsidios habitacionales, sino asegurar que su asignación respetase criterios de prioridad, dentro del potencial grupo de destinatarios. Estos estándares fueron parcialmente modificados por la CSJN en el fallo Quisberth Castro en 2012, que introdujo consideraciones especiales para la situación de una mujer en situación de calle con un hijo con discapacidad. La CSJN revocó parcialmente lo decidido por el TSJ, que le había negado a la mujer la extensión del subsidio, y ordenó al GCBA mantener su pago, con montos acordes a los valores de mercado hasta tanto se pudiese

redefinieron los criterios de responsabilidad estatal en materia del derecho a la vivienda (DGN, 2014; Faerman, 2013). La nueva jurisprudencia quedó plasmada en la sentencia del TSJ en el caso K.M.P., que contemplaba distintas soluciones habitacionales de acuerdo con las características de los litigantes, en línea con la Ley 4.036/11.<sup>7</sup> Primero, el tribunal estableció que en el caso de personas con discapacidad o adultos mayores de 60 años, el Estado estaba obligado a proveer un alojamiento permanente, que de ninguna forma podría hacerse a través del sistema de paradores y hogares transitorios. Segundo, la sentencia ratificó que las familias con niños, niñas y adolescentes a cargo tenían prioridad en el acceso a los subsidios habitacionales, pero no cuestionó la constitucionalidad de los límites temporales y monetarios de dicho programa. El fallo delegó en las familias la responsabilidad de procurarse un alquiler acorde a sus necesidades, dentro de los presupuestos contemplados por la regulación, aun cuando estos no fueran suficientes en relación con los valores de mercado. Finalmente, la sentencia confirmó que las personas adultas, sin graves problemas de salud, ni familia a cargo, no podían ser consideradas prioritarias en el acceso a las políticas sociales y, por tanto, solo tendrían garantizada la protección mínima de su derecho a la vivienda a través del programa de paradores nocturnos.

El Ministerio Público de la Defensa de la CABA (MPD) ha argumentado que los criterios establecidos en K.M.P., además de ignorar las situaciones históricas de exclusión que sufren las personas en situación de calle, y sus escasas posibilidades de acceso al empleo, disminuyen notoriamente la capacidad de protección judicial (MPD, 2017a). Sin embargo, según datos oficiales de la misma institución, incluso ante este panorama

---

garantizar una solución de vivienda definitiva. De acuerdo con este fallo, las transferencias monetarias no constituían una respuesta gubernamental adecuada en tanto no implicaban una solución permanente (Faerman, 2013). En el *Fallo K.M.P.* de 2014, el TSJ recuperó las modificaciones establecidas por la CSJN, y las volcó en nuevos estándares diferenciados según el tipo de litigante.

7 La Ley 4.036/11, sancionada en el año 2011, definió que en la asignación de prestaciones sociales, las mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad son los destinatarios prioritarios.

desalentador, las consultas relativas a las cuestiones de vivienda siguieron siendo más de la mitad del total de consultas registradas en todo el periodo 2014-2016. Entre abril de 2014 y abril de 2017 el MPD registró 5.956 reclamos relativos a la incorporación, renovación o aumento de los subsidios habitacionales, de los cuales más de la mitad (3.156) fueron elevados a las defensorías oficiales para dar inicio a acciones de amparo (MPD, 2017b). Con este contexto, la próxima sección se propone evaluar estos argumentos de manera empírica.

## **La judicialización del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires (2008-2016)**

A fin de evaluar el impacto de la judicialización por el derecho a la vivienda, describiré primero las características de los litigantes y el tipo de demandas que interponen a la hora de judicializar sus reclamos. A continuación, presentaré los resultados de las acciones judiciales, a partir de análisis estadísticos y cualitativos.

### **Actores, vulneraciones, organización y procedimientos**

#### ***¿Quiénes litigan y para qué?***

¿Quiénes inician causas judiciales para exigir el cumplimiento de su derecho a la vivienda? Las características del universo de litigantes y sus principales requerimientos son fácilmente extraíbles del texto de las sentencias, que repasa las historias de vida de los afectados a modo de introducción al caso. El análisis de estos datos respalda la premisa principal de la investigación: la judicialización es impulsada por personas de bajos recursos económicos expuestas a diversas vulneraciones de derechos. En el 98,3% de los casos, las causas fueron iniciadas por personas en situación de calle efectiva o inminente (727 casos) o habitantes de villas o asentamientos informales (11 casos). Solo el 1,7% de las causas (13 casos) parecieran escapar a este universo, por corresponder a litigantes que buscan ser incluidos en programas de créditos. Aun así, todos los que litigan argumentan requerir de la ayuda estatal para acceder a una vivienda, sea definitiva o de emergencia.



Las condiciones de vida de los litigantes se ven directamente reflejadas en los tipos de remedios que exigen. El 96,6% de los amparos analizados (729) corresponden a pedidos de familias en situación de calle para acceder o renovar los subsidios habitacionales transitorios; el 1% (8 casos) requiere la entrega de materiales para la refacción de viviendas ubicadas en villas o asentamientos; y un caso colectivo exige el desarrollo de un programa de integración sociourbana en la Villa 20. Completan el abanico de reclamos 13 causas (1,7%), que solicitan la inclusión de los litigantes en programas de crédito o construcción de viviendas sociales ofrecidos por el Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC).

Las características de los litigantes y las soluciones exigidas ante la justicia son ilustrativas de dos fenómenos. En primer lugar, el análisis sugiere que la mayor parte de los litigantes considera a los subsidios habitacionales como la única respuesta de política pública en materia de déficit habitacional. Aun cuando los planteos de fondo exigen una solución definitiva, la extensión del subsidio habitacional se solicita de manera preventiva y constante en más del 85% de las causas durante todo el periodo analizado. Por otro lado, las características de los litigantes confirman la principal intuición de la investigación: dado que las causas son iniciadas por sectores de bajos recursos económicos, la potencial redistribución presupuestaria producto de la intervención judicial no corre el riesgo de ser regresiva. Incluso, aunque las decisiones judiciales fueren una asignación de fondos públicos hacia litigantes individuales, esta decisión se distribuye dentro del segmento de personas vulnerables.

### *¿Qué vulneraciones sufren los litigantes?*

Habiendo confirmado que los litigantes presentan características similares en materia de ingreso y vivienda, resta preguntarse, entonces, qué aspectos pueden volver a algunos de ellos sujetos más prioritarios para el acceso a la protección judicial. Siguiendo la jurisprudencia y la legislación, la investigación distingue distintas variables potencialmente relevantes.

Los datos reflejan que en la mitad de los casos se reporta alguna afección de salud (368 casos), y en 38,3% de las situaciones (277 casos) algún integrante del grupo familiar presenta una

discapacidad. Asimismo, un 56,8% (417) de los grupos familiares afectados incluye a niños, niñas o adolescentes, y un 8% (54) a adultos mayores. Aunque la perspectiva de género no está muy explicitada en los planteos judiciales, en el 23,7% de las causas iniciadas por mujeres se registran denuncias por violencia de género (96 casos de 405).

Por otro lado, puede observarse una fuerte sobrerrepresentación de mujeres en tareas de cuidado: el 43% de los amparos (323 casos) fueron iniciados por mujeres adultas con menores a cargo, mientras que solo un 3,7% (28 casos) corresponde a hombres adultos en dicha situación. Por el contrario, de las 284 causas iniciadas por personas solas, sin grupo familiar a cargo, el 70% corresponde a varones, y solo el 30% a mujeres.

### *Estructuras de apoyo y organización de los litigantes*

Respecto al rol de las estructuras de apoyo, el análisis de la muestra señala que las instituciones de defensa pública juegan un papel fundamental en el acceso a los tribunales. En el 97% de los casos, las acciones de amparo fueron iniciadas por funcionarios del Ministerio Público de la Defensa o el Ministerio Público Tutelar, instituciones que agrupan a los defensores oficiales del estado local. Solo el 2% de los amparos (15 casos) fueron iniciados por abogados no agrupados en un esquema de patrocinio jurídico gratuito formal. Los casos restantes (1%) contaron con el respaldo de otras instituciones que brindan asistencia legal gratuita como la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires u organizaciones de la sociedad civil.

Los datos sugieren que la extensa red de defensorías públicas gratuitas es fundamental a la hora de impulsar los reclamos en materia de vivienda. Sin embargo, es posible que este acceso al patrocinio especializado habilite también a que los planteos judiciales sean en su mayoría de índole individual. Como se mencionó, las defensorías no exigen a los consultantes una organización previa, ni buscan activamente agrupar los casos –similares en cuanto a sus vulneraciones– en una demanda colectiva y estructural. Esto se refleja de manera clara en los datos: el 98,2% de los amparos tiene como objeto el otorgamiento de una solución específica y concreta para el litigante –en su

mayoría, la extensión del subsidio habitacional—. En otras palabras, la forma que adopta la judicialización no busca soluciones colectivas al problema habitacional, ni modificaciones de las políticas públicas. Por el contrario, se busca garantizar una prestación individual ya contemplada por la administración en distintos programas.

Los casos que pretenden una respuesta a mayor escala son cuantitativamente poco significativos: solo 14 causas (1,8% del total) exigen una solución para más de un grupo familiar. Sin embargo, 12 de ellas corresponden a situaciones de desalojos, donde la representación legal conjunta probablemente haya sido motivada más por la urgencia que por una organización previa. Aun así, el alcance colectivo de estos casos es limitado, dado que buscan garantizar soluciones únicamente para las familias afectadas por las órdenes de desalojo. En consecuencia, solo dos casos de la muestra total aspiran a generar una respuesta de índole colectiva por fuera de los litigantes directos: las que exigen la ejecución de un plan de viviendas –1500 destinatarios estimados– y la urbanización de la Villa 20 –con 27.000 habitantes aproximadamente– (IVC, 2016).

En línea con los planteos de Galanter (1974), los hallazgos sugieren que la existencia de defensores oficiales con experiencia y estructura institucional para llevar adelante innumerables juicios en simultáneo vuelve menos necesaria la organización colectiva de los afectados. Aun cuando la problemática habitacional en la ciudad está muy extendida, en el periodo 2008-2016 no existían organizaciones que agruparan a las personas en situación de calle. Este contexto institucional no crea incentivos para que los litigantes se organicen a fin de acceder a una representación legal menos costosa, mejor informada o más efectiva. Como consecuencia, la judicialización individual se vuelve la norma.

De esta forma, los análisis descriptivos confirman las dos intuiciones iniciales que guiaron la selección del caso de estudio. En primer lugar, los datos corroboran que quienes inician acciones judiciales relativas al derecho a la vivienda son poblaciones de bajos ingresos –especialmente personas en situación de calle o habitantes de villas y asentamientos–. En segundo lugar, se muestra que las estructuras institucionales de defensa pública y gratuita habilitan efectivamente el acceso



de estas poblaciones a los tribunales. En el caso de Buenos Aires, sin embargo, esta estructura ha fortalecido también la judicialización de casos individuales.

## El éxito de la judicialización

### *Niveles y determinantes del éxito: modelos probabilísticos*

¿En qué medida las demandas por derecho a la vivienda tienen éxito en los tribunales de Buenos Aires? Los primeros datos reflejan que la judicialización es una estrategia muy efectiva: en el 94% de los casos (1674 casos) las sentencias ordenan algún tipo de solución para los litigantes. Cabe preguntarse, entonces, qué variables impactan en este proceso.

Los modelos probabilísticos estimados confirman la hipótesis central de la investigación: la probabilidad de obtener una sentencia favorable aumenta de acuerdo con los criterios de prioridad fijados por la jurisprudencia y la legislación (tabla 1). Las regresiones evalúan cuatro variables independientes que registran dichos principios, y encuentran que la judicialización es más exitosa cuando: 1) el litigante o una persona a su cargo presenta una afección de salud o 2) una discapacidad, o cuando el grupo está integrado por 3) niños, niñas o adolescentes, o 4) personas mayores de 60 años. Estas cuatro variables presentan efectos positivos y estadísticamente significativos en la probabilidad de éxito judicial en todos los modelos estimados.

Adicionalmente, el primer modelo incorpora otras dos variables para evaluar explicaciones alternativas. Sin embargo, se encontró que haber sido víctima de violencia de género no tiene efecto adicional en las probabilidades de tener éxito en las acciones judiciales, al menos durante el periodo 2006-2017. Lo mismo ocurre con la nacionalidad del litigante: ser argentino (nativo o naturalizado) no afecta el resultado del proceso. Este resultado sugiere que los tribunales se limitan a beneficiar al subconjunto de litigantes que efectivamente se encuentra protegido por la legislación: personas con problemas de salud, discapacidad, adultos mayores y menores de edad.

Por fuera de la hipótesis central de la investigación, se analizaron los efectos de otras dos variables que reflejan las



características del sistema judicial local. En primer lugar, se registró el año en el que fue dictada la sentencia. Los resultados en los dos modelos indican que la probabilidad de éxito judicial ha disminuido con los años. En otras palabras, era más factible para un litigante obtener una sentencia positiva en 2008 que en 2015. Dado que las características de los litigantes se han mantenido constantes, el resultado pareciera corresponderse con la evolución de la jurisprudencia. Tras los fallos Alba Quintana en 2010 y K.M.P. en 2014, sentencias respetuosas de la jurisprudencia del tsj debían restringir los beneficios de los subsidios para quienes no acreditaran suficientes condiciones de vulnerabilidad (principalmente personas adultas solas, sin afecciones de salud). De esta manera, la jurisprudencia en materia de vivienda efectivamente ha vuelto a la justicia de la ciudad más restrictiva de lo que era a comienzos del periodo.

**TABLA I**  
**Modelos probabilísticos**

|                                                                              | # 1               | # 2               |
|------------------------------------------------------------------------------|-------------------|-------------------|
| Persona con discapacidad en el grupo familiar                                | 3,28**<br>(0,45)  | 3,33**<br>(0,44)  |
| Adulto mayor de 60 años en el grupo familiar                                 | 2,11**<br>(0,75)  | 1,73**<br>(0,62)  |
| Niños, niñas o adolescentes en el grupo familiar                             | 3,41**<br>(0,39)  | 3,13**<br>(0,32)  |
| Persona con problema de salud en el grupo familiar                           | 0,95**<br>(0,27)  | 1,00**<br>(0,25)  |
| Denuncia violencia de género presentada en la causa                          | 0,39<br>(0,46)    | -                 |
| Litigante argentino/a (nativo o naturalizado)                                | 0,23<br>(0,33)    | -                 |
| Instancia judicial (1. <sup>ra</sup> , 2. <sup>da</sup> o 3. <sup>ra</sup> ) | -0,31*<br>(0,13)  | -0,23<br>(0,12)   |
| Año de la sentencia                                                          | -0,20**<br>(0,80) | -0,24**<br>(0,06) |
| N                                                                            | 1373              | 1534              |
| R2                                                                           | 0,33              | 0,31              |

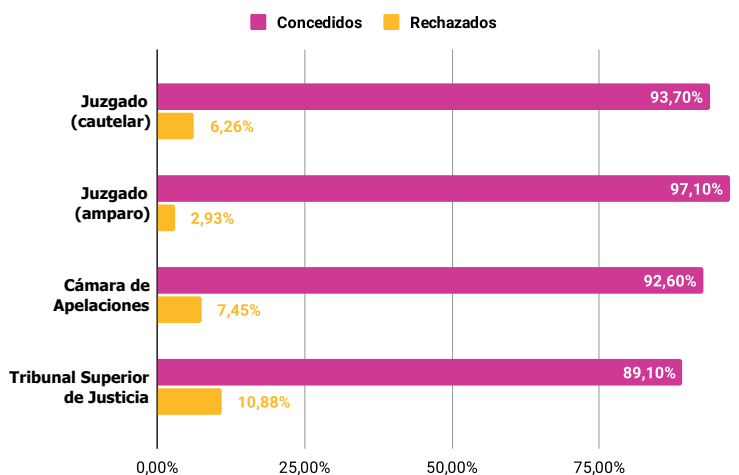
Fuente: elaboración propia.

Por otro lado, los modelos incorporan una segunda variable referida a la instancia judicial, para entender si las probabilidades de éxito son diferentes a medida que la causa avanza. Este interrogante surge de observar los porcentajes de aprobación totales, que se expresan en la figura 1. Aunque en todos los casos el porcentaje de amparos concedidos fue superior al 89%, los juzgados parecieran ser más proclives a fallar favorablemente que el tsj. Sin embargo, los datos de los modelos probabilísticos no logran confirmar esta hipótesis. El segundo modelo sugiere que los jueces de las tres instancias fallaron, en promedio, de la misma manera. La diferencia observada en la figura 1, posiblemente se explique por los fallos de las causas iniciadas al comienzo del periodo, previo al establecimiento de los nuevos criterios jurisprudenciales. En todo caso, los datos no permiten afirmar que las probabilidades de éxito judicial disminuyan a medida que se avanza en el circuito de apelación.

413

Judicialización del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Un análisis de su impacto

**FIGURA 1**  
**Recursos concedidos y rechazados según instancia judicial**



Fuente: elaboración propia.

### *Probabilidad de éxito: la vulnerabilidad como línea rectora*

Los modelos probabilísticos indican que el éxito de la judicialización aumenta según las condiciones de vulnerabilidad

y prioridad ancladas a la jurisprudencia y la legislación. El impacto de estas condiciones puede apreciarse de manera más clara si se utilizan las estimaciones de “probabilidades predichas” calculadas a partir de un modelo de regresión binomial.<sup>8</sup> Con esta herramienta se pueden estimar las probabilidades de éxito que tendrán los planteos de acuerdo con las características propias del litigante.

De acuerdo con este modelo, durante el periodo 2008-2016, una persona adulta, sin problemas de salud graves y sin menores a cargo tenía un 61% de probabilidades de obtener una sentencia favorable. Sin embargo, con litigantes mayores de 60 años las probabilidades de éxito aumentan al 89%. Si se reporta el padecimiento de una discapacidad o si el grupo familiar incluye menores de edad, las probabilidades alcanzan el 98%. En otras palabras, cuando los litigantes presentan algunas de las características que a criterio del tsj los vuelven prioritarios, el éxito de la acción de amparo pareciera encontrarse prácticamente asegurado. Aun así, las probabilidades de éxito siguen siendo altas, incluso en ausencia de estas características de vulnerabilidad adicionales.<sup>9</sup>

Un análisis cualitativo del texto de las sentencias aporta mayor evidencia en torno a este resultado. De acuerdo con la muestra, solo 46 de las 735 medidas cautelares presentadas fueron rechazadas (6,2%). Sin embargo, la totalidad de las sentencias que rechazan medidas cautelares relacionadas con subsidios habitacionales (36 casos)<sup>10</sup> lo hacen refiriéndose a los criterios de prioridad. Los argumentos que las niegan se basan

---

8 Las probabilidades predichas se estimaron de acuerdo con las variables que el tsj señaló como prioritarias a la hora de proveer soluciones habitacionales: personas con discapacidad, adultos mayores y menores a cargo. El resto de las variables fueron utilizadas en sus valores “promedio”, dado que no eran relevantes según la jurisprudencia.

9 Las diferencias de probabilidades de acceder a una sentencia favorable entre las situaciones no prioritarias (adulto, sin problemas de discapacidad y sin menores a cargo) y las prioritarias (que presentan alguna de las características de vulnerabilidad) es estadísticamente significativa al 95%.

10 Los 10 casos restantes se refieren a medidas cautelares interpuestas en causas de desalojo (8 casos) y solicitudes de acceso a una vivienda social (2 casos), en los que el juzgado consideró que

en que las características propias de los litigantes los vuelven menos prioritarios que otras personas en situaciones similares. En todos los casos, este grupo está compuesto por personas adultas, que no tienen menores ni adultos mayores a cargo, ni presentan afecciones de salud graves, aun cuando sufren de inestabilidad laboral o de ingresos. De esta forma, aunque algunos juzgados son más proclives a considerar los obstáculos de la inserción laboral,<sup>11</sup> lo cierto es que quienes niegan las acciones lo hacen siguiendo los criterios de vulnerabilidad expresados en la legislación y en la jurisprudencia.

Dado que, efectivamente, la jurisprudencia ha endurecido los criterios de éxito para los litigantes considerados “no prioritarios”, cabe preguntarse entonces cómo ha variado la probabilidad de éxito en este segmento durante el transcurso de los años. ¿Era acaso más tentadora la vía judicial al comienzo del periodo? Los datos sugieren que sí. En el año 2008, las personas adultas sin problemas de salud ni menores a cargo tenían un 87% de probabilidades de obtener una sentencia favorable; esta probabilidad disminuyó al 74% en 2010 y al 48% en 2015, luego de los criterios marcados en Alba Quintana y K.M.P (figura 2).

Estas predicciones del modelo de probabilidades pueden observarse de manera directa en los datos de la muestra. La tabla 2 detalla los porcentajes de éxito de las acciones judiciales iniciadas por grupos considerados “no prioritarios”, según la instancia judicial de decisión y la fecha en la que fue emitida la sentencia. El detalle permite observar que, efectivamente, los grupos no prioritarios han visto reducido su porcentaje de éxito con posterioridad al cambio de jurisprudencia, primero con Alba Quintana en 2010 y más fuertemente tras el fallo de K.M.P. en 2014. Aun cuando los juzgados de primera instancia

---

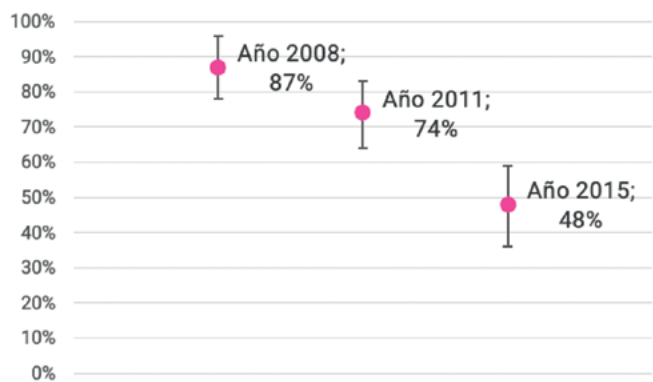
no era pertinente dar curso a la demanda por cuestiones ajenas a las características de los litigantes.

11 En un fallo del año 2014, en el que le concedió el subsidio a un hombre adulto joven sin problemas de salud, el juez Gallardo alegó que quienes solicitan estos programas suelen ser “grupos familiares excluidos del sistema económico por la desocupación o la subocupación. [...] deseadas de acceder a un trabajo que les permita ‘volver’ a ser”. En Stigliano Alfredo Daniel vs. GCBA sobre amparo.



parecieran ser más laxos que los tribunales superiores en aplicar los precedentes, el cambio de tendencia se observa igualmente en todas las instancias. El cambio en las tasas de éxito total de las acciones de amparo se puede ver en la tabla 3.

**FIGURA 2**  
**Probabilidades de éxito predichas para grupos “no prioritarios”**



Fuente: elaboración propia.

**TABLA 2**  
**Porcentaje de éxito de grupos “no prioritarios” según instancia y fecha de sentencia**

|                               | Juzgado (cautelar) | Juzgado (amparo) | Cámara Apelaciones | Tribunal Superior | Total      |
|-------------------------------|--------------------|------------------|--------------------|-------------------|------------|
| Sentencias hasta 2010         | 100%               | 100%             | 100%               | -                 | 100%       |
|                               | (4 de 4)           | (4 de 4)         | (2 de 2)           | -                 | (10 de 10) |
| Sentencias entre 2011 y 2013  | 73,7%              | 81,8%            | 50,0%              | -                 | 73,5%      |
|                               | (14 de 19)         | (9 de 11)        | (2 de 4)           | -                 | (25 de 34) |
| Sentencias posteriores a 2014 | 80,0%              | 63,6%            | 27,3%              | 0%                | 48,9%      |
|                               | (12 de 15)         | (7 de 11)        | (3 de 11)          | (0 de 8)          | (22 de 45) |
| Total                         | 78,9%              | 76,9%            | 41,2%              | 0%                | 64%        |
|                               | (30 de 38)         | (20 de 26)       | (7 de 17)          | (0 de 8)          | (57 de 89) |

Fuente: elaboración propia.

**TABLA 3****Porcentaje de éxito de acciones de amparo de grupos “no prioritarios” según fecha de sentencia**

|                                                             | Total            |
|-------------------------------------------------------------|------------------|
| Acciones de amparo exitosas con sentencia hasta 2010        | 100% (6 de 6)    |
| Acciones de amparo exitosas con sentencia entre 2011 y 2013 | 73,3% (11 de 15) |
| Acciones de amparo exitosas con sentencia posterior a 2014  | 33,3% (10 de 30) |

Fuente: elaboración propia.

Tanto el modelo estadístico como los datos de las sentencias muestran cómo la jurisprudencia del tsj ha marcado criterios claros respecto a los actores que busca beneficiar, que fueron replicados por todas las instancias.<sup>12</sup> De esta manera, aunque la tasa de éxito de la judicialización correspondiente a todo el recorte 2008-2016 sea del 94%, es evidente que hacia el final del periodo no todos los casos tienen las mismas posibilidades de ser exitosos. La modificación de los criterios jurisprudenciales ha afectado principalmente a los litigantes “no prioritarios”.

Investigaciones futuras podrían profundizar en este aspecto para entender hasta qué punto la disminución de probabilidades de éxito ha funcionado como un desincentivo para que los grupos “no prioritarios” inicien acciones legales. Es posible que el pequeño margen de maniobra que existe en la identificación de los criterios de prioridad mantenga altos los incentivos de judicializar los reclamos, incluso para aquellos litigantes que no cumplen con los requisitos de vulnerabilidad registrados en la legislación. Aun sabiendo que, eventualmente, sus planteos serán rechazados con casi total seguridad, la apuesta de mantener transitoriamente los beneficios habitacionales mediante

12 Con posterioridad al dictado del *Fallo K.M.P.*, el tsj adoptó la política de devolver a la Cámara de Apelaciones los expedientes que no se ajustaran a dichos parámetros, para que se revisaran y adaptaran las sentencias de acuerdo con los nuevos criterios. Esto podría explicar también el alto nivel de aplicación de los precedentes.



medidas cautelares podría ser la única alternativa disponible para este segmento de la población.

### **Dinámicas judiciales para otro tipo de reclamos**

Más allá de los patrones generales de la judicialización obtenidos por el análisis estadístico, la revisión cualitativa de las sentencias permite detectar varios matices respecto de las dinámicas que esta adopta en distintos tipos de causas.

En primer lugar, si bien el éxito de la judicialización es muy extendido, este varía de acuerdo con el remedio que se exija en los tribunales, incluso dentro del universo de causas individuales. En los casos de subsidios habitacionales, la masividad de reclamos idénticos permite que el litigio adopte una dinámica rutinaria, en la que juzgados y tribunales dictan sentencias estandarizadas o “planchas” con la misma estructura, argumentos y remedios que se replican para todos los casos. Este fenómeno no se observa en otro tipo de reclamos. No solo los argumentos y las evoluciones de las causas relativas a desalojos, acceso a créditos, refacciones o urbanización son diferentes, sino que la mayor parte queda paralizada o archivada incluso antes del dictado de sentencias en primera instancia (tabla 4).

El contraste entre las causas relacionadas con subsidios y el resto es notorio. Las primeras representan el 94% de la muestra y obtuvieron sentencias favorables en los juzgados de primera instancia en el 73,6% de los casos (518 casos). Del resto, solo un 23,4% obtuvo sentencias favorables (11 casos) (tabla 5). La falta de jurisprudencia clara, su mayor complejidad o el hecho de que el abanico de soluciones disponibles sea muy acotado y no garantice soluciones de vivienda definitiva podría explicar por qué estos casos no son tan preponderantes. Investigaciones futuras que permitan profundizar en estas diferencias al interior del universo de casos permitiría entender mejor la estructura de incentivos presentes en los procesos de judicialización (tabla 4).



**TABLA 4**  
**Sentencias por instancia según tipo de reclamo**

| Tipo de reclamo   | Porcenta-<br>je sobre<br>total de<br>amparos | Cantidad de fallos en cada instancia según tipo<br>de reclamo |                            |                          |                               |                                |
|-------------------|----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|----------------------------|--------------------------|-------------------------------|--------------------------------|
|                   |                                              | Ini-<br>ciados                                                | Juzgado<br>(caute-<br>lar) | Juzgado<br>(ampa-<br>ro) | Cámara<br>de Ape-<br>laciones | Tri-<br>bunal<br>Supe-<br>rior |
| Subsidio          | 93,7%                                        | 100%                                                          | 99,3%                      | 76,0%                    | 49,0%                         | 22,7%                          |
|                   | 704                                          | 704                                                           | 699                        | 535                      | 345                           | 160                            |
| Desalojo          | 3,3%                                         | 100%                                                          | 84%                        | 20%                      | 4%                            | -                              |
|                   | 25                                           | 25                                                            | 21                         | 5                        | 1                             | -                              |
| Vivienda          | 1,5%                                         | 100%                                                          | 81,8%                      | 9,1%                     | -                             | -                              |
|                   | 11                                           | 11                                                            | 9                          | 1                        | -                             | -                              |
| Refac-<br>ción    | 1,1%                                         | 100%                                                          | 62,5%                      | 62,5%                    | 37,5%                         | -                              |
|                   | 8                                            | 8                                                             | 5                          | 5                        | 3                             | -                              |
| Crédito           | 0,3%                                         | 100%                                                          | -                          | -                        | -                             | -                              |
|                   | 2                                            | 2                                                             | -                          | -                        | -                             | -                              |
| Urbani-<br>zación | 0,1%                                         | 100%                                                          | 100,0%                     | -                        | -                             | -                              |
|                   | 1                                            | 1                                                             | 1                          | -                        | -                             | -                              |
| Total             | 100%                                         | 100%                                                          | 98%                        | 73%                      | 46%                           | 21%                            |
|                   | 751                                          | 751                                                           | 737                        | 551                      | 349                           | 160                            |

**TABLA 5**  
**Sentencias favorables según tipo de caso  
e instancia, sobre total de casos iniciados**

|                |   | Iniciados | Juzgado<br>(cautelar) | Juzgado<br>(amparo) | Cámara de<br>Apelaciones |
|----------------|---|-----------|-----------------------|---------------------|--------------------------|
| Subsidio       | N | 704       | 660                   | 518                 | 319                      |
|                | % | 100%      | 93,8%                 | 73,6%               | 45,3%                    |
| Otros<br>casos | N | 47        | 18                    | 11                  | 3                        |
|                | % | 100%      | 38,3%                 | 23,4%               | 6,4%                     |

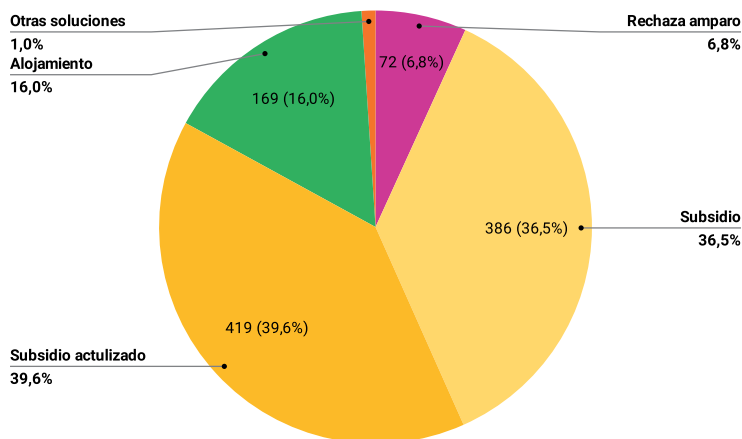
Fuente: elaboración propia.



Un segundo punto relevante es que, aunque una amplia mayoría obtiene sentencias favorables, las decisiones judiciales no necesariamente responden a los requerimientos iniciales de actores. La definición de “éxito judicial” adoptada aquí impide diferenciar las situaciones en las que los tribunales deciden otorgar una solución diferente a la exigida por los litigantes. Esto muchas veces puede enmascarar situaciones en las que una acción de amparo concedida (y, por tanto, considerada exitosa) igualmente resulte inocua o de baja calidad para quienes demandan. Por ejemplo, en nueve causas que exigían la suspensión de las órdenes de desalojo, la solución otorgada por los juzgados fue extender subsidios habitacionales a las familias afectadas. En este sentido, aunque los tribunales sean receptivos a garantizar formalmente el derecho a la vivienda y evitar que las familias queden en situación de calle, las soluciones que ordenan pueden no condecirse con las expectativas de quienes litigan –en este caso, detener el desalojo–. Investigaciones futuras harían bien en abordar este eje, para complejizar las conceptualizaciones y mediciones del éxito judicial y profundizar las discusiones sobre qué significa medir el impacto de la judicialización.

Finalmente, y relacionado con el punto anterior, los casos analizados reflejan que los juzgados son efectivamente receptivos a los planteos en materia de vivienda, pero sus disposiciones suelen restringirse a un abanico muy acotado de respuestas. Sea porque son las herramientas que tienen a disposición, o porque los casos más complejos se diluyen antes de su resolución, las causas suelen resolverse a través de tres grandes remedios: paradores nocturnos, subsidios habitacionales y alojamientos provistos por el Estado. Regulados por los parámetros establecidos en la jurisprudencia, los datos muestran que los subsidios son las respuestas más otorgadas, incluso para responder a otro tipo de reclamos, a lo largo de todo el periodo. Pedidos más específicos como los relativos a acceso a vivienda o a crédito no prosperan: en esta muestra, todos los casos de este tipo fueron rechazados en primera instancia. Al final de todo el proceso, solo uno de los 47 casos no referidos a subsidios obtuvo judicialmente lo que había solicitado en sus inicios. Todos los demás fueron rechazados, o finalizaron sin respuesta o con soluciones alternativas (figura 3).

**FIGURA 3**  
**Tipos de soluciones otorgadas**



Fuente: elaboración propia.

Los datos de la investigación confirman los dos presupuestos iniciales. En primer lugar, quienes judicializan el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires constituyen una población relativamente homogénea en términos de ingresos. Los litigios habitacionales son impulsados mayoritariamente por personas en situación de calle o habitantes de barrios populares. En segundo lugar, confirma que las “estructuras de apoyo” son fundamentales para sortear las barreras de acceso a la justicia. El 97% de los litigantes de la muestra fueron patrocinados por las defensorías públicas oficiales.

Asimismo, los resultados permiten delinear otras características de este fenómeno. Primero, se observa que el litigio es una estrategia muy efectiva. El 94% de las veces las sentencias concedieron algún tipo de solución para los litigantes, aun cuando no fueran necesariamente los remedios exigidos en las demandas iniciales. Por otro lado muestra que, en la CABA, la judicialización del derecho a la vivienda es fundamentalmente de índole individual. El 98,2% de los casos exigían una solución específica y concreta para el litigante, generalmente a través de la provisión o extensión de subsidios habitacionales.

Finalmente, los datos también confirman la hipótesis de la investigación. La probabilidad de éxito de las acciones judiciales aumenta a medida que se incrementan las condiciones de

vulnerabilidad de los litigantes. En otras palabras, los beneficiarios de las acciones judiciales son aquellos que, a criterios del tribunal, reportan situaciones de mayor “prioridad”. Las implicancias que estos hallazgos tienen para las discusiones teóricas de la literatura son el objeto de la siguiente sección.

## Conclusión

Esta investigación no solo aporta datos empíricos sobre las dinámicas que adopta el litigio por el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, sino que permite reflexionar sobre algunas de las principales preguntas de la literatura sobre el impacto de la judicialización. Tres grandes inquietudes han sido recurrentes en los estudios sobre el tema: 1) la efectividad de la vía jurídica como estrategia de cambio social; 2) los posibles efectos regresivos y distorsivos de los litigios individuales, tanto en el sistema judicial como en la asignación de recursos públicos, y 3) los potenciales sesgos elitistas ligados a las barreras en el acceso a la justicia.

Respecto de la primera pregunta, este artículo ha demostrado que los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires han sido ampliamente receptivos a los reclamos sobre el derecho a la vivienda. La judicialización resultó en una estrategia muy efectiva para el acceso a prestaciones habitacionales que son negadas a través de las vías administrativas tradicionales. Es evidente que la discusión sobre la judiciabilidad de este derecho ha quedado saldada hace tiempo y los planteos actuales solo disputan los límites de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, pese a ello, la judicialización no ha sido innovadora, ni ha implicado un cambio estructural en las políticas públicas, que tenga efectos colectivos.

Algunas investigaciones sostienen que, en general, los tribunales son más proclives a fallar más favorablemente en casos individuales, donde se puede demostrar la violación de derechos en una situación puntual (Abramovich y Pautassi, 2009; Ferraz, 2011a). El caso analizado se condice con este relato. Los jueces se han cuidado de invadir el terreno de la administración en el diseño de las políticas habitacionales, o de ordenar soluciones colectivas, potencialmente replicables para todo el universo de

afectados. Por el contrario, han tendido a conceder respuestas individuales a los litigantes, a través de los programas previstos por la normativa local, como los subsidios monetarios. Investigaciones futuras podrían preguntarse si esta característica del litigio no ha provocado desincentivos adicionales al impulso de causas colectivas. En cualquier caso, el despliegue institucional de jueces, defensores y procuradores que la judicialización masiva de subsidios genera, parece hasta desproporcionado para una respuesta que, en última instancia, reproduce un sistema de soluciones transitorio y de emergencia.

Independientemente de la calidad de los remedios concedidos, su índole típicamente individual se relaciona con la segunda inquietud de la literatura. Las reservas respecto a las decisiones que solo prevén remedios a los litigantes se desprenden de la presunción de que el beneficio en estos casos no *permea* a quienes no litigan. De allí que los casos individuales estén asociados con soluciones menos progresivas en términos de distribución de recursos públicos (Ferraz, 2011b; Gauri y Brinks, 2008). En este sentido, la judicialización del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires posee todas las características que la literatura considera más regresivas: se canaliza mayoritariamente en amparos individuales que otorgan remedios circunscritos a los litigantes directos, cuyos efectos no se extienden al universo total de afectados. El caso resulta entonces relevante para ampliar las discusiones en estos dos aspectos.

En primer lugar, el artículo demuestra que para tener una apreciación exhaustiva de los efectos de la judicialización es necesario evaluar las *características intrínsecas* del derecho reclamado, y, especialmente, de sus eventuales beneficiarios. Cuando el universo de personas afectadas por la violación de un derecho es relativamente homogéneo, disminuyen los efectos de distorsión que las sentencias pueden producir a través de la distribución de recursos presupuestarios. De esta forma, la potencial regresividad o progresividad de las decisiones judiciales en términos de recursos estará dada no solo por el *tipo de soluciones* que se ordenan (individuales o colectivas), sino también por las *características de los litigantes*.

El derecho a la vivienda es un caso atípico, al que no aplican las consideraciones tradicionales sobre la regresividad de las



intervenciones judiciales en materia presupuestaria. El sesgo de autoselección de este derecho crea un universo de litigantes con características económicas mayoritariamente homogéneas, que lo vuelve ajeno a las contradicciones de otros casos. Los datos muestran que, en la Ciudad de Buenos Aires, quienes judicializan cuestiones habitacionales son familias de bajos recursos económicos, especialmente personas en situación de calle o habitantes de villas o asentamientos. Este universo de litigantes imposibilita que las decisiones judiciales en materia de vivienda redistribuyan fondos públicos hacia élites económicas, como típicamente puede ocurrir en los casos del derecho a la salud.

Independientemente de esta característica intrínseca del derecho a la vivienda, el análisis muestra que los tribunales de la CABA han favorecido en sus decisiones a los adultos mayores, los niños, niñas y adolescentes, y a las personas con discapacidad o con problemas graves de salud. La redistribución de recursos en este caso se ha regido por criterios de prioridad, incluso al interior de un universo de litigantes vulnerados. Consecuentemente, y a diferencia de las discusiones habituales de la literatura, las intervenciones judiciales no solo no han profundizado las desigualdades sociales iniciales, sino que han buscado beneficiar a quienes (a criterio de los tribunales) se encontraban en circunstancias más acuciantes. Este resultado no quita que esta distribución presupuestaria “progresiva”, que premia a quienes están peor, en realidad está dejando sin solución a un segmento de personas que igualmente se encuentran en situación de calle. Esta inquietud desplaza el eje de discusión, y vuelve a reforzar la primera pregunta relativa al impacto de la judicialización: su objetivo como estrategia de cambio social.

La segunda inquietud de la literatura respecto a los litigios individuales se refiere a las distorsiones que pueden generarse en el sistema de justicia por decisiones descoordinadas y contradictorias. Dos comentarios se desprenden del análisis del caso. Primero, los datos muestran que la jurisprudencia de los tribunales ha sido aplicada de manera consistente en todas las instancias. Al interior del universo de litigantes, las decisiones son otorgadas siguiendo criterios claros de prioridad, que se replican de manera casi automática. Como resultado, el nivel

de éxito judicial de los litigantes considerados “no prioritarios” disminuyó fuertemente hacia el final del período analizado.

Sin embargo, la amplia receptividad de los tribunales ante los reclamos habitacionales ha dado lugar también un proceso de “rutinización” del litigio (Abramovich, 2009; Bergallo, 2011b), que corre el riesgo de generar un sistema dual de derechos, en perjuicio de aquellas personas en situación de calle que no logren judicializar su reclamo. Puesto que la judicialización masiva no ha logrado obtener una respuesta política, modificar el diseño de los programas, ni forzar aplicaciones de sentencias colectivas, solo aquellos que inician acciones legales tienen posibilidades de acceder a mejores prestaciones habitacionales. Quienes no cuenten con los recursos sociales o informativos suficientes para acercarse a las instituciones de defensa pública solo gozarán de los beneficios de los programas gubernamentales por el término que garantice la legislación. De esta forma, la vía judicial se transforma en una precondition para garantizar mejores protecciones del derecho a la vivienda.

La discusión relevante en este caso, entonces, no se relaciona con la distribución regresiva de recursos que puede tener la judicialización individual. El principal desafío parece surgir de la tercera inquietud de la literatura sobre impacto: los mecanismos de *acceso a los tribunales*. Como se ha visto, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires la organización institucional de defensa pública provee una fuerte estructura de apoyo, especialmente si se la compara con otras jurisdicciones del país (Smulovitz, 2010, 2013). Esto ha permitido que litigantes de bajos recursos inicien acciones de manera individual, para exigir remedios concretos, sin necesidad de contar con una organización colectiva previa. Esta particularidad tiene dos implicancias.

En primer lugar, se plantea el interrogante sobre cómo el diseño de los mecanismos de acceso a la justicia puede afectar la forma que adopta la judicialización. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, los datos muestran que las acciones colectivas representan una minoría de los planteos judiciales impulsados, y que, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no son los litigantes más organizados los que tienen mayor éxito judicial. Cabe preguntarse, entonces, si esta baja preponderancia de casos colectivos es un efecto del fácil acceso a la representación



legal individual provista por las defensorías públicas. En contextos donde los costos asociados a la judicialización son altos, la organización colectiva se vuelve una estrategia obvia para superar las barreras económicas y procedimentales del litigio. Es posible que la “estructura de apoyo” habilitante, combinada con la tendencia de los jueces de fallar más favorablemente en casos individuales, vaya en detrimento de la organización colectiva de las demandas.

En segundo lugar, si bien las estructuras de apoyo habilitan el acceso a la justicia de sectores populares, es posible que quienes cuenten con menos recursos de información, y no conciban los problemas habitacionales como vulneraciones de derechos, queden fuera del sistema. En consecuencia, la identificación del segmento que no accede a los tribunales, pese a ver su derecho vulnerado, se vuelve fundamental para entender hasta qué punto existe un sistema de derechos duales. ¿Hay acaso diferencias sustantivas entre quienes acceden a los tribunales y quienes no? ¿Qué condiciones vuelven más proclive la decisión de judicialización? Comprender la composición del *universo de litigantes* y especialmente de los *no litigantes*, entonces, cobra especial relevancia.

Las reflexiones motivadas por esta investigación nos invitan a rediscutir el concepto de “impacto” de la judicialización. Las tres preguntas que han guiado a la literatura siguen vigentes. El impacto de la judicialización del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires fue decididamente bajo en relación con sus efectos sobre las políticas públicas. Sin embargo, podría considerarse un ejemplo de litigio progresivo en términos de distribución de recursos presupuestarios. Sin embargo, el entendimiento cabal del caso requeriría contar con información respecto del universo de no litigantes, que podrían ver cercenado su derecho a la vivienda en relación con los litigantes, por no poder superar las barreras de acceso a la justicia.

Indudablemente, la obtención de datos de calidad respecto de esta población presenta tantas dificultades como la sistematización y operacionalización de otras dimensiones de la judicialización, como la movilización legal, las respuestas políticas o burocráticas y la implementación efectiva de las sentencias. Sin embargo, investigaciones futuras que ahonden en estos



aspectos podrán proveer un entendimiento más integral y profundo de las dinámicas de judicialización, especialmente de las condiciones que pueden potenciar su nivel de progresividad.

## Referencias

- Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En V. Abramovich y L. Pautassi (Eds.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Editorial del Puerto.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (Eds.) (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Editorial del Puerto.
- ACIJ. (2014). *El derecho a la vivienda en el proyecto de presupuesto 2015*. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. <https://acij.org.ar/el-derecho-a-la-vivienda-en-el-proyecto-de-presupuesto-2015/>
- ACIJ. (2016). *El presupuesto de la Ciudad para las políticas de vivienda en 2017*. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. <https://acij.org.ar/acij-presento-el-informe-sobre-presupuesto-caba-para-vivienda-en-2017/>
- ACIJ. (2022). *Situación de calle en CABA: hacia una política integral*. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. <https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2022/08/Situacion-de-calle-en-CABA.-Hacia-una-politica-integral.pdf>
- Almansi, F., Motta, J. M. y Hardoy, J. (2020). Incorporating a resilience lens into the social and urban transformation of informal settlements: The participatory upgrading process in Villa 20, Buenos Aires (2016-2020). *Environment and Urbanization*, 32(2), 407-428. <https://doi.org/10.1177/0956247820935717>
- Arcidiácono, P. y Gamallo, G. (2014). Entre la confrontación y la funcionalidad. Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires. *POST Data*, 19, 193-225.
- Bercovich, L. y Maurino, G. (Eds.) (2013). *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*. Eudeba.
- Bergallo, P. (2011a). Courts and social change: Lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina. *Texas Law Review*, 89, 1611-1641.



Bergallo, P. (2011b). Argentina courts and the right to health: Achieving fairness despite “routinization” in individual coverage cases? En A. E. Yamin y S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 43-75). Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjz81hc>

Botero, S., Brinks, D. y Gonzalez-Ocantos, E. (2022). Working in new political spaces: The checkered history of latin american judicialization. En S. Botero, D. M. Brinks y E. A. Gonzalez-Ocantos (Eds.), *The Limits of Judicialization* (pp. 1-38). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009093859.001>

Brinks, D. M. y Gauri, V. (2012). *The law’s majestic equality? The distributive impact of litigating social and economic rights*. The World Bank. <https://doi.org/10.1596/1813-9450-5999>

Brinks, D. M. y Gauri, V. (2014). The law’s majestic equality? The distributive impact of judicializing social and economic rights. *Perspectives on Politics*, 12(2), 375-393. <https://doi.org/10.1017/S1537592714000887>

Cappeletti, M. y Garth, B. (1978). *Access to justice. A world survey*. Sijhoff/Giufre.

Delamata, G. (2016). Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. *Revista Direito e Práxis*, 7(14). <https://doi.org/10.12957/dep.2016.22952>

Delamata, G., Sehtman, A. y Ricciardi, V. (2014). Más allá de los estrados... Activismo judicial y repertorios de acción villera en la Ciudad de Buenos Aires. En L. Pautassi (Ed.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal*. Biblos.

DGN. (2014). *Boletín Electrónico de Jurisprudencia*. Defensoría General de la Nación. <http://www.mpd.gov.ar/users/capacitacion/BOLETIN%20DESC%20DEFINITIVO.pdf>

Domingo, P. (2009). Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 85-86, 33-52.

Epp, C. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists and supreme courts in comparative perspective*. University of Chicago Press.

Faerman, R. (2013). El derecho a la vivienda digna y adecuada. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a la luz

de los principios de la ética del cuidado. En L. Bercovich y G. Maurino (Eds.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*. Eudeba.

Ferraz, O. L. M. (2011a). Harming the poor through social rights litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, 89, 1643-1668.

Ferraz, O. L. M. (2011b). Brazil. Health inequalities, rights, and courts: The social impact of the judicialization of health. En A. E. Yamin y S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 76-102). Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjz81hc>

Galanter, M. (1974). Why the «haves» come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, 9(1), 95-160.

Gauri, V. y Brinks, D. M. (Eds.) (2008). *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press.

GCBA. (2021). *Porcentaje de viviendas habitadas, hogares y población en villas sobre el total de la Ciudad*. Ciudad de Buenos Aires. Años 2006/2021. Dirección General de Estadística y Censos. <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=50392>

Giambartolomei, M. (2017, julio 20). Polémica por los sin techo: Según un censo popular, cuadruplican la cifra oficial. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/buenos-aires/polemica-por-los-sin-techo-segun-un-censo-popular-cuadruplican-la-cifra-oficial-nid2045416/>

González Castro Feijóo, M. L. (2011, septiembre 13). La aplicación del art. 335 CPPCABA y la situación habitacional de la CABA. *CABAPapeles de Trabajo de la Defensoría Pública* N° 2. <https://mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/papeles%20de%20trabajo%20335.pdf>

Hogerzeil, H. V., Samson, M., Casanovas, J. V. y Rahmani-Ocora, L. (2006). Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts? *The Lancet*, 368, 305-311.

ivc. (2016). *Informe Final—Censo 2016 Villa 20*. Instituto de Vivienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. <https://vivienda.buenosaires.gob.ar/censo-villa-20>

- Langford, M., Rodríguez-Garavito, C. y Rossi, J. (Eds.) (2017). *Social rights judgments and the politics of compliance* (1a ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316673058.006>
- Mæstad, O., Rakner, L. y Ferraz, O. L. M. (2011). Assessing the impact of health rights litigation: A comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. En A. E. Yamin y S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 273-303). Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjz81hc>
- McCann, M. (1994). *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. University of Chicago Press.
- MPD. (2017a, marzo 22). Análisis sobre la jurisprudencia contra las personas sin familia en situación de calle. *Ministerio Público de la Defensa de la CABA*. <https://www.mpdefensa.gob.ar/comunicacion/novedades-tus-defensores/analisis-la-jurisprudencia-las-personas-familia-situacion>
- MPD (2017b). *Informe de gestión 2014-2017* (Informe de Gestión N.º 3). Ministerio Público de la Defensa de CABA. <https://www.mpdefensa.gob.ar/publicaciones/informe-gestion-2014-2017>
- MPD (2022). Sedes en tu barrio. *Ministerio Público de la Defensa de la CABA*. <https://www.mpdefensa.gob.ar/contacto/sedes-tu-barrio>
- Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez-Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global* (C. F. Morales de Setién Ravina, trad.). Siglo Veintiuno Editores Argentina.
- Rosenberg, G. (1991). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press.
- Sarat, A. y Scheingold, S. (Eds.) (1998). *Cause lawyering: Political commitments and professional responsibilities*. Oxford University Press.
- Scheingold, S. (2004). *The politics of rights: Lawyers, public policy, and political change*. The University of Michigan Press.
- Smulovitz, C. (2008). La política por otros medios. *Judicialización y movilización legal en la Argentina*. *Desarrollo Económico*, 48(190-191), 287-305.

Smulovitz, C. (2010). Judicialization in Argentina: Legal culture or opportunities and support structures? En J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (Eds.), *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America* (pp. 234-253). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511730269.010>

Smulovitz, C. (2013). Acceso a la justicia. Ampliación de derechos y desigualdad en la protección. *Revista SAAP*, 7(2), 245-254.

TELAM. (2016, diciembre 25). La urbanización de las villas, una asignatura que deja de estar pendiente. *TELAM*. <https://www.telam.com.ar/notas/201612/174610-urbanizacion-villas-asignatura-ciudad-de-buenos-aires.html>

Tribunal Superior de Justicia. (12 de mayo de 2010). Alba Quintana, Pablo c/ GCBA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido. <http://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-alba-quintana-pablo-gcba-recurso-inconstitucionalidad-concedido-fa10380265-2010-05-12/123456789-562-0830-1ots-eupmocsollaf#>

Yamin, A. E. y Gloppen, S. (Eds.) (2011). *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health?* Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjz81hc>



# **La Corte Suprema argentina y su intervención en casos estructurales. Efectos irradiadores del caso de la cuenca Matanza-Riachuelo**

*Esteban Nader*<sup>1</sup>

---

1    Profesor e investigador, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina.

## Introducción

Este trabajo analiza empíricamente, desde una visión socio-jurídica, la manera en que los tribunales intervienen en casos estructurales y los efectos de estas intervenciones. En particular, analizaré estas intervenciones en el caso de contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo (CMR), uno de los casos estructurales más paradigmáticos a nivel latinoamericano.<sup>2</sup>

Este capítulo analiza uno de los efectos materiales indirectos que se produjeron a partir del caso de la CMR sobre el caso de la cuenca Salí Dulce del noroeste argentino: el efecto irradiador. En particular, se considerará el efecto irradiador sobre cuatro dimensiones, 1) la decisión de judicializar por parte de actores sociales e institucionales claves, 2) el enfoque y contenido de decisiones judiciales, 3) el rediseño del campo institucional y 4) la conducta de actores institucionales a cargo de implementar políticas públicas ambientales.

---

2 CSJN. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo). 8 de agosto de 2008.

Algunos casos emblemáticos de litigio estructural en el Sur global son: la Sentencia T-025 de la Corte Constitucional de Colombia sobre el caso de los desplazados; el caso Grootboom del Tribunal Constitucional de Sudáfrica sobre el derecho a la vivienda digna en el asentamiento precario de Wallacedene, en Ciudad del Cabo. El caso PULC de la Corte Suprema de India sobre el derecho a la alimentación, por un elevado índice de malnutrición en el estado de Rajasthan. La Corte Suprema argentina además del caso que se estudia en esta investigación, tuvo otros como el caso Verbitsky sobre las condiciones inadmisibles de las cárceles en la provincia de Buenos Aires o el caso Badaro sobre la actualización de las jubilaciones con respecto a los sueldos activos.

El capítulo se estructura de la siguiente forma. En un primer momento se explica la perspectiva teórica y metodológica utilizada para el estudio de los efectos producidos por intervenciones de los tribunales en casos estructurales. Luego se analiza el caso estructural de la cuenca Matanza-Riachuelo y los efectos que este generó, para luego detenerme en el análisis de uno de los efectos materiales indirectos detectados: el irradiador sobre el caso de la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino (en adelante, CSD).

### **Las perspectivas teóricas y metodológicas para el estudio de los efectos de la intervención de los tribunales en casos estructurales**

La literatura que analiza el impacto de las intervenciones de los tribunales en casos estructurales (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, 2015; McCann, 1994, 1999; Rosenberg, 1991; Bourdieu, 2000; Langford *et al.*, 2017; Rodríguez Peñaranda, 2021) señala que las sentencias provocan efectos materiales directos, pero también indirectos y simbólicos.<sup>3</sup>

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, 2015), al analizar las sentencias estructurales en la región mostraron que los efectos directos de estas incluyen remedios que ordenan e inciden en las partes del caso, ya sea litigantes, destinatarios de las órdenes (agencias estatales), beneficiarios o a terceros; asimismo, señalaron que efectos indirectos que, aun no siendo ordenados en el fallo, se desprenden del mismo y afectan tanto a los actores del caso como a cualquier otro actor social.

Las intervenciones judiciales pueden tener, además, efectos instrumentales y simbólicos. Los instrumentales implican cambios tangibles en la conducta de individuos o grupos. Los simbólicos, en cambio, se relacionan con cambios de ideas y con las percepciones del imaginario social sobre el tema que se encuentra en litigio.

---

3 Para profundizar sobre este marco teórico y las implicancias de las distintas perspectivas y cómo estas inciden en una mirada amplia o reducida de los efectos ver Rodríguez Garavito y Suárez Franco (2010), Esteban Nader (2022).



Dentro de los efectos instrumentales indirectos, la literatura identifica de manera incipiente a los irradiadores; esto es, efectos y cambios que producen las sentencias estructurales en actitudes y conductas de actores no involucrados con el caso o con el proceso de litigio que origina la sentencia. Es la existencia de la sentencia la que provoca un efecto irradiador que trasciende límites temporales, geográficos y fácticos de los casos. En términos generales, y desde diversas disciplinas, este tipo de efectos fueron identificados por autores como Gloppen (2005), quien los denomina *ripple effects* o Mnookin y Kornhauser (1979), Elster (1989) o Birks (2010), quienes al revelar el efecto *the shadows of the law* mostraron el impacto de ciertos precedentes judiciales en la conducta de determinados actores.<sup>4</sup> Estos efectos irradiadores impactan, muchas veces, sobre la conducta de actores involucrados en otros procesos estructurales. Se convierten, en un sentido amplio, en casos testigos capaces influir en subsecuentes procesos judiciales, y en las estrategias judiciales y de movilización legal que desarrollan aquellos que impulsan este tipo de procesos. Estos efectos también impactan en las decisiones judiciales que toman jueces en otros casos, y sobre la conducta de los actores estatales demandados en los mismos.

Sin embargo, tanto el concepto como el estudio empírico de estos efectos irradiadores han sido poco analizados en la literatura de la región. El objetivo de este trabajo es contribuir al desarrollo de esta línea de investigación, para lo cual se llevó cabo una investigación cualitativa que incluyó entrevistas, análisis de medios audiovisuales, diarios, sentencias y artículos científicos.<sup>5</sup> Se seleccionó al caso de la CMR por ser uno de los casos

---

4 El concepto de sombra de la ley se refiere a la forma en que las leyes pueden afectar las acciones de las personas, incluso cuando no hay implicación jurídica directa. Elster define este fenómeno, pero no el término, al describir lo que él llama el punto de desacuerdo: "Consideremos primero cómo el gobierno puede utilizar sus poderes legislativos para dar forma al punto de desacuerdo. Si la ley determina el resultado cuando es privado y la negociación fracasa, sirve como punto de desacuerdo para que luego la decisión que se tomaría en un tribunal o por un árbitro, así como el costo de los procedimientos legales honorarios, deban ser tenidos en cuenta por partes en sus negociaciones privadas" (1989, p. 88).

5 Asimismo, este trabajo es parte de un proyecto de investigación más extenso donde busco comprobar de manera más amplia los

estructurales más relevantes de Argentina y porque sus diversas dimensiones permiten analizar distintos tipos de efectos.

Asimismo, se seleccionó el caso de la CSD porque permite indagar sobre los efectos irradiadores que fueron poco explorados por la literatura. La selección de este último caso obedece también a la escasez de estudios y literatura sobre los vínculos entre justicia y política en el nivel subnacional (Ruibal, 2017; Smulovitz, 2015, 2018).

## **El caso de la cuenca Matanza-Riachuelo**

Antes de analizar el impacto irradiador del caso CMR es necesario exponer los hechos que le dieron origen, cómo se desarrolló el proceso de litigación y los otros tipos de efectos que produjo.

### **Breve relato de la historia de la problemática de la cuenca Matanza-Riachuelo**

Desde inicios del siglo xx, la zona metropolitana de Buenos Aires ha sido el territorio urbano donde se asentó gran parte de la población argentina. La ocupación del espacio se llevó a cabo de manera desordenada y sin planificación. Esto provocó un continuo deterioro de las cuencas metropolitanas, especialmente la de la cuenca Matanza-Riachuelo (Merlinsky, 2013).

La problemática ambiental de la CMR es compleja y de larga data, producto de la inacción de las agencias estatales, que por décadas no diseñaron ningún tipo de política pública para modificar la situación de la cuenca más densamente poblada de la Argentina.

Esta inacción estatal y anarquía normativa hizo que la cuenca se convirtiera en una de las diez más contaminadas del mundo lo que, sumado a los aproximadamente 8 millones de personas que habitan en ella, genera un problema estructural.

---

efectos generados por la intervención de la CSJN en el caso de la CMR y, al mismo tiempo, analizar los distintos tipos de intervenciones, priorizando las dialógicas, donde los tribunales pueden generar mayor cantidad de efectos teniendo en cuenta el lugar que deben ocupar dentro de un sistema republicano. Los resultados del mismo fueron publicados en Nader (2022).

Igualmente grave son cuestiones asociadas como, el derecho a una vivienda digna. Debido a la gran cantidad de asentamientos informales existentes, los habitantes de la zona no tienen garantizados los pisos mínimos de una existencia digna, ni el acceso a recursos tan imprescindibles como el agua potable o de cloacas. El derecho a la salud también se convirtió en otra de las cuestiones a ser atendidas sobre todo en los sectores más vulnerables.

En definitiva, la problemática de la cuenca pasó de ser uno de contaminación ambiental y relacionado inicialmente con el control de las industrias, a otro caracterizado por la vulneración estructural de derechos humanos (figura 1).

En Argentina, las cuestiones ambientales han sido históricamente temas subsidiarios, casi inexistentes en el diseño e implementación de políticas públicas de los distintos gobiernos. De hecho, el reconocimiento de la contaminación de la CMR como objeto de política pública es algo reciente, y ocurre recién a mediados de la década de los noventa (Merlinsky, 2013). En esa década se produjeron algunos intentos fallidos para sanear la CMR, uno de ellos fue el conocido proyecto para sanear la cuenca en mil días propiciado por María Julia Alsogaray, secretaria de Ambiente del presidente Carlos Saúl Menem, que fue un rotundo fracaso.

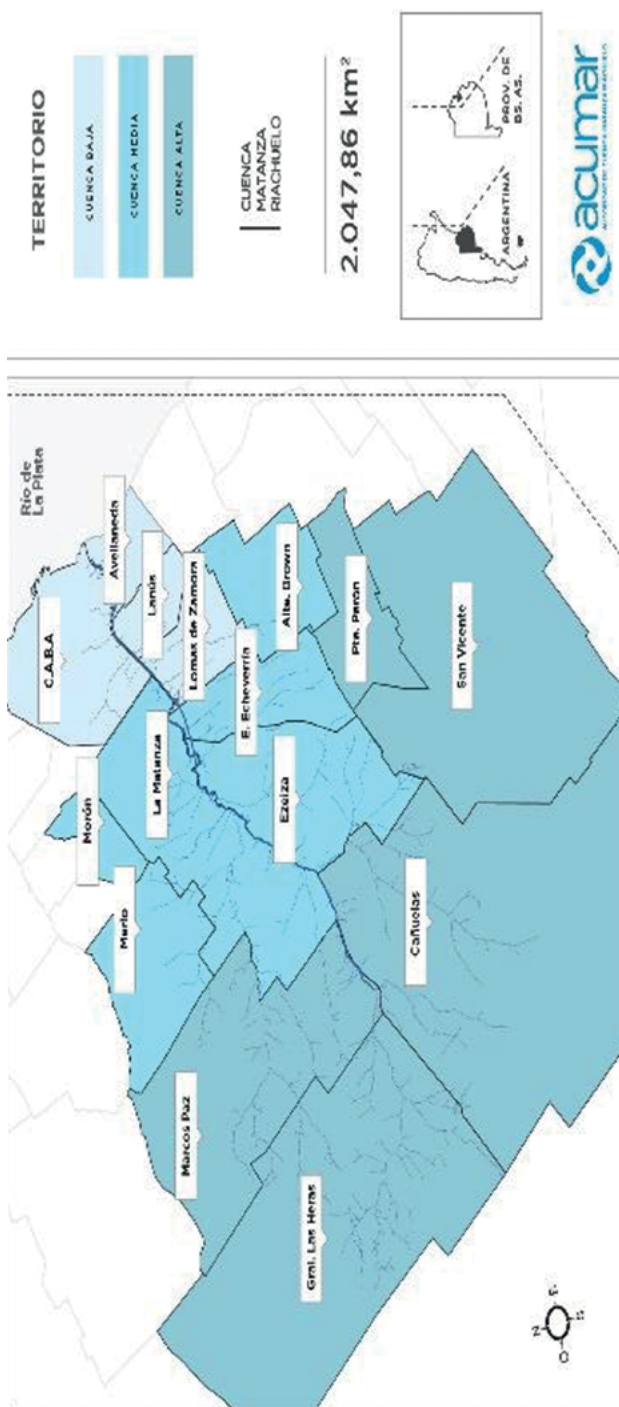
### **La estrategia procesal del caso de la cuenca Matanza-Riachuelo**

El caso se inició cuando un grupo de habitantes de Villa Inflamable, conjuntamente con trabajadores de la salud del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, constataron que la contaminación de la cuenca afectaba directamente su salud. Ante la falta de interés de las autoridades públicas por brindar soluciones a sus reclamos –que ya llevaban años–, decidieron buscar asesoramiento jurídico especializado<sup>6</sup> para recurrir a la justicia procurando que sus voces fueran escuchadas.

---

6 El equipo legal fue integrado por Andrés Napoli (FARN), Carolina Fairstein (CELS) y José Alberto Esain.

**FIGURA I**  
**Cuenca Matanza-Riachuelo**



Fuente: Acumar.

En julio de 2004, presentaron una demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y 44 empresas por daños y perjuicios sufridos por la contaminación de la CMR. La causa fue titulada como “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”.<sup>7</sup> El caso se convirtió en un punto de inflexión en la historia ambiental argentina y en la forma de intervención de la Corte Suprema en procesos estructurales.

Según Nápoli, “el caso Mendoza es un caso donde la política durante 200 años no lo había atendido al tema, y el tribunal viene a suplir la falta de políticas públicas para resolver la situación de millones de personas que veían vulnerados sus derechos y esa fue la gran virtud inicial del caso Mendoza” (Nápoli, entrevista, 2014).

El proceso, que comenzó con la demanda en 2004, tuvo su primera sentencia en 2006 y, luego de una serie de audiencias públicas, en el año 2008 se dictó la sentencia definitiva. En la figura 2 pueden observarse los hitos del proceso.

En el año 2008, la Corte dictó uno de los fallos más paradigmáticos e innovadores de su historia, lo que le otorgó el reconocimiento internacional como uno de los tribunales comprometidos en incidir en políticas de Estado a través de remedios estructurales.

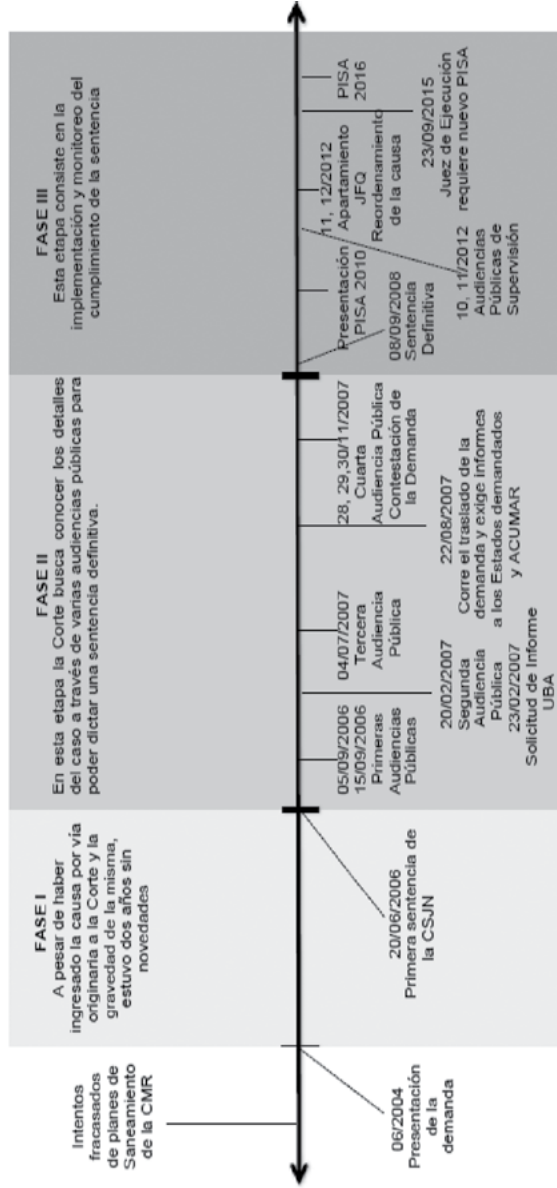
### **Los efectos de la intervención de la Corte en el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo**

El proceso de litigio ante la Corte Suprema produjo una amplia gama de efectos materiales y simbólicos, directos e indirectos, como se ilustra en la figura 3.

---

7 Se debe recalcar que este caso se presentó directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque la Constitución establece que este tipo de casos deben presentarse por vía originaria ante ella.

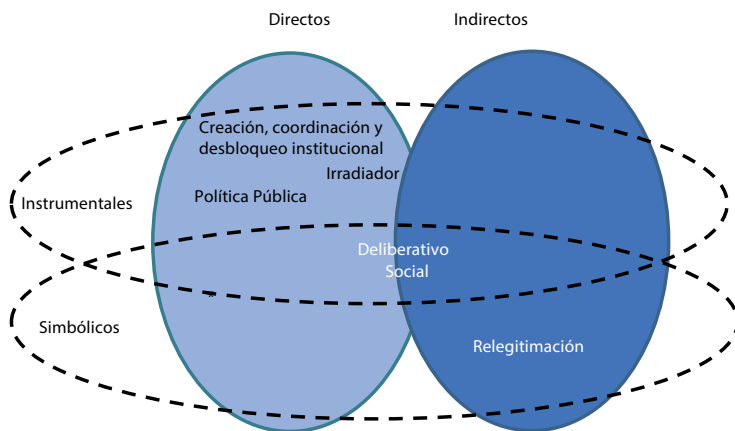
**FIGURA 2**  
**Línea de tiempo del proceso de la cuenca Matanza-Riachuelo**



Fuente: elaboración propia.

**FIGURA 3**

**Efectos de la intervención de la Corte  
sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo**



Fuente: elaboración propia.

A los fines de ilustrar la intensidad de estos efectos, a continuación se describen los efectos de creación, coordinación y desbloqueo institucional y el deliberativo, ya que son relevantes para analizar luego cómo se produce el efecto irradiador.<sup>8</sup>

**El efecto de creación, coordinación y  
desbloqueo institucional producido  
por la intervención de la Corte**

Uno de los efectos materiales directos más inmediatos y significativos tuvo que ver con el desbloqueo que la intervención de la Corte produjo en las agencias estatales responsables. Estas se encontraban paralizadas y comenzaron a moverse tímidamente para brindar la información que la Corte fue solicitando. Esto aceleró la creación de un organismo vital, la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar).

Esto posibilitó romper con una inercia de décadas de inacción por parte las agencias estatales y produjo un verdadero efecto desestabilizador de derechos (Mangabeira Unger, 1987),

<sup>8</sup> Para profundizar la lectura de los efectos producidos por la intervención de la Corte en la CMR ver Nader (2022).

lo que obligó a estas a tomar otro rumbo en la creación y efectivización de políticas públicas para mitigar las problemáticas estructurales de la CMR.

La Corte mantuvo la presión sobre las agencias estatales mediante autos donde las instaba a brindar y producir información, hasta ese momento inexistente o muy magra, que le permitiese decidir sobre la mejor manera intervenir en el caso. De este modo, la Corte logró que se comenzara a producir información sobre la cuenca que le sirviese para tomar decisiones con base en datos que no habían sido producidos hasta entonces. Este efecto de desbloqueo, junto con la producción de información, fueron algunos de los primeros efectos directos de la intervención de la CSJN.

A lo largo de la cuenca existen 17 jurisdicciones que tienen autoridad sobre esta.<sup>9</sup> Tal situación atentaba contra la posibilidad de encarar proyectos de saneamiento integrales, donde todos estos actores estuviesen involucrados, lo que provocó un bloqueo institucional que terminó repercutiendo en el estado de la cuenca. Al mismo tiempo, esta dificultad era utilizada por los actores como una excusa para no encarar políticas estructurales de saneamiento de la cuenca que tuvieran en cuenta la vulneración de derechos de los millones de habitantes que viven en situaciones precarias.

En la primera audiencia pública llevada a cabo por la CSJN, la secretaria de Medio Ambiente, Romina Picolotti, reconoció: “La coexistencia y superposición de jurisdicción y competencia, sumado a la ausencia de un mecanismo de coordinación interinstitucional, no ha favorecido la implementación de medidas o programas tendientes a resolver la situación de la Cuenca desde una perspectiva integral” (Picolotti, audiencia pública ante la CSJN, 2006).<sup>10</sup>

---

9 El Gobierno nacional, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el gobierno de provincia de Buenos Aires y municipalidades de 14 partidos: Almirante Brown, Avellaneda, Cañuelas, Esteban Echeverría, Ezeiza, General Las Heras, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Marcos Paz, Merlo, Morón, Presidente Perón y San Vicente.

10 Audiencia pública llevada a cabo por la CSJN el 5 de septiembre de 2006, fojas 872 del expediente.



El campo de agencias que actuaban en la cuenca antes de la intervención de la Corte adolecía de una extrema dispersión, debido a la gran cantidad de jurisdicciones que tenían competencia sobre la misma, a lo que se sumaban agencias estatales de las distintas jurisdicciones que contenían competencias que se solapaban, lo que hacía prácticamente imposible diseñar políticas integrales comunes donde participaran todos los actores mencionados. Como se observa en la figura 4, existía una enorme cantidad de organismos que incidían en la cuenca (Ryan, 2004).

Esta nueva estructura trajo aparejada la creación de un nuevo campo institucional donde los responsables de diseñar e implementar las políticas de saneamiento de la cuenca están identificados y coordinados, lo que facilita la implementación de políticas públicas y el acceso a la búsqueda de soluciones de los afectados, quienes saben ahora a dónde recurrir para buscar soluciones a sus problemas.

### *La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo*

Dentro de este nuevo campo institucional creado a partir de la intervención del máximo tribunal, puede observarse uno de los efectos materiales directos más importantes: la creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (Acumar).

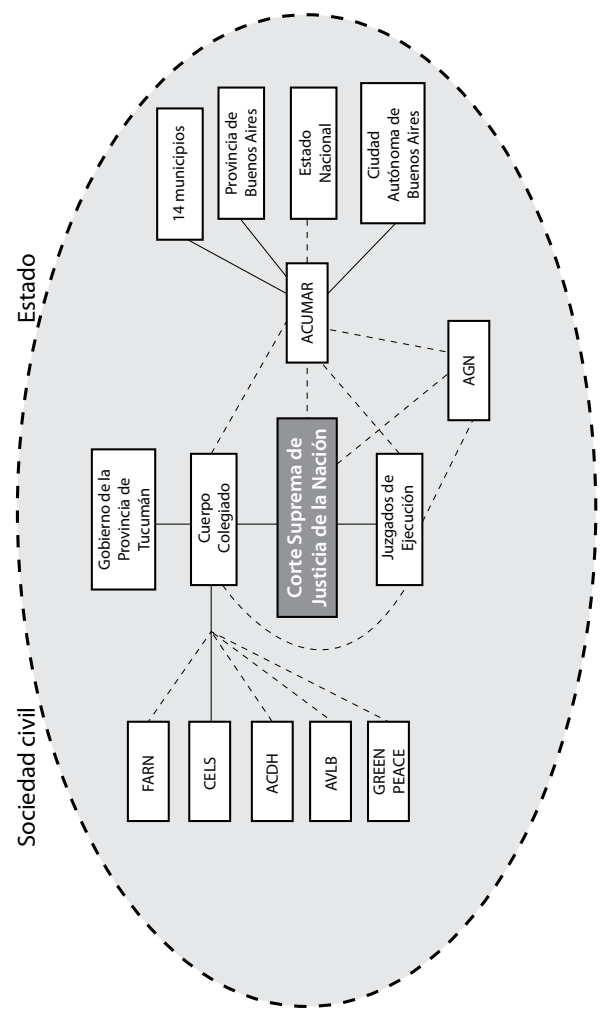
En ese sentido, Piccolotti destacó que “en un hecho histórico la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires acordaron la creación a través de ley nacional de una Autoridad de Cuenca. Este no es un hecho menor si tenemos en cuenta que este ha sido uno de los mayores obstáculos para realizar una gestión integrada de la Cuenca” (Piccolotti, audiencia pública ante la CSJN, 2006).<sup>11</sup>

El hecho de que la creación de la Acumar sea un efecto material directo de la intervención de la Corte puede verse con claridad en las discusiones llevadas a cabo en los plenarios de la Cámara de Diputados y en el Senado a la hora de sancionar la ley que crea a este organismo. Un ejemplo claro es lo dicho por la miembro informante del Frente para la Victoria en ese

---

11 *Idem.*

**FIGURA 4**  
**El campo institucional del saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo con posterioridad a la intervención de la Corte**



Fuente: elaboración propia.

entonces, la senadora Cristina Fernández, quien sostuvo en declaraciones en sesiones del Senado de la Nación:

Es bueno recordar que el proyecto que envía el Poder Ejecutivo, así como el plan presentado por la Secretaría de Medio Ambiente tuvo su origen en una intimación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hiciera concretamente al Poder Ejecutivo y a los gobiernos con competencia y funciones en la cuenca Riachuelo-Matanza. (2006)<sup>12</sup>

Si bien para algunos sectores el diseño institucional del organismo no fue el mejor,<sup>13</sup> lo cierto es que la conformación de la Acumar como entidad con carácter interjurisdiccional fue fundamental para poder iniciar finalmente un plan integral y serio de saneamiento de la cuenca.

Una cuestión que se tornó fundamental para poder avanzar en el saneamiento de la cuenca tiene que ver con que, a diferencia de los órganos y programas creados con anterioridad, la Acumar tiene facultades para regular, controlar e intervenir en materia de prevención, saneamiento, recomposición y manejo racional de los recursos naturales, y sus decisiones tienen prevalencia normativa con respecto a otros organismos y jurisdicciones de la cuenca.<sup>14</sup> Establecer esta prevalencia normativa se torna necesario debido a que, de otra manera, no sería posible resolver el problema de la superposición de normas y de funciones

12 Versión taquigráfica de sesión del 11 de octubre de 2006, p. 46.

13 Con respecto a este punto, Nápoli (entrevista, 2014) sostuvo que el diseño institucional elegido para la creación del Acumar no fue –según nuestra opinión– el más adecuado para cumplir con la finalidad de coordinación y control entre las jurisdicciones. Ya en oportunidad del tratamiento legislativo de la Ley 26.168 manifestamos mediante una presentación que elevamos al Congreso de la Nación que la creación del organismo de cuenca debía realizarse mediante un tratado interjurisdiccional, de conformidad con lo que establece el primer párrafo del artículo 124 de la Constitución Nacional, respetando el reparto de competencias y no por la vía de la ley convenio finalmente elegida.

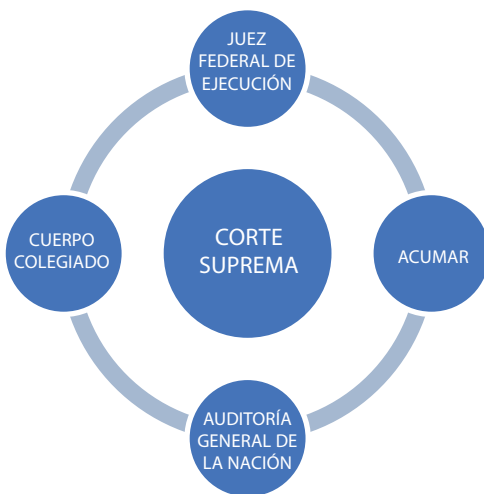
14 El artículo 6 de la Ley 26.168 establece que “las facultades, poderes y competencias de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo en materia ambiental prevalecen sobre cualquier otra concurrente en el ámbito de la cuenca, debiendo establecerse su articulación y armonización con las competencias locales”.

entre los diferentes organismos de las diversas jurisdicciones con competencia en la Cuenca.

*La creación de un sistema microinstitucional dialógico para monitorear el cumplimiento de la sentencia*

Otro de los efectos materiales directos que se produjeron de forma inmediata tuvo que ver con la creación de un sistema *sui generis* y novedoso de monitoreo del cumplimiento de la sentencia (figura 5).

**FIGURA 5**  
**Mecanismo de microinstitucionalidad dialógica del monitoreo del cumplimiento de la sentencia**



Fuente: elaboración propia.

La ejecución de la sentencia fue delegada a un juzgado de primera instancia. En un primer momento fue el Juzgado Federal de Quilmes, luego reemplazado por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal de Morón N.º 2 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 12. La finalidad del traspaso de la ejecución de la sentencia a estos juzgados tiene que ver con garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento.

Igualmente, ante la necesidad de garantizar la participación ciudadana en el marco de la ejecución del proceso y legitimar su accionar, la Corte puso en cabeza del defensor del pueblo de la nación la creación de un cuerpo colegiado (cc) formado por este y las organizaciones de la sociedad civil (osc) que participan en la causa.<sup>15</sup>

La Auditoría General de la Nación (AGN) es la encargada de llevar un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan.<sup>16</sup>

La creación de este sistema de microinstitucionalidad dialógica por parte del tribunal fue un gran acierto teniendo en cuenta que en este tipo de casos estructurales se producen situaciones cambiantes a lo largo del tiempo que requieren de actores que tengan la capacidad de ir generando cambios a lo largo del proceso. La metodología que eligió la Corte creó justamente esta dinámica que permitió grandes progresos.

### **El efecto deliberativo producido en la cuenca Matanza-Riachuelo**

La intervención deliberativa de la Corte produjo otro efecto material directo como resultado de las Audiencias públicas y un efecto indirecto inesperado, la creación de otros espacios de deliberación.

El primero fue consecuencia de las audiencias públicas (AP) y de las sentencias informativas. El uso de las AP por la Corte permitió la intervención de distintos actores, entre ellos las osc, que se convirtieron en fundamentales para el proceso.

Asimismo, la microinstitucionalidad dialógica creada por el Tribunal para monitorear el cumplimiento de la sentencia generó espacios de deliberación entre los distintos actores que permitieron que el caso avanzara de forma exitosa.

---

15 Las organizaciones que formaron parte de este cuerpo son: Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Centro de Estudios Legales y Sociales, Asociación de Vecinos la Boca, Fundación Greenpeace Argentina y Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos

16 Ver Sentencia CSJN 2008, considerando 19.



La contracara de este efecto es la escasa participación de los afectados directos de la cuenca del Riachuelo, debido a que la juridización de estos espacios atenta contra su participación excluyendo a una parte vital del proceso. No obstante, se detectó un efecto indirecto, el intento de las osc para empoderar a estos grupos a través de una agenda de proyectos propios que buscan otorgarle mayor incidencia en el proceso y en el diseño e implementación de las políticas públicas cuyos destinatarios son ellos mismos.

### *El efecto deliberativo material directo: la apertura deliberativa a través de las audiencias públicas*

La Corte decidió usar un abordaje que incluía las audiencias públicas porque suponía que estas permitirían facilitar el cumplimiento de la sentencia.<sup>17</sup>

Las AP posibilitaron que por primera vez las tres jurisdicciones se vieran las caras, dialogaran y pusieran la problemática en la agenda pública. Debemos tener en cuenta que uno de los principales problemas que se enfrentaban era la falta de articulación de las jurisdicciones para llevar a cabo un plan integral serio y duradero. En ese sentido, Andrés Nápoli, presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), sostuvo en la audiencia:

Este excelentísimo tribunal [...] ha logrado poner en la agenda pública la cuestión del Matanza-Riachuelo. Pero ha conseguido más que eso, ha logrado que los gobiernos de las tres jurisdicciones más importantes de la Argentina hayan tenido que sentarse a la mesa de las negociaciones para acordar y coordinar la presentación de un plan integral, dejando de lado los impedimentos que tantas otras veces impusieron. Y eso, señores ministros, es algo que hasta ahora nadie había conseguido. (Nápoli, audiencia pública ante la CSJN, 2006)<sup>18</sup>

17 La literatura relacionada con la Sentencia T-025 de la Corte Constitucional de Colombia ya había mostrado cómo la utilización de AP generaba un círculo virtuoso dentro de este tipo de casos que promueven una mejor implementación de las sentencias estructurales (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010).

18 Audiencia Pública del 12 octubre de 2006, p. 43.

Para garantizar un proceso exitoso, el tribunal decidió crear una microinstitucionalidad que terminó redundando en mayores espacios de diálogo en el marco del cumplimiento de la sentencia. Estos repercutieron directamente en el mejoramiento del Plan Integral de Saneamiento Ambiental durante el transcurso del proceso. Este fue tal vez el impacto de mayor importancia que tuvo este efecto dialógico.<sup>19</sup>

Tanto en el transcurso de las audiencias de supervisión, como en los juzgados encargados de la implementación de la sentencia,<sup>20</sup> se fue moldeando un proceso de monitoreo y evaluación de políticas públicas. Para garantizar el éxito de un proceso como este, es necesario contar con jueces comprometidos y con una visión diferente, tanto en las audiencias como en la forma de encarar los procesos, ya que este tipo de casos estructurales plantea desafíos permanentes. Abramovich (2009) sostiene: “La Corte estableció un procedimiento novedoso que se destacó por la oralidad y publicidad, y el rol activo que asumieron los jueces para ordenar el proceso, recabar información y asegurar la participación de todos los involucrados”.

Este efecto muestra cómo el proceso sigue las líneas de las EPJ, con decisiones moderadas y jueces activos en la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la cual dista del activismo clásico cuya forma de intervención es fuertemente criticada por la doctrina por presentar ciertas limitaciones en cuanto a la legitimidad democrática.

La Corte no se encarga de diseñar e implementar las políticas –eso es trabajo de la administración y los distintos actores dentro

---

19 En otros casos estructurales como el de la Sentencia T-025 de la Corte Constitucional colombiana, uno de los impactos más claros que tuvo el efecto dialógico en el marco del proceso fue la creación de indicadores para medir el avance del cumplimiento de la sentencia; lamentablemente, uno de los déficits que tuvo el proceso experimental en este caso fue la falta de indicadores para medir claramente el avance de las políticas públicas destinadas a la población de la Cuenca y al saneamiento de la misma (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 172).

20 En un primer momento el juzgado de ejecución fue el de Quilmes, quien por ciertas irregularidades dejó de serlo y la Corte decidió que la ejecución de la sentencia continuara en manos del Juzgado Criminal y Correccional de Moron 2 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 12.



del proceso—, sino que se transforma en una especie de garante y árbitro, asegurando las condiciones materiales y normativas para que las soluciones negociadas se vayan implementando e impacten en el fondo de la problemática estructural.

### *El efecto deliberativo indirecto: la creación de otros espacios de deliberación*

Más allá de los efectos directos que promovió la Corte a través de su impronta deliberativa, ha estimulado la aparición de otros espacios de diálogo entre actores estatales y especialmente entre no estatales.

Uno de los espacios de mayor diálogo que se generó por fuera del proceso, aunque impactó y sigue impactando directamente en este, es la creación del Cuerpo Colegiado. Si bien este es un efecto material directo de la sentencia de 2008, este espacio permitió que la Defensoría del Pueblo de la Nación y las osc que lo conforman, se consolidaran en la temática de la cuenca Matanza-Riachuelo.

Aunque la Corte otorgó al cc la función de fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan integral en el marco del proceso, este fue mucho más allá de ese cometido y se convirtió en un actor imprescindible para la implementación de la sentencia.<sup>21</sup>

Es muy probable que este efecto haya superado largamente las expectativas que la Corte tenía a la hora de situarlo en el engranaje de esta microinstitucionalidad creada para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

El cc se reunió sistemáticamente para analizar las distintas cuestiones relacionadas con su deber dentro del caso y se fue transformando también en un motor por fuera del mismo,

---

21 Botero y Jaramillo, en su capítulo sobre los derechos de la población trans e intersex en la Corte Constitucional de Colombia concluyen de igual manera, enfatizando: “Todos estos actores a veces funcionando como red, a veces de manera individual, ponen sus propias redes, sus recursos humanos y financieros en pro de visibilizar discusiones, organizar, difundir, y hacer seguimiento a los fallos”.



buscando generar iniciativas propias para mejorar la situación de la población afectada.<sup>22</sup>

La generación de este espacio, donde podían participar las osc aceptadas en el marco de la causa, estimuló la formación o el fortalecimiento de organizaciones interesadas en la problemática que fueron conformando espacios de deliberación sobre la temática e intentaron suplir ciertos déficits con respecto a la incorporación y participación de los afectados directos. En ese sentido, Fernández y Valdivielzo (2009) sostuvieron: “Con intervención de la Corte se potenció la articulación de los diversos actores sociales antes fragmentados, es decir, ONG, foros hídricos y de salud, sociedades de fomento, comisiones y asambleas barriales, grupos autoconvocados de vecinos y ciudadanos particulares.

### *Las limitaciones del efecto deliberativo*

Una de las grandes limitaciones del proceso liderado por la Corte tiene que ver con la participación real de los afectados directos en el marco de las audiencias y de la causa en general. A diferencia de otros casos estructurales llevados a cabo por otras cortes,<sup>23</sup> la Corte Suprema Argentina hizo muy poco por incorporarlos de forma activa en la causa.

Esta limitación tiene múltiples razones: una de ellas tiene que ver con que la judicialización de la temática de fondo implicó la utilización de un lenguaje y mecanismos especializados que resultan accesibles a la burocracia estatal y a las osc con experiencia jurídica, pero son de difícil acceso para las organizaciones de base.

Más allá de la barrera del conocimiento especializado, estas últimas también suelen estar condicionadas por limitaciones logísticas para seguir el rastro de la gran cantidad de información generada por la Corte, el Gobierno y el resto de

---

22 La gran cantidad de reuniones del Cuerpo y las temáticas abordadas pueden observarse en la página web del defensor del Pueblo de la Nación, <http://dpn.gob.ar/resoluciones.php?idT=92&idS=3>.

23 Caso PULC de la Corte Suprema de India sobre el derecho a la alimentación, por un elevado índice de malnutrición en el estado de Rajasthan.

los involucrados. Se trata entonces de un efecto secundario no intencional de la judicialización y del dinamismo que adquieren procesos estructurales de esta envergadura (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, 2015).

Otra cuestión que puede influenciar la falta de participación se relaciona con las características de la población involucrada. Gran parte de los habitantes de la cuenca se encuentran en situaciones de vulnerabilidad muy elevadas, con sus necesidades básicas insatisfechas. Esto impacta directamente en la posibilidad de crear organizaciones de base que les permitan participar en el proceso. Esta situación de vulnerabilidad se transforma en una barrera infranqueable, ya que deben ocuparse de cuestiones más inmediatas que impiden su efectiva participación en el proceso y en los pocos espacios que fueron creados a esos efectos.

### **El efecto irradiador del caso de la cuenca Matanza-Riachuelo en el caso de la cuenca Salí Dulce del noroeste argentino**

El proceso de la CMR produjo un efecto irradiador sobre la situación de contaminación de la CSD, ubicada en el noroeste de Argentina. Dicho efecto se materializó en cuatro dimensiones: 1) la decisión de judicializar por parte de actores sociales e institucionales claves, 2) el contenido de decisiones judiciales, 3) el rediseño del campo institucional y 4) la conducta de los actores institucionales de Santiago del Estero y Tucumán a cargo de implementar políticas públicas ambientales.

Antes de discutir dichos efectos, describo brevemente la situación fáctica que dio lugar al proceso de litigiosidad. Aclaro que el proceso de judicialización en este caso, a diferencia del de la CMR, comprende a varias causas judiciales.

#### **Breve relato sobre la situación de la cuenca Salí Dulce**

La CSD tiene influencia sobre cinco provincias del noroeste argentino: Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca y Córdoba. El río Salí nace al norte de la provincia de Tucumán

en el límite con la provincia de Salta. Se origina a partir de dos ríos tributarios: la Candelaria y el Tala. Este mantiene el nombre Salí hasta el embalse de Termas de Río Hondo, donde cambia por el de río Dulce hasta su desembocadura en la laguna de Mar Chiquita (figura 6).

**FIGURA 6**  
**Cuenca Salí Dulce**



Fuente: SEMA (2015).

Con respecto a las fuentes de contaminación de los cursos de agua, la mayor parte es orgánica y se debe principalmente a los residuos producidos por las actividades industriales, sobre todo las de la provincia de Tucumán (Defensor del Pueblo de la Nación, 2008).

Las fuentes de contaminación de la CSD son las siguientes: 1) de origen industrial que provienen mayormente de los ingenios azucareros, algunos de los cuales poseen destilerías para producir alcohol, frigoríficos y mataderos, plantas textiles, citrícolas, embotelladoras, plantas productoras de papel y celulosa, fábricas de alimentos, plásticos y una fábrica de sal; 2) contaminación derivada de efluentes de origen cloacal, estos aportan el 2% de la contaminación del río Salí; 3) contaminación de origen minero, proveniente de la provincia de Catamarca, de la mina a cielo abierto Minera Alumbrera, cuyos efluentes contienen metales pesados como arsénico, hierro, cadmio, cromo, entre otros; 4) contaminación derivada de residuos sólidos urbanos, el municipio de San Miguel de Tucumán genera una cantidad aproximada de 150.000 toneladas de residuos sólidos urbanos por año, los cuales son enterrados en un predio que linda con el río Salí (Defensor del Pueblo de la Nación, 2008).

Esta enorme cantidad de carga orgánica que producen sobre todo las industrias, es arrojada a los afluentes que desembocan en el embalse El Frontal de Termas de Río Hondo. De esta manera, el sistema hidrobiológico termina funcionando como un gran biodigestor dentro de ciertos límites (Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero, 2017).

El saneamiento de la cuenca de mayor importancia del noroeste estuvo ausente de la agenda pública durante un largo tiempo. Esto produjo que la situación ambiental fuera agravándose de forma paulatina, lo que llevó al estado de contaminación ambiental que sufren la cuenca y la población en la actualidad.

En el año 2010, aconteció un hecho que provocaría una situación de quiebre entre las provincias de Tucumán y Santiago del Estero, lo que desencadenaría la judicialización del caso. El ingreso de una cantidad enorme de vinaza adicional debido a la producción de etanol por los ingenios tucumanos, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 26.093 sobre Biocombustibles creó un gran desequilibrio del ecosistema. El

sistema no pudo procesar esa cantidad de materia orgánica, lo que produjo la mortandad de una enorme cantidad de peces, olores nauseabundos debido a la proliferación de algas y la reducción de la actividad turística como consecuencia de este fenómeno (Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero, 2017).

La judicialización de la contaminación de la CSD

La situación descrita en el apartado anterior llevó al defensor del pueblo de Santiago del Estero y a las autoridades de la provincia a judicializar la problemática con presentaciones ante la Justicia Federal de primera instancia de Tucumán, y posteriormente por vía originaria ante la Corte Suprema (Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero, 2017, p. 46). De esta manera, toma forma y se consolida un complejo proceso de litigación tramitado a través de, al menos, siete causas judiciales (tabla 1). Si bien para 2010 ya se había iniciado la causa “Ibrahim Miguel Enrique vs. Ingenio La Trinidad s/ acción de amparo”, el resto de los procesos judiciales se disparó luego del quiebre entre las dos provincias.

TABLA I  
Casos judicializados de la cuenca Salí Dulce

| Juzgado                                | Carátula                                                                                     | Actor                                                  | Demandado                       |
|----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|---------------------------------|
| Justicia Federal Tucumán               | Ibrahim Miguel Enrique vs. Ingenio La Trinidad s/acción de amparo Exp. 102/07                | Ibrahim Miguel Enrique                                 | Ingenio Trinidad                |
| Justicia Federal Tucumán               | Rojas, Ramón Ricardo vs. Ingenio y Destilería la Florida s/acción de amparo Exp. 94ª/10      | Rojas, Ramón Ricardo                                   | Ingenio y destilería La Florida |
| Corte Suprema de Justicia de la Nación | Santiago del Estero, Provincia de c/ Compañía Inversora Industrial S.A. y otro. Exp. 58/2011 | Defensor del Pueblo y Provincia de Santiago del Estero | Ingenio Leales                  |



| Juzgado                                | Carátula                                                                                                  | Actor                                                                                                | Demandado                                                                           |
|----------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| Corte Suprema de Justicia de la Nación | Santiago del Estero, Provincia de c/ Azucarera Juan M. Teran S.A. y otro. Exp. 59/2011                    | Defensor del Pueblo y Provincia de Santiago del Estero                                               | Ingenio Santa Bárbara                                                               |
| Corte Suprema de Justicia de la Nación | Santiago del Estero, Provincia de c/ Jose Minetti y Cia. Ltda. S.A.C.I. y otros. Exp. 60/2011             | Defensor del Pueblo y Provincia de Santiago del Estero                                               | Ingenios Bella Vista y La Fronterita                                                |
| Corte Suprema de Justicia de la Nación | Santiago del Estero, Provincia de c/ Cia. Azucarera Concepcion S.A. y otro. Exp. 61/2011                  | Defensor del Pueblo y Provincia de Santiago del Estero                                               | Ingenio Concepción                                                                  |
| Corte Suprema de Justicia de la Nación | Fundación Ambiente y Desarrollo (Fundayd) Fundación Centro de (Cedha) s/ daño ambiental Fecha: 17/09/2013 | Fundación Ambiente y Desarrollo (Fundayd), y Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (Cedha) | Estado Nacional, las provincias de Tucumán y Santiago del Estero, y las 33 empresas |

Fuente: elaboración propia.

Para ese entonces, observadores locales ya anticipaban que el complejo proceso de judicialización de la CSD adoptaría un formato similar al de la CMR. Al comentar sobre estas intervenciones judiciales Puppio, sostuvo: “Podrían tratarse de un nuevo caso ‘Mendoza’, que venga nuevamente a llamar la atención al poder administrador de tomarse en serio la protección del ambiente” (2012, p. 6).

### *El efecto irradiador de la judicialización de la CSD*

La forma en que se desenvuelve este proceso de judicialización a través de varios litigios puede interpretarse como el resultado del efecto irradiador provocado por la causa CMR. Esto no significa que esta impactó de igual forma en todos los aspectos de cada uno de los casos judiciales entablados; el efecto irradiador impactó en diferentes momentos y en distintos aspectos de los

procesos judiciales, por lo cual puede afirmarse que existe un efecto irradiador con distintos matices sobre todo el proceso de judicialización de la CSD.

En concreto, el efecto irradiador se manifiesta en cuatro niveles. En la estrategia legal de los demandantes de la cuestión ambiental de la CSD, en el contenido de algunas decisiones judiciales, en el rediseño del campo institucional y en la conducta de algunos agentes de la administración pública en la implementación de políticas públicas.

*El efecto irradiador sobre la estrategia y decisión  
de judicializar la situación de la CSD*

Ante los reclamos desoídos hechos por el gobierno y el defensor del pueblo de Santiago del Estero para que el gobierno tucumano diseñara e implementara políticas públicas de control sobre los principales agentes contaminantes, el gobierno santiagueño decidió judicializar la problemática. Los resultados positivos observados en el caso de la CMR a partir de la intervención del máximo Tribunal contribuyeron a esta decisión.

En esa línea, García Espil, asesor de la Defensoría del Pueblo de la Nación sostuvo:

El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo permite visibilizar otras problemáticas. Vimos desde la Defensoría, porque trabajamos en todo el país, como este caso incentivó a la ciudadanía a reclamar más fuertemente por otras problemáticas: la Cuenca Salí Dulce, la Cuenca del Reconquista, la Cuenca del Río Lujan, y otros temas que no tienen que ver directamente con esto como las minerías y los agroquímicos. El caso de la CMR abrió otro campo de posibilidades en el sentido de que hay otra vía para hacernos oír que puede dar efecto. En este sentido, no tengo dudas de que este caso es como la punta de lanza de la cuestión ambiental en el campo judicial y también en el campo de las organizaciones sociales, porque cuestiones como las audiencias públicas, la interacción entre distintas organizaciones, etc., también se pueden replicar en otros casos. (Entrevista, 2014)

Por un lado, la provincia de Santiago del Estero y el defensor del pueblo provincial presentaron cuatro casos ante la Corte

Suprema de la Nación a través de la vía originaria.<sup>24</sup> La Corte decidió darle curso solo a uno, “Provincia de Santiago del Estero c/ Compañía Azucarera Concepción S.A. y otros s/amparo ambiental”, por tener las otras causas pretensiones sustancialmente análogas. Por ello, resolvió que las decisiones tomadas en esta se hicieran extensivas a las otras.

Si bien estas causas se plantearon de forma individual contra industrias contaminantes –a diferencia del caso “Mendoza”, donde los actores demandaron a un número determinados de empresas, al Estado Nacional, Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires–, la estrategia legal de los demandantes revela la influencia del proceso de la CMR.

En estos casos, los actores solicitaron la suspensión de la actividad de un número de ingenios<sup>25</sup> debido a que vertían de forma directa vinaza en los afluentes que conforman la cuenca Salí Dulce y desembocan en el dique El Frontal. Solicitaron además que, una vez dictada la sentencia, se establezcan medidas de seguimiento y control de las acciones que deberán ejercer las demandadas para su cumplimiento.

Justamente, este requerimiento supone replicar la microinstitucionalidad dialógica que diseñó la Corte para monitorear el cumplimiento de la sentencia en el caso Mendoza.<sup>26</sup>

Tal vez la demanda que más se pareció a la del caso de la CMR fue la promovida por la Fundación Ambiente y Desarrollo

---

24 Estos fueron interpuestos por la provincia de Santiago del Estero y la Defensoría del Pueblo en la Justicia Federal de esa jurisdicción, que se declaró impedida y reenvió las causas a la Corte Suprema por entender que la vía correspondiente era la originaria ante dicho tribunal, teniendo en cuenta el artículo 117 de la Constitución Nacional.

25 Los ingenios demandados fueron: Compañías Azucareras Concepción S.A. (Ingenio Concepción) y los Balcanes S.A. (Ingenio La Florida); Compañía Inversora Industrial SA (Ingenio Leales); Azucarera Juan M. Terán S.A. (Ingenio Santa Bárbara); José Minetti y Cía. Ltda. S.A.C.I. (Ingenio Bella Vista).

26 Aunque pueden observarse similitudes entre ambos casos, también existen diferencias que tienen que ver con “las características de la CSD, en tanto el tipo de contaminación, la magnitud de la contaminación, los presuntos contaminadores, la política de gestión de contaminación de la cuenca, la existencia de un comité de cuenca, que no existía en Matanza Riachuelo” (Entrevista a Sayago, F. 2017. Directora de Medio Ambiente de la Secretaría de Estados de Medio Ambiente de Tucumán. Entrevista de E. Nader).



(Fundayd) y la Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (Cedha), quienes demandaron por daño ambiental en los términos de la Ley General de Medio Ambiente no solo a las industrias particulares como lo hicieron el defensor del pueblo de Santiago y el Poder Ejecutivo de esa provincia.

Esta procuró tener un mayor alcance y convertirse en un litigio de interés público estructural, motivo por el cual incluyó como demandados al Estado nacional, las provincias de Tucumán y Santiago del Estero y a 33 empresas individualizadas (ingenios azucareros, industrias citrícolas, frigoríficos, etc.), con la finalidad de que se ordenara el cese de la contaminación y la recomposición de la cuenca Salí Dulce, sus ríos, afluentes y tributarios, y el embalse de Río Hondo.<sup>27</sup>

También peticionaron de manera semejante a lo decidido por la Corte en el CMR para que los demandados realizaran un programa integral de saneamiento ambiental.<sup>28</sup> Esto también muestra el efecto irradiador que tuvo la decisión de la Corte, en relación con el abordaje de la contaminación ambiental de la CSD y cómo las osc se nutren de ese caso para peticionar ante las autoridades en casos de cuencas contaminadas.

La Corte desestimó la demanda por considerarla análoga a las anteriores y le sugirió a estas osc que se presentaran como tercero interesado en la causa que ya estaba en marcha.

### *El efecto irradiador en el contenido de las sentencias*

Varios de los casos presentados culminaron con decisiones trascendentales.<sup>29</sup> En varios de ellos, las sentencias utilizaron el mismo enfoque que la Corte proyectó en la sentencia del año

---

27 Fundación Ambiente y Desarrollo (Fundayd), Fundación Centro de (CEDHA) s/ daño ambiental, considerando 1.

28 Al igual que lo establecido por la Corte en el caso de la CMR, solicitaron que este Plan debía tener los siguientes objetivos: 1) mejorar la calidad de vida de los habitantes de la zona, 2) recomponer el ambiente dañado y 3) prevenir los futuros perjuicios con suficiente y razonable grado de predicción.

29 Obviamente, no consideramos aquí las sentencias de la Corte Suprema, sino las de los tribunales federales de primera instancia, dado que aquí no se daría un caso de efecto irradiador, sino más bien una consistencia del mismo órgano decisor con su propia jurisprudencia.

2008 en el caso de la CMR y hasta utilizaron casi textualmente algunos párrafos.<sup>30</sup>

En las demandas que se iniciaron ante la justicia federal tucumana, el caso Mendoza funcionó como testigo. En la causa de Ibrahim vs Ingenio la Trinidad, puede observarse la influencia de la sentencia del máximo tribunal tanto en su redacción como en el abordaje de la problemática por parte del juez federal.

En cuanto al abordaje de la causa, el juez otorga intervención a las provincias de Santiago del Estero, Tucumán y a la Nación, a las Defensorías del Pueblo de Tucumán, Santiago del Estero y la Nación, y a la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Además, solicita informes a la UNT, a la Secretaría de Medioambiente de Tucumán (SEMA) y a las defensorías respectivas sobre el estado de la cuenca. Asimismo, se permite la intervención de la sociedad civil a través de la Federación de Organizaciones Ambientalistas no Gubernamentales de Tucumán.

Siguiendo la línea del fallo de la Corte, el juez federal orienta la decisión hacia el futuro, con el objeto de recomponer el medio ambiente y establece un programa de prevención con criterios generales. También deja en claro que, si bien el cumplimiento del programa es obligatorio, el modo en que se concrete corresponde al ámbito funcional y de discrecionalidad de la administración. Tanto los objetivos como las obligaciones del programa en cabeza de los distintos implicados son casi idénticos a la sentencia de 2008 del caso Mendoza.<sup>31</sup>

---

30 En este efecto se analizan otras sentencias de los tribunales federales locales buscando aportar a esta línea de vacancia de los estudios sobre casos subnacionales.

31 Los objetivos son: 1) la mejora de calidad de vida de los habitantes circundantes al ingenio demandado y, en forma general, de los habitantes de la provincia de Tucumán; 2) La recomposición del ambiente en todos sus componentes (agua, aire y suelos) en la zona de influencia directa, afectado como consecuencia de la producción fabril del ingenio demandado; 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

En cuanto a las obligaciones de las partes implicadas, también existen similitudes con el caso "Mendoza", especialmente en lo que se refiere a las de la autoridad de control, quien debe abordar las siguientes temáticas en el programa: 1) información pública, 2) mandatos de control (que incluye inspecciones, monitoreo, si existen problemas de salud derivados de la contaminación industrial), 3) derechos de la comunidad a denunciar irregularidades, y

Igualmente, pueden distinguirse extractos del fallo que son prácticamente una copia de la sentencia de 2008 del caso Mendoza. Por ejemplo, cuando la sentencia establece:

El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando por el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito funcional y de discrecionalidad de la administración.<sup>32</sup>

Otro claro ejemplo de la influencia de la sentencia de la Corte en el caso de la CSD, se observa en los objetivos del programa. El juez federal, de forma casi idéntica a lo resuelto por el máximo tribunal, estableció que se deben perseguir:

tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) la mejora de calidad de vida de los habitantes circundantes al Ingenio demandado y en forma general de los habitantes de la Provincia de Tucumán; 2) la recomposición del ambiente en todos sus componentes (agua, aire y suelos) en la zona de influencia directa, afectado como consecuencia de la producción fabril del Ingenio demandado; 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.<sup>33</sup>

### **El efecto irradiador sobre el campo institucional y la política pública**

El impacto irradiador del proceso CMR se observa también en el campo institucional y en la política pública.

---

4) la posibilidad de aplicar sanciones en caso de incumplimiento del demandado.

32 La sentencia de 2008 de la CSJN en el caso Mendoza dice: “El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración”.

33 La sentencia de la CSJN de 2008 establece: “El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos: 1) la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción”.

En el caso de la *CSD*, la Corte no generó una microinstitucionalidad tan compleja y novedosa para monitorear el cumplimiento de la sentencia como en el caso de la *CMR*,<sup>34</sup> pero sí creó un mecanismo de monitoreo del cumplimiento de la sentencia *sui generis* a través de la intervención de un actor externo al Poder Judicial, la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (*Sayds*),<sup>35</sup> quien tuvo que enviar, a partir del dictado de la sentencia, informes trimestrales sobre el estado de la cuenca (figura 7).

La Secretaría se convirtió, de esta manera, en el garante de los avances de las metas que se trazaron en el Acuerdo para el saneamiento y la prevención de contaminación de la *CSD*. Al respecto, Sayago declara:

Es acertado que se haya puesto un poco de garante a la Secretaría de Medioambiente de la Nación en el seguimiento, y creo que es acertado también con respecto a los particulares, porque no es lo mismo un control administrativo, que uno de este tipo que a su vez está supervisado por la Corte, que puede además eventualmente derivar en procesos penales, como ya sucedió con algunos casos, porque algunas pruebas del amparo se pueden usar también para algún eventual proceso penal. (Entrevista, 2017)

Asimismo, los diferentes procesos judiciales relacionados con la *CSD* impulsaron la creación de una política de saneamiento de esta cuenca. A partir del caso Provincia de Santiago del Estero c/ Compañía Azucarera Concepción S.A. y otro s/ amparo ambiental, la Corte Suprema solicitó a la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación que informara sobre la situación de la cuenca y que realizara un informe trimestral.

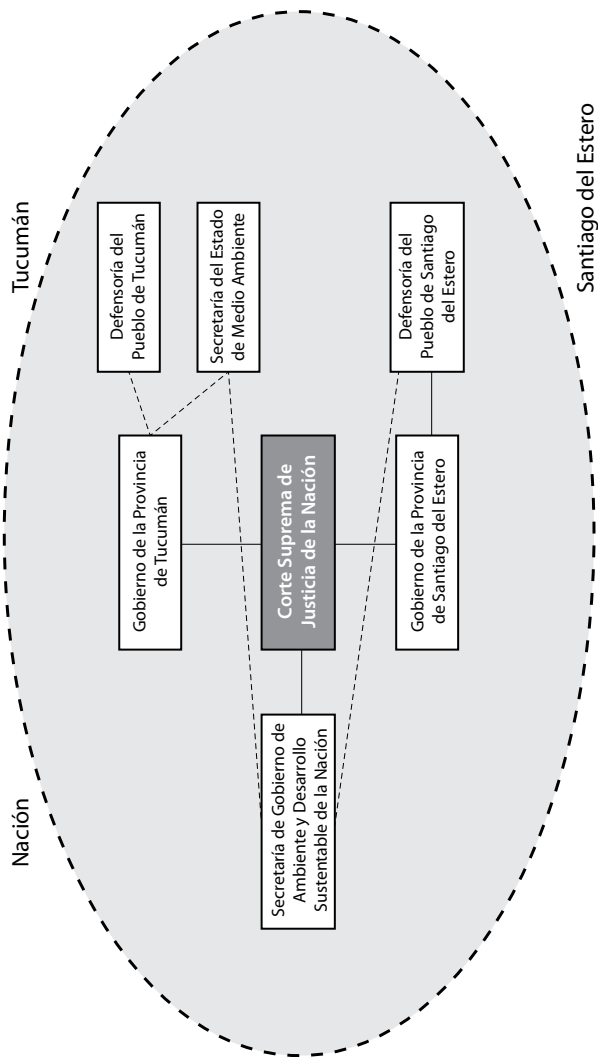
No obstante, las diferentes agencias estatales fueron más allá de lo que había solicitado el Tribunal. Esto se debió al efecto irradiador de la causa *CMR* sobre estos actores. Una de las responsables de diseñar la política pública de la provincia

---

34 Para más detalles sobre la microinstitucionalidad generada en el caso Mendoza, ver el efecto de coordinación y creación institucional.

35 Antes era Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, y fue elevada al rango de Ministerio.

**FIGURA 7**  
**Campo institucional de la cuenca Salí Dulce**



Fuente: elaboración propia.

de Tucumán, Florencia Sayago, reconoce: “Creo que acá las jurisdicciones intervinientes fuimos mucho más proactivas, no esperamos a que la Corte nos dijera qué es lo que tenemos que hacer. Y ahí sí hubo un efecto irradiador, porque nos imaginamos qué era lo que la Corte nos podía pedir en función del caso Mendoza, y entonces lo hicimos. (Sayago, entrevista, 2017).

En la causa *CSD*, la Corte no precisó estándares, directrices o algún tipo de programa que las agencias estatales tucumanas debían cumplir para solucionar la problemática de la contaminación de la cuenca. Simplemente se limitó a solicitar a la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación<sup>36</sup> un informe sobre las medidas que se estaban llevando a cabo para proteger la *CSD*, sobre todo en lo atinente a la contaminación del dique El Frontal de Termas de Río Hondo.

Específicamente, las partes intervinientes –la provincia de Tucumán, la provincia de Santiago del Estero, la Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación como garante de las metas y los plazos acordados–, hacia finales del año 2011, firmaron un acuerdo con el objetivo de reducir la contaminación en la *CSD* (Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero, 2017, pp. 18-19). Esto no había sido requerido por la Corte, pero en el Acta Acuerdo se reconoce que la intervención de esta fue vital para avanzar en ese sentido.

En los considerandos se deja en claro que “resulta necesario dar respuesta a la problemática ambiental que afecta a la Cuenca Salí Dulce, relacionada con la protección de la represa Río Hondo y que diera lugar a la promoción de una demanda de amparo ambiental en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.<sup>37</sup>

---

36 *Idem.*

37 Acta Acuerdo entre la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministro de la Nación, la provincia de Tucumán, la provincia de Santiago del Estero y la Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero, del 30 de diciembre de 2011. Sus principales puntos son: “a) estimar como adecuadas las metas y plazos del Acuerdo para la prevención de la contaminación de origen industrial en el Embalse de Río Hondo, b) sujetar a mecanismos de control y fiscalización los plazos y metas del acuerdo mencionado, c) instituir un procedimiento de consultas

Con anterioridad a la intervención de la Corte ya existían Planes de Reconversión Industrial (PRI) implementados en algunas empresas tucumanas. A partir de esta Acta Acuerdo tomaron un nuevo impulso y se ampliaron, tanto en la cantidad de empresas involucradas como en el contenido de metas que debían cumplir.<sup>38</sup>

Esto llevó también a que la Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero pusiera en marcha un Programa de Monitoreo Permanente de los principales tributarios del embalse Río Hondo. Aunque la idea del programa era detectar tempranamente eventos de contaminación que afectaran el ecosistema de la cuenca. Este aseguró una presencia continua en el terreno y colaboró para que disminuyan notablemente los vertimientos ilegales sobre los ríos de la cuenca (Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero, 2017, p. 19).

En definitiva, la Corte, sin necesidad de intervenir a través de un remedio fuerte, sin obligar a las partes a aplicar un programa específico y sin un monitoreo acucioso del cumplimiento de la sentencia, provocó que las partes se tomaran en serio la contaminación de la CSD y comenzaran a implementar políticas de control adecuadas que lograron disminuir la contaminación en la cuenca.

## Conclusiones

El estudio empírico de una sentencia estructural permitió analizar los efectos directos e indirectos que se generaron a partir de una intervención experimental y dialógica de la Corte.

En particular, el trabajo se concentró en el estudio de un efecto instrumental indirecto que suele ser poco investigado en la literatura latinoamericana: el efecto irradiador. Esto permitió

---

o de participación ciudadana en cabeza de las Defensorías del Pueblo de ambas jurisdicciones y d) promover el monitoreo continuo para evitar la contaminación del ecosistema de la Cuenca”.

38 Hasta hoy existen tres etapas de PRI, la primera que abarca de 2007 a 2010, la segunda de 2011 a 2014 y una tercera de 2014 a 2017. Si bien el caso de la Corte incluye solo a ingenios y destilerías, los PRI son más amplios e incluyen a otro tipo de industrias como citrícolas, papeleras, mataderos, entre otras.

contribuir al estudio de otro tema que también suele estar vacante: el análisis de casos subnacionales. Se observó que casos testigos como el de la CMR producen efectos irradiadores sobre otros similares. El estudio realizado sobre la intervención de la Corte y los tribunales federales en la CSD permitió observar que este efecto se manifiesta en cuatro niveles: la estrategia legal de los demandantes de la cuestión ambiental de la CSD, el contenido de algunas decisiones judiciales, el rediseño del campo institucional y la conducta de algunos agentes de la administración pública con respecto a la implementación de políticas públicas.

La agenda de investigación futura es amplia y da lugar a muchos interrogantes. Seguramente las próximas investigaciones deberían considerar bajo qué condiciones los casos estructurales testigos producen efectos en otros similares, si el caso de la CMR fue una excepción o el origen de una tendencia, o si los casos subnacionales corren en general con la misma suerte que aquellos que se desarrollan en las Altas Cortes. Estas preguntas quedan abiertas para futuras investigaciones.

Este trabajo muestra, en definitiva, cómo ciertas intervenciones de los tribunales pueden contribuir, de una manera que no afecta principios democráticos, a resolver problemáticas estructurales que se producen por la inacción de las agencias estatales. Asimismo, el trabajo detecta la existencia de un efecto irradiador sobre otros casos similares, lo que pone en evidencia la capacidad replicadora de este tipo de intervenciones, y su capacidad de generar espacios complementarios para resolver vulneraciones estructurales de derechos humanos en Latinoamérica.

## Referencias

- Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En V. Abramovich y L. Pautassi (Comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*. Editores del Puerto.
- Bergallo, P. (2006). Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público. JA 2006-II-3/14.



Bergallo, P. (2013). *Unleashing health rights in Argentine courts: From the myth of rights to the politics of rights* (Tesis doctoral). Stanford University.

Bilbao, C. (2011). Por las venas del Riachuelo: un recorrido por la pobreza y la desidia. *Clarín*. [http://www.clarin.com/sociedad/venas-Riachuelo-recorrido-pobreza-desidia\\_0\\_B1fQ4nm6vml.html](http://www.clarin.com/sociedad/venas-Riachuelo-recorrido-pobreza-desidia_0_B1fQ4nm6vml.html).

Birks, K. S. (2010). *Why the Shadow of the Law is Important for Economists*. Massey University–Massey Business School.

Bourdieu, P. (2000). La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del derecho*. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.

Cali, B. y Koch, A. (2017). La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos. En M. Langford, C. Rodríguez Garavito y J. Rossi (Eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2008). *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el derecho*. Siglo XXI.

Cichowski, R. A. (2006). Courts, rights, and democratic participation. *Comparative Political Studies* February, 39(1).

Couso, J., Huneeus, A. y Sieder, R. (2010). *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*. Cambridge Studies in Law and Society.

Elster, J. (1989). Social, norms and economic theory. *The Journal of Economic Perspectives*, 3(4), 99-117.

Fernández y Valdivielso, E. (2009). ¿Consenso o apaciguamiento? *Ciudadanía y Participación Social en la gestión de la Cuenca del Río Matanza – Riachuelo*. V Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

García Silva, L. y García Espil, J. (2012). Causa matanza riachuelo: Tiempo de debatir escenarios de recomposición. *Informe Anual FARN*.

Gargarella, R. (2007). Un papel renovado para la Corte Suprema: democracia e interpretación judicial de la Constitución. [seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/ganamo.html](http://seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/ganamo.html).



- Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (2006), *Social transformation and the judiciary*. Ashgate.
- Gauri, V. y Brinks, D. (2008). *Courting social justice, judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press.
- Gloppen, S. (2005). Public interest litigation, social rights and social policy. *Arusha Conference: New Frontiers of Social Policy*.
- Gómez, A. G., Medina, M. E. y Amaya, C. M. (2014). El derecho penal ambiental y sus implicancias en la Cuenca Salí-Dulce. *Informe Ambiental Anual FARN*, 213-229.
- Herrero, A. (2011). La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino. *Derecho, Justicia y Política*, 49(1). Universidad de Chile.
- Jones, C. O. (1970). *An introduction to the study of public policy*. Duxbury Press.
- Langford, M., Rodríguez Garavito, C. y Rossi, J. (Eds.) (2017), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia.
- Levinson, D. J. (1999). Rights essentialism and remedial equilibration. *Columbia Law Review*, 99(4), 857-940.
- Mangabeira Unger, R. (1987). *False necessity: Antynecessitarian social theory in the service of radical democracy*. Cambridge University Press.
- McCann, M. (1994). *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago University Press.
- McCann, M. (1999). *The Supreme Court and American politics: New institutional approaches*. University of Kansas Press.
- Merlinsky G. (2013). *Política, derechos y justicia ambiental: el conflicto del riachuelo*. Fondo de Cultura Económica.
- Mnookin, R. H. y Kornhauser, L. (1979). Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce. *The Yale Law Journal*, 88(5), 950-997.
- Nader, E. (2022). *Constitución, justicia ambiental y derechos. El caso cuenca Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina y su efecto irradiador para otras cuencas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Pelletier Quiñones, P. (2012). Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos. *Revista IIDH*, 55, 319-349.

Puga, M. (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. Clacso.

Puppio, A. (2012). *La competencia originaria de la CSJN en cuestiones ambientales y el caso cuenca Salí-Dulce*. LLNOA.

Retamozo, M. (2012). Constructivismo: epistemología y metodología en las ciencias sociales. En E. de la Garza Toledo y G. Leyva (Eds.), *Tratado de metodología de las ciencias sociales perspectivas actuales*. Fondo Económico.

Rodríguez Garavito, C. (2017). Empowered participatory jurisprudence: Experimentation, deliberation and norms in socioeconomic rights adjudication. En K. Young (Ed.), *The future of economic and social rights*. Cambridge University Press.

Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Dejusticia.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*. Siglo Veintiuno Editores.

Rodríguez Peñaranda, M. L. (2021). ¿Logran las decisiones judiciales emancipar? Metodologías en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones judiciales. En M. L. Rodríguez Peñaranda, D. R. Jiménez Estévez y F. A. León Peñuela F. A (Eds.), *Altas cortes y transformación social. (Des)obediencia a las órdenes judiciales. ¿Qué pasa después de la decisión judicial?* Instituto de Investigación Sociojurídica “Gerardo Molina” – Unijus.

Rosenberg, G. (1991). *The hollow hope. Can the courts bring about social change?* The University of Chicago Press.

Ruibal, A. (2017). Movilización legal a nivel subnacional en la Argentina: el caso Sisnero por la igualdad de género en el trabajo en Salta. *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, 57(222).

Ryan, D. (2004). *Ciudadanía y control de gobierno en la Cuenca Matanza Riachuelo*. Center for Latin American Social Policy, Teresa Lozano Institute of Latin American Studies, University of Texas at Austin.



Sabel, C. F. y Simon, W. H. (2003-2004). Destabilization rights: How public law succeeds. *Harvard Law Review*, 117.

Smulovitz, C. (2015). ¿Quién paga por los derechos en las provincias argentinas? El Caso de las leyes de violencia familiar. *Desarrollo Económico*, 55(216).

Smulovitz, C. (2018). Public defense and access to justice in a federal context: Who gets what, and how in the Argentinian provinces. En D. Kapiszewski y M. Ingram (Eds.), *Beyond high courts*. University of Notre Dame.

## Informes

Defensor del Pueblo de la Nación (2008). *Informe cuenca Salí-Dulce*.

Defensor del Pueblo de la Nación (2008). *Informe N° 1*.

Defensor del Pueblo de la Nación (2008). *Informe cuenca Salí-Dulce*.

Defensoría del Pueblo de Santiago del Estero (2017). *Cuenca del Río Salí-Dulce: la calidad del agua de los ríos que desaguan en el embalse Río Hondo*.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2013). *Informe cuenca Salí-Dulce*.

## Entrevistas

García Espil, J. (2014). Asesor jurídico en temas medioambientales en la Defensoría del Pueblo de la Nación. Entrevista de E. Nader.

Nápoli, A. (2014). Director ejecutivo de la Fundación Ambientes y Recursos Naturales. Entrevista de E. Nader, Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

Sayago, F. (2017). Directora de Medio Ambiente de la Secretaría de Estados de Medio Ambiente de Tucumán. Entrevista de E. Nader.

## Sentencias y audiencias públicas

csjN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo), 20 de junio de 2006.

CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo), 08 de julio de 2008.

Sentencia Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N.º 2 de 23 de septiembre de 2015, considerando 4.

Juez Federal en lo Criminal y Correccional de Morón N.º 2, causa FSM 52000150/2013 de 23 octubre de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

Corte Suprema de India, Caso PULC de la Corte Suprema de India sobre el derecho a la alimentación, por un elevado índice de malnutrición en el Estado de Rajasthan.

Audiencia pública CSJN del 5 de septiembre de 2006.

Audiencia pública CSJN del 11 de octubre de 2006.

Audiencia pública CSJN del 12 de octubre de 2006.



**Cuarta parte:**  
**Innovaciones jurídicas**



## **Crisis, ritual judicial y autoridad. Análisis situado de los modos de construcción de legitimidad de la Corte Suprema argentina<sup>1</sup>**

*Leticia Barrera<sup>2</sup>*

---

1 Este capítulo retoma hallazgos y argumentos elaborados en trabajos anteriores de mi autoría. Una versión preliminar fue presentada y discutida en el xvi Congreso Nacional de Ciencia Política, celebrado en julio de 2023 en la ciudad de Buenos Aires. Mi agradecimiento a Catalina Smulovitz por su atenta lectura y comentarios recibidos que contribuyeron a mejorar este texto.

2 Investigadora independiente del Conicet, en la Escuela Interdisciplinaria de Altos Estudios Sociales (EIDAES), Universidad Nacional de San Martín. Profesora de Teoría General del Derecho, Universidad de Buenos Aires.



## Introducción

Este trabajo se propone analizar determinadas regulaciones implementadas por la Corte Suprema de Justicia argentina con posterioridad a la crisis de 2001-2002, denominadas genéricamente “acordadas de transparencia”, y consideradas en su momento como instrumentos novedosos que vendrían a dar cuenta del interés y la decisión del tribunal para incorporar una modalidad de intervención y ejercicio de su jurisdicción más dialógica y participativa. Desde una perspectiva etnográfica, este trabajo procura dar un sentido a esas regulaciones interpretándolas en el contexto en el que fueron adoptadas y comenzaron a implementarse. En ese universo de nuevas prácticas, se destacan las audiencias públicas, sobre las que se buscará elaborar enfocando el análisis en los aspectos performativos de estos eventos que tienen la potencialidad de proyectar la autoridad de la justicia más allá del ámbito judicial, alcanzando a un público general. En el contexto posterior a la crisis sobre la que se elabora este texto, esa autoridad –la nueva Corte– se presenta como la expresión de un orden que construye su legitimidad en prácticas de transparencia y participación ciudadana, en línea con demandas de cambio y reforma del Poder Judicial de larga data. Este trabajo no pretende discutir si el proceso de toma de decisión de la Corte se ha vuelto más abierto y participativo desde de la incorporación de las nuevas regulaciones y, en particular, de las audiencias públicas, sino problematizar las prácticas analizadas poniendo en perspectiva el contexto social de su realización.

En culturas jurídicas de Occidente, y sobre todo en aquellas arraigadas a una fuerte tradición de derecho civil, escrito



y codificado, como lo es la de Argentina, el proceso de toma de decisión judicial tiende a representarse como un fenómeno aislado, autónomo, que se desenvuelve en un territorio reservado a expertos y se asienta en un saber objetivo, racional y neutral que, a la vez, se proyecta como tal. El arco de críticas a esta visión formalista del derecho es muy amplio, extendido en el tiempo y alimentado desde distintas perspectivas provenientes tanto de la teoría jurídica como de las ciencias sociales, entre ellas, la antropología, la sociología, la psicología y la ciencia política. A pesar del peso de tales críticas, basadas fundamentalmente en estudios empíricos, persiste todavía una conceptualización normativa acerca de la función judicial como una actividad técnica y desapasionada, ajena a los vaivenes de la política. Más aún, esa dimensión técnica burocrática y despojada de la justicia ha funcionado en algunos momentos de la historia política argentina como argumento para alegar la continuidad del Poder Judicial ante rupturas del orden constitucional, imaginándolo como una “institución sin solución de continuidad” (contrariamente al destino que sufrían los otros poderes) y garante del orden establecido, como un “mero órgano judicial”, independiente y sin compromisos políticos (Barrera, 2019). Estos presupuestos encuentran su expresión en máximas tales como “los jueces solo hablan a través de sus sentencias”, de amplia circulación en el campo judicial y que irradia también a toda la comunidad jurídica, enunciando un modelo de conducta que deben observar jueces y juezas en función del “decoro”, la “reserva”, el “orden y jerarquía” que se asumen como atributos/virtudes de la función judicial.<sup>3</sup>

Este trabajo toma nota de esas representaciones acerca de la judicatura y el accionar de los tribunales, y se propone analizar determinadas regulaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) denominadas genéricamente “acordadas de transparencia” con posterioridad a la crisis de 2001-2002, un momento de fuerte cuestionamiento al quehacer de las instituciones públicas, y que, particularmente

---

3 Como ejemplo de manifestación concreta de ese sistema de creencias alrededor del “deber ser” sobre la conducta de los magistrados, puede verse Benedetti (2019, pp. 113-117).

respecto de la CSJN, vino a apuntalar críticas más antiguas a su accionar. Considerados en su momento como novedosos, esos instrumentos y procedimientos dispuestos por esas acordadas fueron interpretados como manifestación del interés y decisión del tribunal de incorporar una modalidad de intervención y ejercicio de su jurisdicción más dialógica y participativa (Gargarella y Bergallo, 2014; Puga, 2012). De ese conjunto de disposiciones, este trabajo busca poner el foco en aquellas que instancian o enmarcan la práctica de las audiencias públicas. Con esto no se busca dar cuenta de los resultados o el impacto de las audiencias en términos de sus efectos concretos (materiales y simbólicos) en una sentencia judicial (Benedetti y Sáenz, 2016), sino de la tarea de la CSJN de construcción de una nueva legitimidad<sup>4</sup> que le dé soporte frente a los cuestionamientos y las demandas de cambio y reforma potenciados por la crisis. En esta línea, el trabajo no va a discutir si la celebración de las audiencias públicas convirtieron a la Corte en una institución más transparente, abierta al diálogo y la participación ciudadana en la toma de sus decisiones. El texto se detiene en el carácter performativo de las audiencias para describir e interpretar los sentidos que le dan los actores, situándolos en el contexto de realización de aquellas prácticas, es decir, un periodo en el que todavía resonaba fuertemente el impacto de la crisis económico-política que puso de manifiesto el desprestigio de las instituciones públicas, entre ellas, la CSJN (ADC, 2005; 2008; Smulovitz, 2005; CELS, 2002, 2003).

Para llevar a cabo lo anterior, el trabajo se apoya en contribuciones teóricas de la antropología, la sociología, el derecho y la teoría social contemporánea, tomando como referente empírico la primera audiencia pública celebrada en la denominada

---

4 Entre los diferentes significados que puede asumir la noción de legitimidad, en este texto, a partir del discurso de los operadores judiciales sujetos de la investigación, se busca vincular tal concepto con el denominado apoyo difuso por parte del público a una Corte como institución, en contraposición al apoyo a sus decisiones específicas, basado en el reconocimiento de esta como un actor significativo y respetado dentro del sistema político. Véase Ruibal (2022), Gibson y Caldeira (1992) y Fallon (2005).

causa “Mendoza”,<sup>5</sup> también llamada caso “Riachuelo”. Este evento tuvo lugar en la sala de audiencias de la Corte Suprema en septiembre de 2006 y se extendió durante dos jornadas que permitieron llevar a cabo un registro etnográfico a partir de entrevistas y observaciones que integran a su vez los hallazgos de un estudio de largo plazo sobre las prácticas y formas de producción y circulación del saber en la Corte (Barrera, 2022).<sup>6</sup> En lo que sigue el trabajo se organiza del siguiente modo: en

---

5 “Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros c. Estado Nacional y otros”, sentencia de la csjN del 8 de julio de 2008. La causa se trata de una demanda de competencia originaria de la Corte Suprema (art. 117 CN) interpuesta por un grupo de personas encabezadas por Beatriz S. Mendoza, residentes de la denominada Villa Inflamable, ubicada en la zona del polo petroquímico y puerto Dock Sud, a orillas del Riachuelo sobre el límite sudeste de la ciudad de Buenos Aires, y un grupo de profesionales del Hospital Interzonal de Agudos de Villa Fiorito, ambos en el partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, contra el Gobierno de la Nación, la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires, catorce municipios y cuarenta y cuatro empresas privadas que operaban en el área, por daños individuales y colectivos, y la recomposición del ambiente. Esta causa comenzó a tramitarse en la Corte Suprema en 2004 bajo la supervisión de la Secretaría judicial 5, encargada de los casos de interés público o relevancia institucional, y se ha desarrollado a través de un largo proceso en el que la Corte delimitó el objeto procesal (la tutela del interés colectivo exclusivamente), estableció las partes legitimadas para concurrir como terceros interesados, dispuso la celebración de audiencias públicas periódicas, ordenó la realización de informes técnicos a un cuerpo de peritos e impuso a los diferentes niveles de gobierno demandados presentar un plan de saneamiento integral de la cuenca Matanza-Riachuelo, estableciendo una serie de objetivos, metas, plazos y responsabilidades para su ejecución, junto con un estricto cronograma de cumplimiento. Asimismo, delegó la competencia para la ejecución de sus decisiones en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, provincia de Buenos Aires. En la actualidad, la causa continúa tramitándose ante la Corte, en el ámbito de la Secretaría de Juicios Ambientales creada en 2015, y la ejecución de la sentencia es supervisada por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 12 ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal de Morón, respectivamente.

6 Entre 2006 y 2007, antes de que la Corte dictara sentencia en el caso Matanza-Riachuelo, se realizaron cuatro audiencias públicas. Algunas de ellas requirieron más de una jornada, como sucedió con la primera. Luego de la sentencia de 2008, se convocaron otras tres audiencias en 2011 y 2012 destinadas a monitorear la implementación de la decisión; y, por último, se realizaron otras el 30 de noviembre de 2016 y el 14 de marzo de 2018 (Barrera y Sáenz, 2020).

la primera sección se brinda una descripción del contexto en el que se sitúa el análisis destacando la nueva composición de la CSJN y sus actividad –en principio de carácter administrativo–, con la que se persigue regular e implementar prácticas novedosas en los procedimientos y quehaceres internos del tribunal, como también algunas sentencias destacadas que ponen en juego aquellas prácticas. La segunda sección se enfoca en los significados que algunos jueces y funcionarios de la Corte elaboran en relación con las audiencias que se celebran en aquel espacio, y cómo esos significados dotan de un sentido a sus prácticas. En esta sección también se mencionan algunos elementos que la teoría enuncia como aportes de las audiencias a una práctica judicial más transparente y que algunos de mis interlocutores también reconocen en ese mismo sentido. En la tercera sección se centra la atención en la audiencia del caso de la Cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo sobre la que pivotea este texto, destacando sus efectos en algunos sujetos concretos presentes en aquel evento, y cómo ellos le dan sentido a lo que la audiencia pública les proyecta. La cuarta sección recupera algunas elaboraciones teóricas que constituyen el bagaje para interpretar las audiencias públicas como se presentan en el terreno, y reflexionar sobre el entramado de aspectos materiales y rituales que le dan soporte a esos eventos y sus efectos. En la conclusión se recupera lo elaborado a lo largo del texto, buscando reforzar el argumento principal acerca de la potencialidad de eventos públicos como las audiencias celebradas por la Corte para comunicar y a la vez dar forma a la autoridad de la justicia que se erige ante el público como la expresión de un orden más legítimo, forjado en las demandas sociales de transparencia, acceso y participación ciudadana.

## El contexto

Mi encuentro con la causa Mendoza (caso Riachuelo) se produjo en el marco de una investigación de largo plazo sobre las prácticas de producción y circulación del saber en la SCJN (2005-2007; 2010-2012; 2016-2018). En el contexto de la actividad jurisprudencial de la CSJN, Mendoza resulta un caso paradigmático por varias razones; principalmente, por la expansión

del terreno de lo justiciable (Puga, 2012) y la modalidad de intervención del tribunal, reflejada en sus acciones durante el curso del proceso, en los remedios adoptados y los mecanismos dispuestos para su implementación (Berros, 2012). De hecho, las diferentes implicancias que ha tenido esta causa (jurídicas, políticas, institucionales, ambientales, socioeconómicas, entre otras) han dado lugar, además, a numerosas investigaciones desde distintos abordajes. Particularmente, en el terreno de mi trabajo de investigación etnográfica sobre la CSJN, la causa Mendoza irrumpió con la espectacularidad de un acontecimiento que permitía observar el despliegue de nuevas prácticas del tribunal en el marco de un proceso de toma de decisión judicial, pero también en el particular contexto de su realización –un escenario poscrisis y de necesidad del tribunal de recuperar legitimidad–, adquirirían otro significado. Por aquel entonces, ya se había producido la renovación parcial de los miembros de la Corte, dejando atrás la composición que había originado la llamada “mayoría automática” en la década de los noventa y dando lugar al ingreso de juristas de reconocido prestigio.<sup>7</sup>

---

7 Tal renovación tuvo lugar en un lapso de dos años (2003-2004) a través de la renuncia o del mecanismo de juicio político. De los cinco que integraban la llamada mayoría automática, tres renunciaron ante la posibilidad del juicio político impulsado en 2002 por el entonces presidente Néstor Kichner (Julio Nazareno, Guillermo López y Adolfo Vázquez) y dos fueron destituidos por ese mecanismo (Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano). Con anterioridad, en 2002, y aunque no integraba tal agrupamiento de jueces, había renunciado Gusvavo Bossert alegando “cansancio moral” frente a acusaciones a la Corte por mal desempeño de sus funciones y en el marco de un anterior proceso de juicio político al tribunal iniciado durante el gobierno provisional de Eduardo Duhalde. Fue reemplazado por Juan Carlos Maqueda (2002). Los demás jueces y juezas que ingresaron en reemplazo de la composición anterior fueron Eugenio Raúl Zaffaroni (octubre de 2003); Elena Highton de Nolasco (junio 2004); Carmen Argibay (confirmada por el Senado en julio de 2004, pero se incorporó efectivamente en febrero de 2005); y Ricardo Lorenzetti (diciembre de 2004). Todos ellos se sumaron a Enrique Petracchi, Augusto Belluscio y Carlos Fayt, miembros del tribunal desde el retorno de la democracia en diciembre de 1933. Dado que el texto se apoya en datos registrados en el marco de entrevistas realizadas en la CSJN, como estrategia para anonimizar a sus jueces y juezas se decidió el uso genérico del masculino. No así con funcionarios y funcionarias judiciales cuyo universo es mucho más amplio. Para una descripción detallada de los roles de los funcionarios que integran la CSJN, ver Barrera (2022).

Aunque incorporadas con posterioridad al corpus de regulaciones, las audiencias públicas se presentaban como el aspecto más visible de una serie de instrumentos denominados Acordadas de Transparencia, adoptados por la Corte a partir del periodo que se abre con la segunda presidencia de Enrique Petracchi (1° de enero de 2004-31 de diciembre de 2006), en reacción a las fuertes demandas sociales de cambio y transparencia de los poderes públicos que acompañaron la movilización y protesta social, y los reclamos de amplios sectores manifestados durante la crisis de 2001-2002 (Ruibal, 2022). A través de estas acordadas se implementaron diferentes procedimientos en la Corte, tales como la publicidad de los expedientes de circulación interna;<sup>8</sup> la publicación del cronograma de acuerdos en casos de relevancia institucional;<sup>9</sup> la publicación de la versión completa de las sentencias más importantes en *Fallos* (publicación oficial de las sentencias);<sup>10</sup> la actualización de las bases de datos y la mejora de las condiciones para el acceso público a su jurisprudencia (2003); el acceso a los contenidos de la página web del tribunal;<sup>11</sup> la prohibición a jueces y funcionarios de dar audiencia a una de las partes en privado sin la presencia de todas las demás;<sup>12</sup> la implementación del mecanismo de *amicus curiae* en casos de “trascendencia institucional” o casos “de interés público”;<sup>13</sup> la creación del Centro de Información Judicial (CIJ) diseñado para funcionar como la agencia de noticias del Poder Judicial,<sup>14</sup> y la exposición oral y pública de los argumentos de las partes a través del formato de audiencias públicas.<sup>15</sup> A estas disposiciones se le sumaría años más tarde (diciembre de 2011) el

---

8 CSJN, Acordada 35 del 11 de diciembre de 2003.

9 CSJN, Acordada 36 del 18 de diciembre de 2003.

10 CSJN, Acordada 37 del 18 de diciembre de 2003.

11 CSJN, Acordada 1 del 11 de febrero de 2004.

12 CSJN, Acordada 7 del 24 de febrero de 2004.

13 CSJN, Acordada 28 del 14 de julio de 2004 (modificada luego por la Acordada 7 de 2013, que estableció que quienes se presentaran ante la CSJN según este régimen deberían manifestar a qué parte o partes del proceso apoyan).

14 CSJN, Acordada 17 del 30 de mayo de 2006.

15 CSJN, Acordada 30 del 5 de noviembre de 2007.



lanzamiento de una plataforma digital denominada “Gobierno Abierto”,<sup>16</sup> un sitio web con información sobre asuntos administrativos y cualquier otra información relevante relacionada con el funcionamiento del tribunal. De acuerdo con la información institucional, disponible en el momento de la creación del sitio, el objetivo de aquel proyecto era promover la transparencia del gobierno de la Corte y la participación de los ciudadanos vía internet. En palabras de Ricardo Lorenzetti, presidente del tribunal al momento de aquel anuncio, la iniciativa implicaría un cambio de paradigma en la institución. Se trataba, según afirmaba este juez, de un nuevo modelo de gerenciamiento basado en la transparencia de la información y la participación social, y que promovía la labor jurisdiccional como un servicio a la comunidad.

Dichas acordadas estuvieron acompañadas, a su vez, por una intensa estrategia comunicacional articulada desde el tribunal (sobre todo por algunos de sus nuevos integrantes) destinada a mostrar la imagen de un cambio en el Poder Judicial, cambio que desde amplios sectores –sobre todo organizaciones de la sociedad civil– se venía demandando desde la década anterior (CELS, 2002, 2003; Ruibal, 2022). Asimismo, en este periodo también se observa el esfuerzo de la CSJN por reforzar la imagen de cambio que proyectaban las acordadas de transparencia a través de otro tipo de acciones, instrumentos y discursos dirigidos al Propio Poder judicial, que apuntalaban la idea de una nueva institucionalidad y, a la vez, estaban destinados a generar un impacto en otros actores ajenos a la justicia (el poder político, la comunidad jurídica, el público en general). Entre estas acciones se encuentran la creación de la Comisión Permanente de Protección e Independencia Judicial (CPPIJ) (Acordada 16 del 21 de diciembre de 2006), las Conferencias Nacionales de Jueces, los actos de apertura del año judicial, documentos e intervenciones públicas de quienes presidieron la CSJN con posterioridad a la crisis (Enrique Petracchi y Ricardo Lorenzetti, sucesivamente).<sup>17</sup>

---

16 Se puede consultar en: [www.cij.gov.ar/gobiernoabierto](http://www.cij.gov.ar/gobiernoabierto)

17 En su tesis de maestría “El poder judicial desde una perspectiva gubernamental”, Marianela Molinier (2022) construye un interesante corpus discursivo a partir de intervenciones de Petracchi y



Como parte de este discurso de cambio y nueva institucionalidad fueron creándose instancias de intervención del tribunal, que implicaron extender los límites de sus acciones, vinculadas tradicionalmente con su labor jurisdiccional. En esta línea, por ejemplo, puede situarse la creación de la Oficina de Violencia Doméstica (ovd)<sup>18</sup> (y, con posterioridad, la Oficina de la Mujer, ambas coordinadas por las juezas que integraban la Corte en ese entonces: Carmen Argibay y Elena Highton de Nolasco.

Por otro lado, en el contexto posterior a la crisis, y en paralelo al tratamiento de la causa Mendoza, la Corte fue dictando sentencias en casos de alto impacto social<sup>19</sup> que involucraban cuestiones de derechos humanos, seguridad social y presenta-

---

Lorenzetti en distintos momentos de sus presidencias de la Corte, dentro de un corte temporal de 10 años (2004-2014), periodo que coincide con una composición del tribunal que se mantuvo sin modificaciones. Ese conjunto está integrado por siete documentos: 1) el texto de Petracchi “Cambios en el poder judicial” elaborado para el diario *La Nación* en 2004; 2) la intervención de Petracchi titulada “Acceso a la Justicia” en la primera reunión regional de Fiscales y Presidentes de Cortes Supremas de Justicia de América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 19 al 21 de abril de 2004; 3) palabras de Petracchi en el acto de apertura de la primera “Conferencia Nacional de Jueces”, del 30 de marzo al 1º de abril de 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral; 4) el texto de Lorenzetti como presidente en la segunda “Conferencia Nacional de Jueces”, realizada en Salta, titulado “Políticas de Estado para el poder judicial”; 5) palabras de Lorenzetti durante el primer acto de apertura del “año judicial”, 19 de febrero de 2008; 6) palabras de Lorenzetti en la inauguración del Año Judicial y acto por el 150º aniversario de la CSJN, 2013; 7) palabras de Lorenzetti inaugurando la Conferencia Nacional de Jueces del año 2014.

18 CSJN Acordada 39 del 27 de diciembre de 2006.

19 Sin duda, en el universo de causas de alto impacto social que la CSJN decidió con posterioridad a la crisis sobresalen las sentencias “Simón” (junio de 2005), donde la mayoría del tribunal decidió que las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos llevadas a cabo durante la última dictadura eran crímenes de lesa humanidad e imprescriptibles; y “Mazzeo” (julio de 2007), donde sostuvo la inconstitucionalidad de los indultos presidenciales a exjefes militares por ese tipo de delitos y, por lo tanto, la inaplicabilidad para estos casos de los principios de “cosa juzgada” y *non bis in idem*. Sin perjuicio de esto, lo que se busca destacar en este texto es el procedimiento que la CSJN emplea para resolver estos casos de mucha trascendencia, es decir, si habilitó instancias participativas durante el procedimiento. Esto último no se dio en los casos recién mencionados.



ban indicios que hacían suponer un “nuevo modo de actuación” del tribunal (Gargarella, 2008), no solamente por los arreglos institucionales que articularon aquellas decisiones, sino por la incorporación de instancias participativas ante el tribunal, como las audiencias públicas y la presentación de informes de amigos del tribunal. Entre estas causas se destacan Verbitsky<sup>20</sup> (CSJN, 2005), donde la Corte admitió el hábeas corpus colectivo presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), denunciando las condiciones de hacinamiento y superpoblación que sufrían los detenidos en el sistema carcelario de la provincia de Buenos Aires y que constituían una violación estructural de sus derechos. Además del procedimiento (admisión de amigos del tribunal y audiencias públicas) se señalaron varios méritos de la sentencia, tales como la apertura a causas de derecho público, colectivas y complejas, tradicionalmente consideradas como “no justiciables” (Puga, 2008), y la “novedad” de la naturaleza de los remedios dispuestos por la Corte: una mesa de diálogo en la que participan diferentes poderes del Estado y la sociedad civil organizada para la discusión de la reforma de las políticas públicas en materia procesal penal y del sistema carcelario (ADC, 2008, p. 317). En línea similar se encuentran las sentencias Badaro I<sup>21</sup> y Badaro II.<sup>22</sup> En la primera, la Corte resolvió que la ausencia de aumentos de las jubilaciones superiores a 1000 pesos no podía ser considerada como resultado de un sistema válido de movilidad y ordenó comunicar el contenido de la sentencia al Congreso para que, en un plazo razonable, se adoptaran las medidas necesarias para solucionar la situación. Ante la falta de respuesta adecuada, la CSJN dictó un nuevo pronunciamiento ajustando ella misma el haber previsional retroactivamente y recordó además la necesidad del dictado de una ley para tratar la figura de la movilidad, lo que finalmente ocurrió en 2008. Sobre este caso, se señaló no solamente como un logro de la Corte en materia previsional el haber instalado

---

20 CSJN, Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus, *Fallos* 328:1146, sentencia del 3 de mayo de 2005.

21 CSJN, Badaro, Adolfo Valentín c/ANSES s/reajustes varios, sentencia del 8 de agosto de 2006.

22 *Ibid.*, 26 de noviembre de 2007.

el tema en la agenda política, sino también el “crecimiento del peso institucional y la legitimidad del tribunal, algo inusitado unos pocos años atrás” (ADC, 2008, p. 591).

### **Las audiencias y sus significados. Teoría jurídica y categorías nativas**

En la teoría jurídica contemporánea, las audiencias constituyen herramientas para la toma de decisión judicial. Particularmente en un proceso penal acusatorio, basado en la oralidad, resultan una instancia fundamental de conocimiento para quien o quienes deben decidir. Una primera definición de audiencia la presenta como “un acto judicial, usualmente abierto al público, que se lleva a cabo con el objetivo de decidir cuestiones sobre los hechos o el derecho, a veces con la presencia de testigos” (Garner, 2001, p. 317). Lo que subyace a esta primera definición de audiencia judicial es su carácter instrumental, es decir, una herramienta para la construcción de un saber y medio para alcanzar un determinado fin o propósito: la verdad (jurídica).

Las audiencias son también una de las formas culturales de un sistema de saber basado en una racionalidad legal. Foucault, por ejemplo, afirma que el derecho a testificar –el derecho de oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad– (2005, p. 66) es el resultado de un largo proceso que dio lugar a las formas culturales centrales de la sociedad occidental, heredades de la civilización griega, por ejemplo, sistemas racionales de prueba y demostración como método de producción de la verdad (fundamentales en la filosofía y la ciencia), la argumentación a través de la retórica, y el desarrollo de un nuevo modo de conocimiento (el conocimiento a través de testimonios, memorias o interrogatorio) (pp. 66-67).

Las audiencias son también espacios que facilitan la interacción entre el juez y las partes. Como destacara un miembro de la Corte, las audiencias “producen inmediatez entre el juez y los litigantes”. A la vez, destacaba la idea de que se trataba de –debería ser– un evento público. En nuestra cultura jurídica, fuertemente escritural, tal inmediatez tiende en general a ser vista como una ventaja, un beneficio: el de acercar el juez a las partes, generar proximidad, sin que esto implique, como resulta

visible sobre todo en la justicia penal, alterar las relaciones asimétricas y jerárquicas que el Poder Judicial establece con los justiciables (Martínez, 2005).

La ventaja que la inmediatez y proximidad, o, dicho de otro modo, la cercanía e interacción cara a cara que las audiencias vendrían a aportar al proceso judicial (sea que se trate de actos abiertos al público en general o reducidos a los litigantes de un caso), no era necesariamente una visión compartida por todos mis interlocutores en la Corte. Salvo raras excepciones previas a las audiencias celebradas de modo más sistemático en la causa Mendoza y siguientes, las instancias orales ante la Corte eran reuniones de carácter privado, que tenían lugar entre algún juez o funcionario judicial –por ejemplo, un secretario letrado– y las partes o una de ellas. En el curso de varias entrevistas realizadas con funcionarios judiciales hubo quienes percibían tales reuniones como una instancia disruptiva: una distracción en el modo en el que ellos o ellas entendían que debía construirse la decisión judicial. Esta mirada sobre el proceso decisorio de la justicia –fundamentalmente el que tiene lugar en el más alto nivel, como lo es la CSJN– puede asociarse con la representación generalizada acerca de la construcción del discurso jurídico (la sentencia judicial) como un proceso racional, burocrático, de producción de la verdad objetiva: la verdad judicial.

En otra oportunidad (Barrera, 2013), sostuve que esa suerte de recelo percibido en mis interlocutores en relación con el hecho de reunirse con las partes de un caso en el que ellos o ellas estuvieran interviniendo, podía interpretarse en el marco de las relaciones que los agentes de la burocracia judicial establecen con sus prácticas, apropiándose de su materialidad, del espacio; asumiendo un ámbito en el que desenvuelven sus quehaceres como un territorio propio, privado. Varias investigaciones en este campo dan cuenta de ello (Martínez, 2005). Es que, hasta la implementación de las acordadas de transparencia en la Corte, los encuentros entre los jueces o funcionarios judiciales y las partes de un litigio o sus abogados/as eran un asunto discrecional, no público ni regulado, aun cuando se tratara de una práctica institucional consolidada. En la jerga de los tribunales, esta práctica se denomina “alegato de oreja” en alusión al intento de las partes de buscar persuadir a quienes

les corresponde opinar o decidir en su caso en un ámbito que escape al escrutinio público. Esa discrecionalidad y ausencia de regulación trajo fuertes cuestionamientos a esta modalidad de reuniones (CELS, 2002), entendida como una de las manifestaciones más explícitas de la “cultura del secreto” (Centro de Archivo y Acceso a la Información Pública, 2011) que permea al Poder Judicial (CELS, 2002). Tal es así, que una de acordadas de transparencia se ocupó específicamente de esta cuestión, prohibiendo a jueces y funcionarios celebrar audiencias en la Corte con la presencia de solo una de las partes.<sup>23</sup>

Es interesante cómo en el trayecto hacia la consolidación de las nuevas prácticas, dos años después de la entrada en vigencia de la regulación, mis interlocutores tendían a reaccionar defensivamente ante la pregunta sobre las audiencias celebradas en la Corte. Ellos daban por sentado que mi interés era discutir e interpelarlos acerca de “los alegatos de oreja” y no, como realmente buscaba, conversar sobre el manejo de la información que las partes les proporcionaban sobre su caso. Probablemente, tales reacciones pueden tener sentido en el marco de los cuestionamientos antes señalados, y, particularmente, en la mala reputación de los alegatos de oreja; pero también se les puede situar en el esfuerzo de la Corte de despejar dudas sobre su accionar y remontar así las críticas generalizadas que, como se indicara, la crisis de 2001-2002 había potenciado.

Sin perjuicio de esas primeras reacciones, mis interlocutores daban cuenta de diferentes modos de experimentar las reuniones con los litigantes de un caso; o como sucedía en la mayoría de las veces y más a nivel de la CSJN, con sus representantes legales. En una de las primeras entrevistas, un secretario letrado me dijo que escuchar a las partes del caso le servía para confirmar su idea previa sobre el tema, anticipar su lectura, o bien le ayudaba a simplificarla. Sin embargo, también me dijo que no estaba muy claro para él hasta qué punto les servía a las partes tener esas audiencias. “Ha de ser que consideran que en algo les va a ayudar, o quizás para ellos hace una diferencia el estar cara a cara con quien va a decidir o con quien colabora

---

23 CSJN, Acordada 7 de 2004.



con la toma de decisión”. En otra oportunidad, al recordar uno de sus encuentros con las partes involucradas en un caso, otro secretario letrado mencionó con molestia que una vez en una audiencia sus interlocutores le habían pedido que leyera el expediente: “¡Por supuesto que leemos los expedientes! ¿Cómo pueden creer que no lo hacemos?”, me dijo con fastidio. Por su parte, una secretaria letrada se mostraba indiferente ante el hecho de tener una audiencia con los litigantes. Cuando quise saber si en esas entrevistas ella les preguntaba sobre cuestiones más precisas o concretas, me contestó que no preguntaba nada, que solo se limitaba a escucharlos. En línea similar, otra secretaria letrada me dijo que lo que las partes pudieran aportarle más allá de lo que estaba escrito en el expediente, no le añadía ninguna información de utilidad para la decisión del caso. “Las partes solo usan el espacio de las audiencias para repetir lo que está ya escrito”, sostuvo.

Es posible interpretar estos discursos a la luz de lo mencionado anteriormente: se trata de representaciones asentadas en la creencia de un modo de producción de conocimiento –por ejemplo, el proceso de toma de decisión judicial– entendido como una actividad lógica, racional y objetiva llevada a cabo por expertos cuya labor no es la de crear el derecho, sino interpretarlo y aplicarlo al caso concreto. En este sentido, el discurso de aquellos funcionarios expresa la necesidad de reflejar un proceder de acuerdo con un modelo normativo en el que las interacciones con los particulares representan un desvío del deber ser. Independientemente de que aquello resulte realizable en la práctica, y de las múltiples voces que cuestionan que suceda, el apego de varios de mis interlocutores a ese tipo ideal parecía operar como una moral profesional, una suerte de manifestación de un positivismo ideológico, tomando la idea de Nino (2014), que tiende a dominar el campo jurídico y las conceptualizaciones acerca del derecho y la institución judicial. Dispositivos como las audiencias públicas vendrían a ser, entonces, “prácticas híbridas” dentro del proceso burocrático de producción del saber (Riles, 2011). Aun cuando se tornen disruptivas para algunos actores, tales prácticas no tienen la potencialidad de alterar, por lo menos en lo discursivo, esa

representación modélica sobre la actividad judicial que comunicaban varios de mis interlocutores.

Consecuentemente, la implementación de audiencias públicas (luego reglamentadas formalmente por la Acordada 30 de 2007) implicó no solo el reacomodar prácticas y modalidades existentes, sino también tuvo un impacto en representaciones nativas acerca de la actividad y el espacio judicial como una esfera de dominio casi privado (Martínez, 2005), o bien reservada para expertos. En ese territorio, saberes externos pueden llegar a volverse disruptivos del “buen saber” de la burocracia en el nivel de la Corte. Entonces, el abrir ese espacio a la participación de actores ajenos al órgano judicial (los litigantes, sus representantes legales, terceros interesados con algún interés en la resolución de la causa) no implicó a mi entender una decisión más entre las tantas adoptadas para volver más transparentes las prácticas del tribunal. Se trata, según considero, de una decisión política que contribuiría a una presentación de la Corte a un público masivo en pos de dejar atrás los viejos reproches, sortear la crisis y recuperar legitimidad. En una entrevista, un juez de la Corte sostuvo que las audiencias públicas mostraban al público que la Corte realmente trabajaba, que se ocupaba y que hacía cumplir sus decisiones. Otro juez me dijo que el propósito de las audiencias públicas era acercar la Corte a la gente, “humanizarla”, “dotarla de un rostro”. Conocer a los jueces, continuó este magistrado, generaba una percepción diferente sobre la justicia; implicaba una percepción acerca del acceso a la justicia, de que aquel era posible. El hecho de que la gente común reconociera a los jueces, me decía, generaba confianza en el proceso judicial. Esta apreciación se materializó de un modo muy palpable en el curso de las primeras audiencias públicas en la causa del Riachuelo, como se expone a continuación.

### Un acontecimiento fuera de lo común

Antes de la primera audiencia pública celebrada por la Corte en el caso Mendoza, este tipo de eventos resultaban bastante infrecuentes en esta instancia de decisión. De hecho, las reglas procedimentales para esta audiencia fueron establecidas *ad hoc* un par de semanas antes de llevarse a cabo. Con posterioridad,

como se dijo, la CSJN emitió la Acordada 30 de 2007<sup>24</sup> con el propósito de reglamentar este tipo de actos, estableciendo once reglas básicas para su desarrollo. Entre estas se encuentra las que las clasifica en distintas categorías de acuerdo con la finalidad que persiguen: informativas, que tienen por objeto “escuchar e interrogar a las partes”; conciliatorias, para “instar a las partes a la búsqueda de soluciones no adversariales”; y ordenatorias, con el objetivo de “tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de las causas”. También se previeron reglas dirigidas a ordenar los momentos previos a la audiencia (cómo se convocan, qué casos se seleccionan para realizarlas); el acto de la audiencia (posibilidad de interrogar a los expositores, tiempo de exposición), y el momento posterior (registro y difusión de la audiencia). Esta última regulación resulta muy interesante para entender la audiencia pública como la expresión de una racionalidad burocrática que se compone de aspectos simbólicos y materiales que interactúan para lograr un fin determinado.

Si nos situamos en la primera audiencia del caso Mendoza, realizada en septiembre de 2006, la observación directa del evento en su espacio de realización y las interacciones a las que dio lugar, puede sostenerse que se trató de un acontecimiento de características excepcionales:<sup>25</sup> la convocatoria pública de la

---

24 La Acordada 30/2007 establece once “reglas básicas” para el desarrollo de las audiencias públicas, entre las que se encuentra su clasificación en distintas categorías según el fin que persigan: “informativas”, que tienen por objeto “escuchar e interrogar a las partes”; “conciliatorias”, para “instar a las partes a la búsqueda de soluciones no adversariales”; y “ordenatorias”, con la finalidad de “tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de las causas” (Regla 2). Las reglas siguientes se dirigen a ordenar los momentos previos a la audiencia (cómo se convocan, qué casos se seleccionan para realizarlas); el acto de la audiencia (posibilidad de interrogar a los expositores, tiempo de exposición); y el momento posterior (registro y difusión de la audiencia).

25 Entre 2006 y 2007, antes de que la Corte dictara sentencia en el caso Riachuelo, se realizaron cuatro audiencias públicas. Algunas de ellas requirieron más de una jornada, como sucedió con la primera. Luego de la sentencia de 2008, se convocaron otras tres audiencias en 2011 y 2012 destinadas a monitorear la implementación de la decisión; y, por último, se realizaron otras el 30 de noviembre de 2016 y el 14 de marzo de 2018 (Barrera y Sáenz, 2020). Por su parte,



audiencia, su organización, el carácter provisorio de las reglas que trataban de organizarla, la cobertura mediática, las expectativas sobre su desarrollo. Todos estos elementos fueron otorgándole a esta audiencia un carácter único, no solamente por lo inusual de la celebración de este tipo de eventos en la CSJN, sino también por las particularidades del caso: un desastre ambiental de larga data sin resolución hasta el momento y que afecta a la vasta población (más de 4 millones de personas) que habita en el territorio de la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo, en su mayoría en condiciones de extrema vulnerabilidad. El resultado, entonces, fue el de un acontecimiento judicial abierto y de amplia concurrencia, aun cuando la participación fuera definida previamente y limitada procesalmente a determinados actores, y a pesar de que el acceso al recinto donde fue celebrado –la sala de audiencias de la Corte Suprema ubicada en el cuarto piso del Palacio de Tribunales– estuviera condicionado a la incorporación a un registro de invitados elaborado por la Corte y debidamente acreditados con anterioridad.

El carácter especial del evento fue tal, que un funcionario de alto rango del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos (GCABA) que había podido presenciar la audiencia desde uno de los asientos reservados para este en la sala del cuarto piso (el GCABA es una de las entidades demandadas en la causa), me comentó en el transcurso de una conversación sobre la causa que esa había sido la primera vez que, en sus más de 20 años de ejercicio de la abogacía, había podido “estar en presencia del tribunal”. “Es la primera vez que podés ver en persona a quienes has leído en los libros”, me dijo. Y agregó: “Ver entrar a los jueces a la sala de audiencias y que todos nos pongamos de pie, fue impactante, una ceremonia soberbia”.

Por su parte, un grupo de vecinos y activistas de la zona que compartían conmigo el espacio reservado al público en la sala de audiencias de la planta baja del mismo edificio –el

---

señalan Benedetti y Sáenz (2016), que en la tipología de las audiencias establecidas por la Acordada 30/2007 no estaban contempladas las de supervisión y seguimiento como las que se realizaron en el caso Riachuelo luego de la sentencia de la CSJN de julio de 2008, de modo que esas categorías emergieron de la práctica de tribunal en esa causa.

recinto en el que la Cámara Federal llevaría adelante el Juicio a las Juntas– celebraba que la Corte realizara esa primera audiencia en la causa en la que ellos habían sido reconocidos como “afectados” por el daño ambiental. La audiencia les mostraba un despliegue de actividad desarrollada por un órgano estatal (la Corte), capaz de salir de su lugar habitual –lejano y distante del terreno donde tenía lugar el conflicto– para indagar, conocer, preguntar e interpelar a los demandados sobre aspectos relacionados y de alto impacto en la vida cotidiana de los vecinos (salud, vivienda, ambiente). Al preguntarle a un grupo de mujeres que se presentaron como integrantes del movimiento de trabajadoras desocupadas cuál era su opinión sobre la audiencia, una de ellas me respondió sin dudar: “la Corte la tiene clara”.

Luego de esa audiencia entrevisté también a otros actores involucrados en el caso: los abogados de los demandantes, un abogado y activista ambiental, un activista de derechos humanos y al director de una asociación de vecinos de la zona afectada. Todos coincidieron en enfatizar la importancia de la celebración de audiencias públicas, sobre todo en casos de la envergadura de Mendoza, en el que ellos en mayor o menor medida se encontraban involucrados. Más aún, hubo quienes, en su entusiasmo por la incorporación de estas prácticas por parte del tribunal, sostenían que la Corte se había vuelto “verde”, en alusión al interés que observaban en la resolución de casos ambientales como el del Riachuelo. Estos comentarios daban cuenta, además, de las altas expectativas que este accionar les generaba: luego de muchos años de ser ignorado el conflicto, finalmente una entidad gubernamental de peso –la máxima autoridad judicial del país– parecía comprometida con su tratamiento y eventual solución.

En lo personal, al tener un interés específico de investigación sobre las prácticas de producción del saber en la Corte, el presenciar esa audiencia, aunque fuera desde un salón habilitado para el público en general, amplió mi campo de indagación al permitirme observar nuevas prácticas, procedimientos y arreglos institucionales que se ponen en marcha para hacer posible el ritual de la audiencia pública. Sobre esto volveré más adelante.

En este punto me parece interesante apuntalar los sentidos que este tipo de ceremonias activan en los espectadores, más allá del ámbito de la sala de audiencias. Así, aunque tratándose de contextos muy distintos, pero situados en un espacio judicial que no resulta ajeno, sino, por el contrario, muy presente en el imaginario colectivo sobre la justicia de la transición democrática (esto es, la sala de audiencia de la Cámara Federal de Apelaciones donde se llevó a cabo el juzgamiento de los excomandantes de las juntas militares), los comentarios de mis interlocutores evocan sensaciones similares a las que describen Kaufman (1991) y Nino (1997) al observar cómo la autoridad judicial se vuelve visible y eficaz a través del ritual de las audiencias públicas del Juicio a las Juntas.<sup>26</sup> A continuación se presenta el desarrollo de las capacidades formativas de estos eventos públicos.

### La “nueva” Corte: ritual, burocracia y construcción de un orden social

Las audiencias públicas instancian una relación entre el interior y exterior de la Corte que puede apreciarse etnográficamente a través de la dimensión performativa de este tipo de herramientas procesales. El ritual, la puesta en escena, es una característica inherente a las ceremonias de estado (Geertz, 1980), y el modo en el que la autoridad judicial se manifiesta, se erige ante otros cuya presencia empírica es justamente requerida. Las audiencias son puestas en escena o representaciones (*performances*); son prácticas estéticas que dependen de un público, una comunidad o grupo, ante el cual la autoridad que el ritual vuelve visible resulta responsable (Kapchan, 1995).

El ritual ha sido desde siempre de interés especial para la teoría social y ampliamente tematizado por sociólogos y antropólogos, en trabajos canónicos como los de Durkheim (2016), Mauss y Hubert (2010), Radcliffe Brown (1986), Austin (1962); Bauman (1975); Bauman y Briggs (1990); Butler (1997); Gadamer

---

26 Para un análisis extenso sobre la manera en que se construyó y se llevó a cabo la puesta en escena de ese juicio tan emblemático en la historia argentina y cómo eso influyó en la producción de sentidos acerca de aquel, ver Feld (2002).

1997; Goffman (1959); Kapchan (1995); Keane (1995); Turner y Schechner (1988); Da Matta (1980). Un repaso por todo este material excede el alcance de este texto, aunque constituye el bagaje que informa numerosas reflexiones acerca de los significados simbólicos de las ceremonias de la justicia (Kaufman, 1991; Garland, 1999; Garapon, 2001, Schritzmeyer, 2012).

Desde la doctrina jurídica, sobre todo anglosajona, también emergen conceptos como *performance*, drama y espectáculo al describir el desarrollo de un modelo de adjudicación judicial que basa su legitimidad en la publicidad de los fundamentos de las decisiones (Lasser, 2004) y en la oralidad. La argumentación oral ante los tribunales implica sentidos de proximidad e inmersión (Bader Ginsburg, 1999; Jackson, 1951, 1952; Kravitz 2003; Martineau, 1986; Pierce, 1993; Rehnquist, 1983, 1984; Waxman, 2001) a partir de relaciones que son mediadas por los sentidos. De este modo, la atención sobre el carácter performativo de las audiencias públicas ilumina el análisis de estas prácticas de la Corte en un contexto de fuertes demandas de cambio y apertura, pero no por sus efectos o potencial impacto en el contenido de la decisión, sino porque son estas instancias en las que puede apreciarse, además de sus efectos simbólicos, la fuerza normativa y constitutiva del ritual que da forma a esa “nueva” Corte (más transparente, abierta) que se presenta ante los otros. Al respecto, señala Kozicki que la autoridad judicial se vuelve eficaz (o adquiere existencia) al transmitirse el mensaje de legalidad desde el lugar en el que la justicia se muestra escénicamente con todo su ritual; esto es, el “buen lugar”: la escena pública o la escena de la ley (2004, p. 146).

Por otra parte, las audiencias públicas permiten profundizar la imagen de una nueva “institucionalidad”, visibilizando además a los individuos (jueces) que la integran. Se trata de una dualidad inherente al concepto de *performance*, entendido tanto en términos de una exhibición de pertenencia como en términos de una exposición de uno mismo (Munro, 1999). De este modo, artefactos performativos como las audiencias públicas son más que instrumentos; expresan también situaciones en las que los participantes hacen cosas que intentan demostrar a los otros lo que están haciendo o lo que hicieron. Para ello, las personas no

actúan solas, sino que se valen de los materiales disponibles para *mostrar* dónde están paradas (p. 624).

Esa dualidad institución-persona resulta evidente en eventos como las audiencias públicas que ponen en escena la institución corporizada en las figuras de los jueces. Al decir de Munro, esa duplicidad es inherente a lo performativo, porque implica una exhibición de pertenencia a aquello que se realiza, que se pone en escena, y también a una representación del ser mismo (1999, p. 637). Es decir, instancias como las audiencias públicas son también representaciones de posiciones sociales. En este sentido, al abrir la Corte al público a través de instrumentos como las audiencias, no solamente se persigue el efecto de mostrar las prácticas de la institución –cómo trabajan los jueces–, sino, también, dar a conocer a quienes las realizan. Esta relación binaria que instancia lo performativo entre la Corte como institución y las figuras de los jueces, emerge en los comentarios de mis interlocutores y los discursos públicos y documentos del tribunal o de sus miembros, recolectados en el trabajo de campo. Como me señalara un juez de la Corte sobre uno de los efectos perseguidos por las audiencias públicas: “que la gente en la calle sepa quiénes son los jueces”; O, en palabras de otro miembro de ese tribunal: “La apertura, la publicidad de las audiencias, hace que le sea más fácil al ciudadano común entender la labor de la Corte; no queremos que las personas crean que [la Corte] no hace nada”. Al decir de Greenhouse (2012), se trata de efectos “calculados” de las audiencias públicas, que buscan alcanzar a un determinado público. No obstante, en el supuesto que analizamos, esos efectos irradian hacia una audiencia más amplia,<sup>27</sup> sensible a la estrategia comunicacional de la Corte y su agencia de noticias (CJ), comprometida por aquel entonces con la difusión de las imágenes de los quehaceres públicos del tribunal y sus integrantes (calendario de eventos, discursos, actos públicos, audiencias, fallos, etc.).

A propósito, Handelman (1998) sostiene –y cuestiona– que burocracia y ritual sean como universos separados, dado que gran cantidad de eventos públicos del Estado moderno (grandes,

---

27 Agradezco a Catalina Smulovitz por su observación acerca de la relación entre público y publicidad de las audiencias.

pequeños, de alcance nacional o más acotados) se encuentran fuertemente informados por las capacidades formativas de la burocracia. Según este autor, se tiende a pasar por alto los modos en que la lógica de las formas burocráticas que rigen esos eventos moldea los mensajes y sentidos que la forma del evento configura y comunica. La práctica de la forma, sostiene, es la representación de su significado. La lógica interna de estos actos –eventos de presentación, al decir de este autor– es reflejar los modos en los que, quienes los establecen, imaginan el orden social, ya se trate de políticos, artistas, gente de negocios, jueces, etc. Eventos públicos como las audiencias de la Corte se diseñan y organizan de acuerdo con reglas que definen su marco espacio-temporal, sus condiciones de realización y, fundamentalmente, la relación con los otros (partes, terceros interesados, amigos del tribunal, público). Estas relaciones se instancian no solamente en la realización del “ritual” jurídico, sino también en la iteración de formas burocráticas que organizan y moldean el evento, como notificaciones previas, registros, autorizaciones, denegatorias, reclamos, órdenes, etc. En otras palabras, la audiencia no es un simple reflejo simbólico del orden social, sino que es una práctica cuyas formas configuran y comunican ese orden social imaginado y proyectado.

La integración de la Corte que toma forma luego de la crisis de 2001-2002, y que se mantuvo estable por un periodo de diez años, se esforzó en la construcción de una nueva institucionalidad en procura de recuperar legitimidad. Al decir de un integrante de la Corte, “no se trataba de la legitimidad formal que siempre tuvo, sino su legitimidad real” en alusión a la necesidad de lograr la aceptación y confianza del público. O bien, de recuperar “prestigio” (Lorenzetti, 2007). En este marco, la búsqueda de legitimidad (entendida no como una cuestión política, filosófica o sociológica, sino como el deseo de alcanzar una buena reputación o incluso la gloria)<sup>28</sup> se apoya en dispositivos del proceso judicial como las audiencias públicas, que se presentan como prácticas de buen gobierno de acuerdo con un modelo de adjudicación judicial que privilegia la visión y

---

28 Ver *supra* nota 2.

el habla por sobre la escritura, y que se asume como más legítimo (Lasser, 2004) frente a la opacidad de los procedimientos escritos asociados con el quehacer cotidiano de la burocracia. En este sentido es que las audiencias públicas pueden interpretarse como uno de los ámbitos que permitió a la Corte dar a conocer la imagen de una institución capaz de encarar los cambios que por entonces de ella se demandaban para volver más transparentes sus procedimientos internos, y, a la vez, intervenir de un modo novedoso en casos de interés público y trascendencia institucional promoviendo el diálogo con los otros poderes del Estado, creando institucionalidad, sensibilizándose y asumiendo el tratamiento de cuestiones que escapaban a su tarea jurisdiccional. En la misma línea argumental que sostiene Ruibal (2022), esta construcción de la Corte de sí misma, como una nueva institución (“un actor reformista”, en palabras de esta autora) puede considerarse que contribuye a incrementar la legitimidad, autoridad e independencia del tribunal.

### Consideraciones finales

Como se mencionó, las audiencias públicas son quizás el aspecto más evidente de una serie de regulaciones internas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad a la crisis que afectó al país en 2001-2002. Las denominadas acordadas de transparencia introdujeron nuevos mecanismos y procedimientos en los procesos judiciales tramitados ante el más alto tribunal. En el discurso más difundido desde el tribunal y también por activistas, esos mecanismos perseguían volver la Corte y su proceso de toma de decisión más transparente y accesible al público (ADC, 2005, 2008; Hockl y Duarte, 2006). Es interesante señalar cómo el origen de estas acordadas generaba un contrapunto en mis interlocutores, situados dentro y fuera de la Corte: en el interior de la institución, en general escuchaba que estas acordadas eran el resultado de una preocupación de larga data del entonces presidente del tribunal para darles mayor transparencia a sus prácticas. Por el contrario, miembros y directivos de distintas ONG señalaban que las nuevas regulaciones eran la reacción de la Corte a los reclamos de transparencia y *accountability* que habían sido



articulados desde la sociedad civil organizada, como aquellos propuestos en los documentos *Una Corte para la Democracia I* (2002) y *Una Corte para la Democracia II* (2003). La cuestión sobre si la sanción de las acordadas de transparencia se debió a iniciativas internas o externas al tribunal resulta, a mi entender, irrelevante para pensar la relación que va forjándose entre la Corte y el público en el contexto posterior a la crisis, a partir de una acción sostenida de aquel tribunal y de sus integrantes para recuperar la confianza en la institución. Este accionar combina regulaciones y acciones concretas –materiales– y, a la vez, de fuerte contenido simbólico como las audiencias públicas que la Corte celebró en varias causas de alto impacto social. Esos actos parecían indicar un movimiento del tribunal hacia un mejor acceso y participación ciudadana en la administración de justicia; también incorporan los cambios en la integración física del tribunal a partir de 2003 y las decisiones adoptadas con posterioridad en causas que involucran diversas materias de interés público y trascendencia institucional. Esa amalgama de prácticas, formas, arreglos y movimientos internos forjó la imagen de nueva Corte, distinta y distante de sus versiones anteriores, que habían sido objeto de fuertes reproches por sectores amplios de la comunidad.

Como se buscó explicar en este texto, en especial las audiencias públicas constituyen espacios privilegiados para observar cómo la nueva Corte es identificada. Es decir, cómo esta Corte es vista, escuchada y percibida por un público ante el cual –y para el cual– se erige como tal. También se señaló que este tipo de eventos tiene la capacidad de poner en escena en un mismo tiempo y espacio la autoridad de la justicia y, además, en el particular contexto en el que se sitúa este análisis, otorgan al poder judicial (la Corte) un protagonismo simbólico como agentes de un nuevo orden social, transparente, participativo, y, por lo tanto, en ese entendimiento, más legítimo. En este sentido, la observación directa de las primeras sesiones de audiencias públicas celebradas en el caso de la contaminación de los ríos Matanza y Riachuelo –por entonces acontecimientos casi inéditos– permite ver el modo en el que ese nuevo orden se escenifica y materializa. Sin que esto implique forzar una comparación entre dos contextos muy diferentes aunque ambos



trascendentes para el Poder Judicial, me parece interesante ilustrar ese último punto con la interpretación que hace Kaufman acerca del ritual del juicio a los excomandantes. Según sostiene esta autora, dicho ritual fue pensado como un “ritual de cambio”. El cambio consistía en modificar el esquema de distribución de poder vigente hasta 1983, “demostrando que el poder debe circunscribirse a regulaciones legales” (1991, p. 18). Esto último, afirma, es lo que debía quedar representado a lo largo del juicio y de su ordenamiento ritual. Pero este propósito no se cumpliría solamente por el hecho de llamar a un juicio y realizarlo, sino complementariamente, por el modo en que el ritual jurídico (el juicio oral y público) representó para la sociedad todo ese nuevo orden que se buscaba consagrar.

Para finalizar, una última reflexión lleva a mencionar necesariamente el cambio de las condiciones –tanto por circunstancias externas como internas– sobre las que se ha desenvuelto el trabajo de la Corte Suprema en la última década (Barrera, 2022).<sup>29</sup> Ese cambio de condiciones también modificó los presupuestos que aquí se expusieron y a partir de los que el Alto Tribunal fue construyendo un sentido de legitimidad en términos de apoyo social difuso, amplio, a su papel como actor en el juego político.<sup>30</sup> La propuesta de una reflexión situada como la que se ha buscado llevar a cabo, encuentra fundamento en el estudio de las prácticas en su contexto de realización. Por eso resultaría riesgoso extender algunos argumentos más allá de la temporalidad del análisis propuesto en este trabajo. Lo que puede observarse de todo ello es que en los últimos años se ha dado una sucesión de acontecimientos que contribuyeron a ubicar a la Corte directa e indirectamente en el centro del escenario político, dotando de gran densidad a un debate público sobre cuestiones como su rol en el sistema de gobierno, su ejercicio de la función de garante de la supremacía de las normas constitucionales, su dinámica de trabajo interno, número de integrantes, su composición, etc. Y todo ello en un contexto de profundización de

---

29 Véase el prefacio a la segunda edición, “Pensar la Corte Suprema, diez años después”.

30 Por ejemplo, la frecuencia de celebración de audiencias públicas ha sido notoriamente reducida en los últimos años.



la polarización política de la sociedad argentina; o mejor dicho, tomando prestada la expresión de Smulovitz, de “polarización afectiva” (2022, p. 251).<sup>31</sup>

## Referencias

- Asociación por los Derechos Civiles (ADC). (2005). *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*. ADC-Siglo XXI.
- Asociación por los Derechos Civiles (ADC) (2008). *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2005-2007*. ADC-Siglo XXI.
- Austin, J. L. (1962 [1955]). *How to do things with words*. Harvard University Press.
- Bader Ginsburg, R. (1999). Remarks on appellate advocacy. *South Carolina Law Review*, 50, 567-615.
- Barrera, L. (2013). Performing the court: Public hearings and the politics of judicial transparency in Argentina. *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review*, XXXVI(2), 326-340.
- Barrera, L. (2019). El poder judicial en los primeros años de la democracia: prácticas cotidianas y rituales de cambio. En L. Clérico y P. Gaido (Eds.), *La presidencia de Genaro Carrió* (pp. 41-62). Editorial Ad-Hoc.
- Barrera, L. (2022 [2012]). *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial* (2.<sup>da</sup> ed.). Siglo XXI.
- Barrera, L. y Sáenz, M. J. (2020). Corte Suprema y participación ciudadana: reflexiones a partir de una audiencia pública de la Corte argentina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, I(22), 263-291.
- Bauman, R. (1975). Verbal art as performance. *American Anthropologist*, (77), 290-311.

---

31 Según define Smulovitz, la polarización afectiva tiene lugar en contextos en los que los “ciudadanos manifiestan un fuerte rechazo a votar por determinados partidos o en los que la distancia emocional que separa a los ciudadanos de aquellos otros con los que no comparten sus preferencias es intensa, insuperable y escapa a los argumentos lógicos” (2022, p. 251).

Bauman, R. y Briggs, C. (1990). Poetics and performance as critical perspectives on language and social life. *Annual Review of Anthropology*, (19), 59-88.

Benedetti, M. A. (2019). Una reconstrucción (no jurisdiccional) de la Corte presidida por Genaro Carrió. Tras los rastros de sus acordadas y resoluciones más significativas. En L. Clérico y P. Gaido (Eds.), *La Corte Genaro Carrió* (pp. 79-121). Editorial Ad-Hoc.

Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Siglo XXI Editores.

Berros, M. V. (2012). Relatos sobre el río, el derecho de la Cuenca Matanza-Riachuelo. *Revista de Derecho Ambiental*, (1), 111-163.

Butler, J. (1997). *Excitable speech: A politics of the performative*. Routledge.

Centro de Archivo y Acceso a la Información Pública. (2011). *Venciendo la cultura del secreto. Obstáculos a la implementación y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*. Centro de archivo y acceso a la información pública.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2002). *Una Corte para la democracia I*. CELS.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2003). *Una Corte para la democracia II*. CELS.

Da Matta, R. (1983). *Carnavais, Malandros e Heróis*. Zahar.

Durkheim, É. (2016 [1915]). *Las formas elementales de la vida religiosa*. Editorial Gorla.

Fallon, R. (2005). Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118(6).

Feld, C. (2002). *Del estrado a la pantalla: las imágenes del juicio a los ex comandantes en Argentina*. Siglo XXI de España Editores.

Foucault, M. (2005). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.

Gadamer, H. G. (1997). *Mito y razón*. Editorial Paidós.

Garapon, A. (2001). *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Editions Odile Jacob.

Gargarella, R. (2008). Prólogo. Corte Suprema, derechos previsionales y tres lecturas posibles sobre la separación



- de poderes. En Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *La Corte y los derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2005-2007* (pp. 549-555). ADC-Siglo XXI
- Gargarella, R. y Bergallo, P. (2014). Presentación. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Siglo XXI Editores.
- Garner, B. A. (Ed.) (2001). *Black's law dictionary* (2<sup>nd</sup> pocket ed.). West Publishing Co.
- Geertz, C. (1980). *Negara: The theatre state in nineteenth-century Bali*. Princeton University Press.
- Gibson, J. y Caldeira, G. (1992). Blacks and the United States Supreme Court: Models of diffuse support. *The Journal of Politics*, 54(4).
- Goffman, E. (1959). *The presentation of self in everyday life*. Anchor Books.
- Greenhouse, C. J. (2012). Judgment and the justice: An ethnographic reading of the Sotomayor confirmation hearings. *Law, Culture and the Humanities*, 8(3), 409-432.
- Handelman, D. (1998 [1990]). *Models and mirrors. Towards an anthropology of public events*. Berghahan.
- Hockl, M. C. y Duarte, D. (2006). *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Legis.
- Jackson, R. H. (1951-1952). Advocacy before the United States Supreme Court. *Cornell Law Quarterly*, 37(1), 1-16.
- Kapchan, D. (1995). Performance. *Journal of American Folklore*, 108(430), 479-508.
- Kaufman, E. (1991). Desnaturalización de lo cotidiano. Los rituales jurídicos. En R. Guber, *El salvaje metropolitano. Reconstrucción del conocimiento social en el trabajo de campo*. Legasa.
- Keane, W. (1995). The spoken house: Text, act, and object in Eastern Indonesia. *American Ethnologist*, 22(1), 102-124.
- Kozicki, E. (2004). *Hamlet, el padre y la ley*. Editorial Gorla.

Kravitz, M. R. (2003). Words to the Wise. *Journal of Appellate Practice and Process*, 5, 543-549.

Lasser, M. de S.-O-L'E. (2004). *Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford University Press.

Lorenzetti, R. L. (2007). *Políticas de Estado para el poder judicial*. CIJ. <https://www.cij.gov.ar/politicas-de-estado-para-el-poder-judicial.pdf>

Martineau, R. J. (1986). The value of appellate oral argument: A challenge to the conventional wisdom. *Iowa Law Review*, 72, 1-33.

Martínez, M. J. (2005). Viaje a los territorios de las burocracias judiciales. Cosmovisiones jerárquicas y apropiación de los espacios tribunalicios. En S. Tiscornia y M. Victoria Pita (Comp.), *Derechos humanos, tribunales y políticas en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica* (pp. 167-183). Editorial Antropofagia.

Mauss, M y Hubert, H. (2010 [1899]). *El sacrificio. Magia, mito y razón* (R. Abduca, trad., pról. y ed.). Las Cuarenta.

Molinier, M. (2002). *El poder judicial desde una perspectiva gubernamental* (Tesis de maestría), Universidad Nacional de Cuyo.

Munro, R. (1999). The cultural performance of control. *Organization Studies*, 20(4), 619-640.

Nino, C. S. (1997). *Juicio al Mal Absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*. Emecé.

Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Siglo XXI Editores.

Puga, M. (2008). ¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? Ni uñas ni dientes, intervenciones experimentalistas. *Revista del CP*, 151-165.

Pierce, L. W. (1993). Appellate advocacy: Some reflections from the bench. *Fordham Law Review*, 61, 829-841.

Puga, M. (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*. Clacso.

Radcliffe-Brown, A. (1986 [1974]). *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Planeta Agostini.

Rehnquist, W. H. (1983-1984). Oral advocacy: A disappearing. *Mercer Law Review*, 35, 1015-1028.



Riles, A. (2011). Introduction. Private governance, global markets, and legal technologies of collateral. En *Collateral knowledge, legal reason in the global financial markets*. The University of Chicago Press.

Ruibal A. (2022). La construcción de una nueva legitimidad. La sociedad civil y la Corte Suprema post-crisis 2001. Claves para re-leer acordadas y resoluciones de la Corte Petracchi II. En I. Giuffré y S. Linares (Eds.), *La Corte Enrique Santiago Petracchi II*. Ad-Hoc.

Schritzmeyer, A. L. P. (2012). *Jogo, ritual e teatro. Um estudo antropológico do Tribunal do Júri*. Terceiro Home.

Smulovitz, C. (2005), Petitioning and creating rights. Judicialization in Argentina. En R. Seider, L. Schjolden y A. Angell (Comps.), *The judicialization of Politics in Latin America* (pp. 161-186). Palgrave MacMillan.

Smulovitz, C. (2022). Del “descubrimiento de la ley” al “lawfare” o cómo las uvas se volvieron amargas. *Revista*, 16(2), 231-259.

Turner, V. y Schechner, R. (1988). *The anthropology of performance*. Paj Publications.

Waxman, S. (2001). In the shadow of Daniel Webster: Arguing appeals in the twenty-first century. *Journal of Appellate Practice and Process*, 3, 521-531.





# **Los desafíos de la transformación social mediante el derecho en América Latina en la “era de la erosión democrática”**

*Javier Couso S.*<sup>1</sup>

---

1 Universidad Diego Portales (Chile) y Universidad de Utrecht (Países Bajos).



## Introducción

Hasta hace unas pocas décadas atrás, quienes buscaban impulsar procesos de transformación social en América Latina no miraban al derecho ni a las cortes como un espacio que pudiera contribuir a ello. Por el contrario, no eran pocos quienes en el progresismo de la región consideraban al derecho y la judicatura como “un obstáculo al cambio social”.<sup>2</sup> Con este contexto histórico en mente, una de las innovaciones más significativas que se observan en la región en los últimos tiempos es el surgimiento de un activismo judicial que ha convertido a las cortes en un actor ineludible de la política latinoamericana. En este capítulo, luego de efectuar un breve análisis de los factores que contribuyeron al importante cambio que representa el recurso al derecho y las cortes para impulsar procesos transformadores en América Latina, en una segunda sección se hace una evaluación del estado de ese proceso en esta era de erosión de la democracia constitucional, cuestión relevante, ya que el contar con Cortes de justicia mínimamente autónomas de los poderes propiamente “políticos” es indispensable para poder siquiera hablar del rol del derecho y la judicatura en procesos transformadores. Más adelante, y considerando que el ataque a las cortes representa una de las estrategias preferidas de líderes con inclinaciones autoritarias, cabe preguntarse por las implicancias que tiene para el rol transformador de las mismas el que se busque cooptarlas o capturarlas.

---

2 Un ejemplo de ello es la obra de Eduardo Novoa Monreal (1975).



## La demanda por el recurso al derecho para impulsar la transformación social en América Latina

El debate acerca de las posibilidades transformadoras (o emancipadoras, como se suele denominar en ciertos registros intelectuales)<sup>3</sup> del derecho en América Latina surgió en medio de circunstancias especialmente propicias. En efecto, emergió en medio de la “era dorada” de los derechos humanos (los años noventa del siglo pasado), cuando la ola democrática iniciada poco antes alcanzó a casi todos los países de la región. En este contexto se produjo un fuerte despliegue social, político y académico que promovía la movilización del derecho para inyectar grados de justicia social en un continente sumido en su mayor parte en el denominado Consenso de Washington,<sup>4</sup> el cual, por su sello neoliberal,<sup>5</sup> parecía demandar un contrapeso igualitario a políticas que, más allá del crecimiento económico e, incluso, de la reducción de la pobreza que generaron en algunos de los países en que se implementaron, perpetuaban niveles significativos de desigualdad socioeconómica. Así, el recurso a las instituciones del derecho representó la forma en que en

---

3 Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez-Garavito (2005) utilizan la noción de “emancipación”, en lugar de “transformación” para aludir a fenómenos similares.

4 Verónica Montecinos (1998) argumenta que el Consenso de Washington reflejaba: “Un acuerdo ampliamente compartido entre los economistas sobre la conveniencia de reformas orientadas al mercado”. Parafraseando a J. Williamson, Montecinos señala que: “El consenso subrayaba la necesidad de asegurar los derechos de propiedad, reducir las regulaciones gubernamentales, promover la competencia de mercado, las exportaciones, la disciplina fiscal y la privatización de las empresas estatales, y fomentar la liberalización financiera y comercial” (p. 4).

5 Dado que el término “neoliberal” ha sido interpretado de varias formas, para efectos de este trabajo, considero los siguientes elementos como cruciales del mismo: 1) una estricta responsabilidad fiscal; 2) la minimización del papel del Estado en la economía, mediante la privatización de la mayoría de las empresas estatales y la desregulación de la economía; 3) la liberalización de los precios; 4) la apertura de la economía a los mercados internacionales; 5) la liberalización del mercado financiero; 6) la desregulación del mercado laboral; 7) el fortalecimiento de los derechos de propiedad privada, y 8) el fin de las subvenciones a las industrias no competitivas (Couso, 2017, p. 89).

la región latinoamericana se expresó la tensión entre las dos “normatividades” en pugna a nivel global por eso años, esto es, la “normatividad de los mercados libres versus la normatividad de los derechos humanos”, en la lúcida formulación del problema que por entonces hizo Saskia Sassen (2007). De acuerdo con esta aproximación, la década de los noventa exhibió una peculiar combinación de mercados cada vez más desregulados y globalizados, y democracias liberales comprometidas con los derechos humanos. En este contexto, el recurso al lenguaje de los derechos y a las instituciones judiciales capturó la imaginación de actores sociales, políticos e intelectuales latinoamericanos ansiosos por dotar de mínimos de justicia social a países cuyas políticas públicas se caracterizaban por un repliegue del rol del Estado en la economía, y por políticas de focalización del gasto que reducían la pobreza a costa de sacrificar la disminución de la desigualdad socioeconómica.

Para que el derecho pudiera desempeñar el rol de contrapeso a las políticas neoliberales debía ser transformador en una dirección igualitaria, algo que, sin perjuicio de que la cultura progresista latinoamericana lo dé por descontado, no es autoevidente, ya que ha habido casos en que el derecho ha estado al servicio de “transformaciones” de cuño conservador e, incluso, neoliberal.<sup>6</sup> Más allá de esta precisión, hoy por hoy se encuentra bastante asentado que, cuando alguien se refiere al potencial transformador del derecho, tiene en mente cambios dirigidos a incluir a sectores tradicionalmente marginados o empobrecidos y a reducir brechas de desigualdad socioeconómica. Esta forma de entender este concepto se alinea con la noción de “constitucionalismo transformador” propuesta por Karl Klare (1998), quien lo describió así:

Por constitucionalismo transformador me refiero a [...] transformar las instituciones políticas y sociales de un país y las relaciones de poder en una dirección democrática, participativa e igualitaria [...]. Tengo en mente una transformación lo

---

6 En efecto, uno podría decir con entera propiedad que la dictadura militar chilena (1973 y 1990) desplegó una legalidad neoliberal al servicio de una transformación del mismo cuño (Couso, 2017).

suficientemente amplia como para que la expresión “reforma” no la capte adecuadamente, pero algo diferente de una “revolución” en el sentido tradicional de la palabra. En el trasfondo está la idea de una comunidad altamente igualitaria, solidaria y multicultural, gobernada mediante procesos participativos y democráticos tanto en el ámbito político como en gran parte de lo que ahora llamamos “esfera privada”. (p. 150)

Desde una perspectiva estrictamente política, el recurso al derecho y sus instituciones paradigmáticas (las cartas de derechos fundamentales, los tratados internacionales de derechos humanos y las cortes constitucionales y de instancia) representaron una suerte de refugio para una izquierda latinoamericana que, a inicios de la década de los noventa, se encontraba aún recuperándose del impacto del derrumbe de los socialismos reales.<sup>7</sup> En un contexto de desorientación ideológica, y con la consiguiente pérdida de posiciones de poder en los dominios tradicionales de la política —los poderes ejecutivo y legislativo—, el recurso al potencial transformador de jueces premunidos de derechos constitucionales considerados como “cartas de triunfo” por sobre la política (Dworkin, 1977), aparecía como una alternativa atractiva mientras se “aguantaba el temporal” de una era marcada por el predominio neoliberal.

Un buen ejemplo de cómo el recurso al derecho y a las cortes suscitó el interés de parte de la izquierda latinoamericana en los primeros años de la era postsoviética, es la forma en que Manuel Antonio Garretón (1996) llamaba por entonces a movilizar la retórica de los derechos sociales y económicos para atenuar el impacto de la economía neoliberal. En sus palabras:

---

7 En 1999, Skidmore y Smith hicieron un crudo análisis del efecto que tuvo este desarrollo global en la izquierda latinoamericana luego del colapso de la Unión Soviética: “El fin de la Guerra Fría implicaba un cambio en el contenido ideológico de los movimientos reformistas y radicales latinoamericanos. El derrumbe del comunismo internacional propinó un golpe casi mortal a las doctrinas y organizaciones comunistas y socialistas de toda la región. La adhesión al marxismo parecía ser una receta cierta para el rechazo y la derrota” (p. 411).

En la consolidación democrática [...] una cuestión que vale la pena considerar es si es posible reformular el problema de los derechos humanos más allá de la definición, que se hizo necesaria bajo los regímenes militares, del “derecho a la vida” en términos de la supervivencia y la integridad física. Esta pregunta surge del constructo señalado al principio del capítulo: los derechos humanos son fundamentalmente una proyección cultural del “derecho a la vida” el que a su vez implica el derecho a una vida “buena” o “vivable”. Esta reformulación implicaría al menos tres dimensiones. Primero, los derechos humanos deben hacerse extensivos a toda la población. Aquí, las cuestiones relacionadas con la educación, el trabajo, la pobreza, la desigualdad y el acceso a la justicia empiezan a desempeñar un papel principal en la trascendencia de las barreras a la extensión de los derechos humanos a toda la población. En este caso, la democratización social y el desarrollo equitativo complementan a la democracia política en la ideología de los derechos humanos. En segundo lugar, el desafío fundamental ya no es garantizar las condiciones mínimas coherentes con el derecho a la vida para todos los ciudadanos. Consiste, en cambio, en transformar esas condiciones. (p. 53)

La propuesta teórico-política de Garretón de reformular el trabajo que la izquierda latinoamericana venía haciendo en materia de derechos humanos (desde la búsqueda de verdad, justicia y reparación por las violaciones de los derechos civiles y políticos perpetrados durante dictaduras militares) al uso del derecho para lograr transformaciones en educación, trabajo, pobreza, desigualdad y acceso a la justicia, tuvo su correlato en la reformulación de muchas organizaciones no gubernamentales (ONG) que se habían establecido durante el periodo autoritario –o inmediatamente después– para trabajar contra la impunidad, y que luego desplegaron su *expertise* en el campo de los derechos humanos, para movilizar derechos económicos, sociales y culturales. Esta reformulación de la poderosa retórica de los derechos humanos para incluir no solo la defensa de las libertades civiles y políticas, sino también derechos socioeconómicos, tenía la virtud de dotar a sectores progresistas de una cierta ventaja moral frente al neoliberalismo. Así, la proyección de la autoridad moral alcanzada por los derechos



civiles y políticos, a los de carácter social, económico y cultural, transformó súbitamente lo que entonces se consideraba una ideología desacreditada –la socialdemocracia– en una suerte de verdad ética. Finalmente, cabe subrayar que este proceso de reconversión de antiguas ONG estuvo complementado por la introducción de otras nuevas, orientadas exclusivamente al litigio estratégico en derechos económicos, sociales y culturales.

### **Los factores facilitadores de la transformación social mediante la movilización del derecho en América Latina**

Si lo descrito en la sección precedente explica la “demanda” por la judicialización de la política al servicio de una transformación de cuño progresista por parte de la izquierda y centro-izquierda latinoamericana, desde el lado de la “oferta”, una gama de cambios (estructurales y culturales) en las judicaturas constitucionales y de instancia de la región hizo plausible el recurso al derecho y a las cortes. Así, el efecto combinado del impacto de los procesos democratizadores en una mayor independencia judicial; la creciente relevancia del derecho internacional de los derechos humanos en la región (en particular, aquella parte del mismo que consagra derechos económicos, sociales y culturales); y el gradual abandono de una cultura judicial formalista y deferente al legislador en la mayoría de los países de América Latina<sup>8</sup> contribuyeron a que el recurso al derecho como instrumento de cambio social finalmente encontrara una respuesta en segmentos crecientes de la judicatura de la región.

Gracias a los cambios mencionados, buena parte de las cortes supremas y constitucionales de la región (y no pocas de instancia), se mostraron gradualmente receptivas a las demandas transformadoras que los sectores progresistas les planteaban. Dotadas de una cultura legal cada vez más dispuesta a desplegar un activismo judicial con pocos precedentes en la

---

8 Para una buena síntesis del rol de las que Smulovitz llama “estructuras de oportunidad” para la movilización legal, ver la sección de su trabajo “Support structures and judicialization in Argentina” (2010, pp. 244-250).

generalidad de la región latinoamericana (Couso 2010), las cortes echaban mano tanto de la doctrina de la aplicación directa de la Constitución como del carácter autoejecutable del derecho internacional de los derechos humanos, para atemperar los impactos inequitativos de las recetas económicas del Consenso de Washington. De esta forma, un creciente contingente de jueces latinoamericanos, persuadidos de los valores centrales del “neoconstitucionalismo”, fue desplegando una actitud jurisprudencial cada vez más orientada a la justicia material o sustantiva, en un giro ideológico-legal significativo.

Como hemos argumentado en otros escritos (Couso, 2018), los rasgos esenciales que caracterizan al especial tipo de neoconstitucionalismo al que nos referimos –que no cabe confundir con el denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” impulsado por las democracias radicales que emergieron tras el triunfo de Hugo Chávez en Venezuela, y que exhibe características muy diferentes– son los siguientes: 1) la Constitución debe contar con una carta de derechos con el mayor número de derechos sociales posible; 2) que sea aplicada directamente por los tribunales, constitucionalizando todo el sistema jurídico; 3) que exista una reconciliación entre el derecho y la moral, lo que implica una recuperación de un tipo secular de derecho natural cuyas fuentes se encuentran en el derecho internacional de los derechos humanos y una comprensión progresiva de los derechos fundamentales; y, finalmente, 4) que se ocupe un específico método de interpretación constitucional, el denominado “juicio de proporcionalidad”. En palabras de Susanna Pozzolo (2016):

Desde un punto de vista descriptivo, como teoría del derecho, la posición neoconstitucionalista [...] intenta dar cuenta del proceso de constitucionalización, entendido no como la aprobación de una Constitución, sino como un proceso a través del cual el contenido de esta impregna todo el derecho... Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la posición neoconstitucionalista enfatiza la subordinación de todo el derecho al contenido de la Constitución. [...] De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una Constitución extensa y densa [...] en que prevalecen los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como



medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. (En Couso, 2022, p. 355)

Como se puede advertir, para Pozzolo (2016) lo crucial del neoconstitucionalismo es que los derechos fundamentales contenidos en las cartas constitucionales dejen de ser meras proclamas, y pasen a ser un elemento que permeee todo el sistema legal, al servicio de un derecho materialmente justo.

Considerando las características de esta variante social-demócrata del neoconstitucionalismo, el actor crucial de la movilización del derecho en una dirección transformadora es el juez. Inspirados en una concepción dworkineana de las posibilidades del activismo judicial al servicio de la aplicación de un derecho considerado como materialmente justo (lo que en esta ideología legal se asocia a la introducción de mayores niveles de igualdad sustantiva), los partidarios de este enfoque aspiran a que los tribunales otorguen la justicia social que el sistema político ordinario es incapaz de proporcionar. Dicho de otra forma, la esperanza es que jueces progresistas contribuyan a generar transformaciones sociales y económicas en una región, como América Latina, donde los líderes elegidos democráticamente son a menudo corruptos, o se encuentran “capturados” por poderosos intereses especiales. Otra característica del neoconstitucionalismo que contribuyó a que la demanda por un derecho transformador encontrara eco en las cortes es su receptividad al derecho internacional de los derechos humanos y al sistema interamericano de derechos humanos, factores que contribuyeron a superar los aspectos más conservadores de los sistemas constitucionales y legales nacionales.

Esta ideología legal que –como lo documenta Diego López Medina (2004)– contrasta radicalmente con la que dominó el escenario judicial latinoamericano durante el siglo xx (que era legalista, deferente al legislador y hostil a la aplicación directa de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos), fue gradualmente ganando terreno desde los años noventa del siglo pasado, al punto de volverse hegemónica en las décadas siguientes, cuando una nueva generación de jueces sustituyó a otra que había sido socializada en paradigmas formalistas y deferentes al legislador. Así las cosas, hoy por



hoy en buena parte de los países de la región parece haberse consolidado la noción de que el derecho y su “brazo armado” (la judicatura) representan una arena propicia desde la cual promover diferentes causas transformadoras en el ámbito de los derechos económicos y sociales; de los derechos de las mujeres y de las niñas, niños y adolescentes; de los pueblos originarios; de las minorías sexuales; de las causas ambientales y de otros grupos vulnerables. El avance de esta nueva ideología legal en la academia, en las cortes y en la práctica profesional, por supuesto suscita resistencias en sectores conservadores que continúan adhiriendo a concepciones tradicionales del rol del derecho y la justicia en América Latina.

Sin perjuicio del limitado impacto que este giro hacia el derecho y la judicatura ha tenido en lograr transformaciones económico-sociales que atenúen las consecuencias inequitativas de una modernización basada en el despliegue del mercado a ámbitos antes impensados, el efecto de la movilización del derecho para terminar con exclusiones históricas (de las mujeres, de los pueblos originarios, de los discapacitados y de los afectados por crisis medioambientales) ha sido relevante. No es este el lugar para detallar cómo el activismo judicial latinoamericano ha contribuido a transformar la vida cotidiana de miles de personas que encontraron en las cortes lo que el sistema político tradicional no fue capaz de proveerles, pero baste como botón de muestra la importante labor que cortes constitucionales y de instancia de muchos países de la región realizan en materia de acceso a medicinas y a tratamientos de alto costo (Yamin, 2002).

Más allá de los tangibles resultados que la movilización legal ha generado en las arenas arriba mencionadas, y volviendo a los deficitarios resultados alcanzados en aminorar las agudas desigualdades económicas que caracterizan a la región latinoamericana, aún en ese campo la movilización del derecho logró efectos simbólicos no despreciables. En efecto, aun cuando la distribución del ingreso no mejoró significativamente como resultado de la acción de jueces premunidos de nuevas ideologías legales, de ingeniosas herramientas procesales y de una infraestructura propicia a la judicialización de la política, la creciente convergencia de la jurisprudencia



de las cortes de los países de la región en que esta estrategia tuvo mayor desarrollo visibilizó, al menos, la desigualdad económico-social, lo que mantuvo viva la esperanza en el rol emancipador del derecho en ese dominio. En este contexto, la plausibilidad de la apuesta por las cortes de justicia por parte de quienes buscan transformaciones sociales significativas en América Latina recibió un espaldarazo en la progresista jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha ratificado —y en ocasiones expandido— la de las cortes domésticas más activas de la región (como las de Colombia y Costa Rica), dando ocasión a proyectos como el denominado *ius commune* constitucional latinoamericano (von Bogdandy, 2015) que, desde mediados de la primera década del presente siglo, ha desarrollado un significativo trabajo de reconstrucción racional de una aproximación transformadora del derecho latinoamericano.

### Los peligros de la vía judicial hacia la justicia social en la era de la erosión democrática

En las secciones precedentes se ha ensayado una síntesis del complejo proceso mediante el cual grupos progresistas latinoamericanos que habían sido históricamente escépticos sobre el rol transformador del derecho y de las cortes (porque en la generalidad de la región ellos han sido tradicionalmente percibidos como factores más conservadores que emancipadores) eventualmente apostaron por el derecho, en medio de un contexto político-ideológico adverso. Como también se adelantó más arriba, este cambio en la percepción del rol del derecho y de la judicatura tuvo su punto de inflexión cuando se advirtieron las importantes potencialidades transformadoras que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ofrecían para introducir fisuras en la hegemonía neoliberal. Así las cosas, con sus posibilidades y limitaciones, la apuesta por la transformación social mediante el expediente del derecho y las cortes parecen haberse consolidado en el grueso de la región, alcanzando incluso a países que hasta hace no mucho

eran reacios a plegarse a esta tendencia, como Chile y México<sup>9</sup> que, luego de exhibir judicaturas ordinarias y constitucionales conservadoras, finalmente comenzaron a exhibir el tipo de activismo judicial progresista que ya llevaba décadas en Colombia, Argentina, Brasil o Costa Rica. La ironía es que, precisamente cuando este modelo de transformación social mediante el derecho y la judicatura comienza a consolidarse, una de las bases indispensables del mismo –la independencia judicial– ha comenzado a ser amenazada, en el contexto de lo que se ha dado en llamar la “erosión democrática”.

En este punto cabe anotar que, luego de que el avance de la democracia y los derechos humanos alcanzara su punto más alto en la década de los noventa, con la llamada “tercera ola democratizadora” (Huntington, 1991), y el fuerte desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, durante la última década el mundo ha sido testigo del resurgimiento de tendencias autoritarias tanto en las denominadas “nuevas democracias” como en las que –se pensaba– estaban consolidadas (Levitsky y Ziblatt, 2018; Ginsburg y Huq, 2019). Si bien las causas, los alcances y las perspectivas futuras de este fenómeno son aún objeto de debate, una de las características típicas que el último exhibe es el intento de líderes populistas autoritarios de capturar las cortes de justicia, luego de acceder al control del ejecutivo y del legislativo mediante elecciones, con el objetivo de perpetuarse en el poder (Müller, 2017; Landau y Dixon, 2019).

En este punto, y antes entrar al análisis de los elementos que están poniendo en cuestión la sustentabilidad del recurso al potencial transformador del derecho en América Latina, es importante detenerse un momento y aquilatar que, para que el derecho y sus instituciones tengan siquiera la posibilidad de jugar un rol transformador, deben contar con un mínimo de autonomía respecto de los poderes propiamente políticos. En efecto, si las cortes no mantienen ciertos grados de independencia respecto del gobierno y del poder legislativo, es muy difícil que sigan jugando un rol transformador. Esto porque el solo

---

9 Para Chile, ver a García y Verdugo (2013) y a Couso y Hilbink (2011). Para México, ver a Ansolabehere (2007) y a Farrera Bravo (2012).



enunciar la idea del derecho y la judicatura como instrumentos de transformación social supone que las cortes tienen un rol funcionalmente diferenciado de los demás actores políticos. De ahí que sea casi imposible hablar de judicialización de la política cuando los actores que materializan la acción del derecho en la sociedad (los jueces) se encuentran capturados o cooptados por el gobierno. Dicho de otra forma, un mínimo de independencia judicial representa una condición *sine qua non* de los procesos de judicialización que, por su parte, subyacen al rol transformador del derecho. Esto último, por supuesto, no obsta para la razonable crítica que se ha hecho respecto a judicaturas demasiado autónomas que, justamente porque no rinden cuentas a nadie, en ocasiones exhiben una discrecionalidad o un abuso de su poder negativo. Dicho esto, cuando acaece lo contrario, esto es, cuando las cortes son controladas por el ejecutivo, dejan de estar en condiciones intentar un rol transformador.

Así las cosas, podría decirse que la independencia de la judicatura (constitucional y de instancia) es tan crucial que exhibe una prioridad lexicográfica respecto de los demás factores facilitadores de una judicialización transformadora que ha identificado la literatura (como la expansión de un lenguaje de derechos en la población; la existencia de una red de organizaciones no gubernamentales dedicadas al litigio estratégico; las reformas legales o constitucionales que propicien la movilización del derecho; o las acciones que faciliten el acceso de la ciudadanía a la justicia). Puesto en otras palabras, ninguno de estos últimos factores tendrá mayor posibilidad de operar en un contexto en que el actor central del proceso de transformación social por medios judiciales (las cortes) no es distinguible de los demás actores políticos. Así las cosas, cabe preguntarse por la sustentabilidad de un modelo centrado en las cortes para avanzar en la transformación social, si las últimas confrontan un contexto crecientemente hostil en términos de su autonomía respecto del gobierno y de otros actores políticos.

En este punto, la propuesta teórica de Nonet *et al.* (2017) respecto de las distintas etapas de la relación entre derecho y sociedad es especialmente iluminadora como marco para entender el proceso que nos ocupa. En efecto, en su trabajo *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, los autores

mencionados plantean tres tipos ideales acerca del nexo entre derecho y sociedad, que ofrecen un marco teórico útil para analizar la trayectoria del uso del derecho como instrumento de cambio social de cuño progresista en América Latina.

Nonet *et al.* (2017) postulan una teoría evolutiva del derecho, en que tres tipos ideales se habrían desplegado a lo largo de la historia. El primero, que denominan “derecho represivo”, lo conciben “como servidor del poder represivo del Estado”, y se caracteriza por un énfasis en el control y el orden social; por un razonamiento judicial *ad hoc* (o particularista); por el amplio uso de la coerción y por la total subordinación del derecho a la política (p. 34). El derecho represivo representaría la forma más primitiva de derecho, aunque los autores reconocen que desempeña un papel relevante incluso allí donde el Estado de derecho se encuentra más consolidado. El segundo tipo ideal, el “derecho autónomo”, se caracteriza por su énfasis en la equidad procesal; por un razonamiento propiamente jurídico (que valora la adhesión estricta a la autoridad legal); por el uso legalmente controlado de la coerción estatal, y, muy especialmente, por la independencia del derecho respecto de la política, mediante la técnica de la separación de poderes (p. 53). Finalmente, el ideal del “derecho empático” (p. 78),<sup>10</sup> se caracteriza por hacer hincapié en la justicia material o sustantiva; por desplegar un razonamiento jurídico finalista, y por aceptar la integración de las aspiraciones jurídicas y políticas. Así, mientras que el ideal del derecho autónomo impulsa una gobernanza mediante normas impersonales y generales aplicadas de forma imparcial, el del derecho empático rechaza la inflexibilidad del anterior, especialmente cuando una aplicación estricta de la ley conduce a resultados injustos.

Luego de explicitar los tres tipos ideales de derecho, Nonet y Selznick argumentan que estos reflejan la naturaleza “evolutiva” del derecho como institución social, representando una secuencia histórica que discurre simultáneamente con la modernización de la sociedad. Asimismo, estos autores sostienen

---

10 Utilizo la expresión “empático” para traducir la palabra *responsive*, con la que los autores analizados se refieren a esta forma de derecho.

que cada ideal del derecho tiene el potencial de degenerar en extremos que fuerzan la emergencia del que le sucede.

El modelo de relación entre derecho y sociedad propuesto por Nonet y Selznick ha sido más recientemente relevado por Martin Krieger quien, en un trabajo sobre la sociología jurídica de Selznick, señala que:

la legalidad (puede) degenerar en legalismo; los medios (pueden) triunfar sobre los fines [...]; las normas sobre los fines, necesidades y consecuencias; la justicia formal sobre la sustantiva; la integridad institucional sobre la apertura a la realidad social; las proposiciones abstractas sobre los problemas concretos; la fidelidad sobre la competencia. (Krygier, 2012, p. 195)

La aproximación de Nonet y Selznick sobre la naturaleza evolutiva del derecho es especialmente relevante para el análisis de la judicialización de la política latinoamericana. De hecho, es posible concebir al activismo judicial –que suele conllevar medidas importantes de creatividad jurisprudencial– como algo propio del ideal “empático” del derecho, mientras que el enfoque más tradicional de la adjudicación (legalista y deferente al legislador) sería característico del tipo ideal “autónomo”.

Retornando al asunto que nos ocupa, se podría decir que la demanda que –desde la década de los noventa del siglo pasado– viene planteándose en América Latina para que las cortes asuman un rol transformador representa una peculiar instancia de transición desde el derecho represivo –que caracterizó a las dictaduras militares– al ideal “empático”, saltándose el paso intermedio, esto es, el del derecho autónomo. Así, producto de las contingencias político-ideológicas descritas más arriba en este ensayo (en especial el giro de la izquierda latinoamericana hacia el derecho en medio de la hegemonía neoliberal de los años noventa), se habría transitado rápidamente desde un derecho al servicio de regímenes represivos a un derecho empático, que respondía a las demandas de transformación socioeconómica de las frágiles democracias de la región.

El problema de este peculiar giro desde un derecho represivo a uno empático es que puso en riesgo los tímidos avances hacia la consolidación de un derecho autónomo –y muy en

particular, la independencia judicial— en los países de la región. Esto producto del hecho de que, mientras la transición desde el derecho represivo al derecho autónomo exige un esfuerzo de aislamiento político por parte de los tribunales, la transición desde un derecho autónomo a uno empático supone precisamente lo contrario. Así las cosas, considerando que —por el contexto mencionado más arriba— el tránsito hacia una mayor politización del derecho y los tribunales ocurrió en buena parte de la América Latina posautoritaria, antes de que los valores y hábitos del derecho autónomo estuvieran suficientemente arraigados, en no pocos países de la región se ha producido una regresión en que el derecho ve debilitada su independencia respecto del gobierno.

En este punto, es bueno retornar a lo que uno de los impulsores de la idea del rol transformador del derecho, Karl Klare, reconocía respecto de la inevitable politización que involucra el que las cortes de justicia se embarquen en un deliberado esfuerzo de cambio social de cuño igualitario. A propósito de su análisis de las potencialidades de la nueva Corte Constitucional de Sudáfrica, Klare (1998) se preguntaba lo siguiente:

¿Implica el ideal del Estado de Derecho una concepción despolitizada del derecho incompatible con la aspiración de desarrollar métodos de adjudicación que contribuyan al cambio social igualitario? ¿O debemos desarrollar una concepción renovada, quizá algo más politizada, del Estado de Derecho y de la adjudicación que pueda ser coherente con las esperanzas transformadoras y apoyarlas? ¿Podemos concebir prácticas de interpretación constitucional que reconozcan y cumplan el deber de fidelidad interpretativa y que, sin embargo, estén comprometidas con “el establecimiento de una sociedad basada en los valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales”, una sociedad que “mejore la calidad de vida de todos los ciudadanos y libere el potencial de cada persona”, en palabras del Preámbulo? ¿Podemos describir un método de adjudicación que esté comprometido política y moralmente pero que no sea una “legislación judicial” ilícita? ¿Existe un concepto postliberal del Estado de Derecho adecuado a los retos políticos que se ha fijado Sudáfrica? (p. 150)

Como se podrá imaginar, Klare respondió categóricamente que sí era posible que una corte constitucional (como la sudafricana) desarrollara una concepción renovada, “quizá algo más politizada”, para contribuir a un cambio social igualitario.<sup>11</sup> Lo que Klare no contempló es que uno de los precios por pagar cuando se propugna por una politización de la justicia en aras de impulsar la justicia social (algo que recuerda el ideal “empático” del derecho), es que los sectores que se oponen a los objetivos transformadores inevitablemente buscarán capturar a este nuevo actor político que avanza en objetivos contrapuestos a los suyos. De esta forma, especialmente en países en que la consolidación de la fase “autónoma” del derecho es precaria –como sucede en la mayor parte de América Latina–, el despliegue por parte de las cortes de justicia de un objetivo percibido como “partisano” (en este caso, asociado a un particular sector político, el progresismo igualitarista), las expone ante gobernantes y parlamentos conservadores a ser señaladas de traicionar el ideal de árbitros imparciales de un derecho democráticamente elaborado y, por tanto, se exponen a ser sustituidas por jueces considerados por sectores de derecha como suficientemente fieles al derecho.

La dinámica descrita no debiera sorprender en demasía, considerando que en uno de los países con la judicatura más consolidada de las democracias constitucionales –los Estados Unidos–, la Corte Suprema ha sido objeto de un ataque sostenido a su independencia por parte de un Partido Republicano que, al menos desde el conocido fallo “Roe v. Wade” (1973)<sup>12</sup> fue percibida por sectores conservadores como una corte sesgada ideológicamente, lo que llevó a la grosera negativa de un Senado controlado por los republicanos a someter a votación la ratificación de un juez designado por el entonces presidente Barak

---

11 Adviértase la incompatibilidad que Klare establece entre lo que llama “una concepción despolitizada” del Estado de derecho con un modelo que exhibe “una aspiración de desarrollar métodos de adjudicación que contribuyan al cambio social igualitario”. Pues bien, vinculando la aproximación de Nonet y Selznick con la de Klare, parece plausible asociar la “concepción despolitizada” del último con el derecho autónomo de los anteriores, y el derecho empático con el modelo que contribuye al cambio social.

12 Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, Sentencia Roe v. Wade, 410 U.S. 113 de 1973.



Obama<sup>13</sup> y que, gracias a esa intervención –y a las designaciones que Trump luego hizo de jueces conservadores– finalmente revirtió un precedente de medio siglo en materia de aborto.<sup>14</sup>

Desde una mirada necesariamente externa de las dinámicas precisas que determinan la política judicial estadounidense (como la del autor), y teniendo en cuenta el riesgo de ataques a una Corte percibida como un actor que actúa con un sesgo político determinado, cabe preguntarse si era razonable esperar que los sectores conservadores de los Estados Unidos se quedaran tranquilos viendo cómo un órgano cuya legitimidad fundamental descansa en la –reconocidamente inexacta– noción de que las cortes aplican lealmente el orden jurídico vigente (y no sustituyen su voluntad por el constituyente democrático), transgredía ese presupuesto de legitimidad.

Si lo señalado precedentemente sucedió en un democracia constitucional que (más allá de sus defectos) lleva más de dos siglos de existencia, se comprenderá que la situación puede ser tanto o más compleja en una región (como la latinoamericana) en la que el abandono del formalismo y la deferencia al legislador democrático que acompaña al ideal empático puede traducirse muy rápidamente en la pulverización de la independencia judicial que, paradójicamente, es condición *sine qua non* de que el ideal de un derecho transformador pueda existir.

Complicando aún más las cosas, al peligro de que el despliegue de un activismo judicial progresista genere una contraofensiva conservadora para evitar que sus triunfos legislativos sean derrotados por las cortes, se añade la emergencia en los últimos años de una suerte de “libreto” populista-autoritario en que líderes que pretenden perpetuarse electoralmente en el poder buscan controlar la judicatura para avanzar después al “copamiento” de otras instituciones del Estado, en lo que Scheppele (2018) ha llamado “legalismo autocrático”. Así las cosas, el riesgo de un avance a la fase empática del derecho cuando la fase autónoma no está consolidada se ha hecho exponencialmente más peligroso en esta era de la erosión democrática.

---

13 El nominado en cuestión fue Merrick Garland.

14 Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, Sentencia Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization 597 U.S. de 2021.



Para ilustrar las consecuencias tangibles de lo que puede aparecer como un proceso abstracto, considérese que la existencia de un sistema legal con cortes de justicia mínimamente autónomas del gobierno juega un rol crítico en garantizar el orden democrático ante el embate de liderazgos populistas autoritarios (tanto de derecha como de izquierda). En efecto, sin una judicatura independiente, lo que Bobbio denominaba las “libertades de la democracia” (como la libertad de expresión, el derecho de asociación y el derecho de reunión) no son más que promesas vacías, dejando el camino despejado para que líderes con tendencias autoritarias usen a las propias cortes para deshacerse de adversarios competitivos, tornando el momento electoral en uno en que la suerte ya está echada. Como lo relataba un experimentado político boliviano enfrentado a las nuevas normas constitucionales de 2009 que, inspiradas en un populismo judicial con escasos precedentes en la región, introdujo la elección popular de los integrantes de las cortes constitucionales y superiores de justicia (lo que en la práctica se tradujo en el control de las últimas por el partido hegemónico), una vez que el gobierno tomó el control de la judicatura, cada vez que un precandidato presidencial amenazaba las posibilidades de reelección del presidente en ejercicio, se levantaban en contra del anterior acusaciones falsas de corrupción que lo sacaban de circulación. Así, en lugar de echar mano a golpes de poder abiertamente antidemocráticos, se lograba eliminar a potenciales contendores por la vía –aparentemente legal– de movilizar a un sistema judicial capturado por el gobierno.

## Conclusión

En este ensayo hemos analizado el extraordinario proceso de transformación social de cuño igualitario mediante el recurso a la movilización del derecho y las cortes de justicia en América Latina en las últimas tres décadas, iniciado en el contexto de una coyuntura especialmente difícil para las izquierdas de la región, que vieron en el derecho un potencial de contribución a la justicia social que parecía inalcanzable en un momento de hegemonía neoliberal.

Luego de pasar una revista a las virtudes –y limitaciones– de la estrategia que propicia un activismo judicial transformador, exploramos este fenómeno a la luz del modelo de evolución de las relaciones entre el derecho y la sociedad elaborado por Nonet y Selznick, planteando los peligros que involucra el pasar desde la fase “represiva” del derecho a la fase “empática” sin que antes se consolide la fase que los autores mencionados denominan “autónoma”, y que es la que hace distinguible la acción de las cortes como entidades funcionalmente diferenciables del resto de las instituciones políticas del Estado.

Finalmente, se ha enfatizado cómo la emergencia (en años recientes) de un proceso global de erosión democrática, caracterizado por liderazgos populistas-autoritarios que suelen capturar o cooptar a las cortes de justicia, aumenta exponencialmente los riesgos de estrategias de transformación basadas en un activismo judicial que expone a la judicatura a ser percibida como al servicio de una ideología política determinada, especialmente en el contexto de regiones (como la latinoamericana) en que la autonomía judicial sigue siendo precaria en la mayor parte de los países.

Considerando lo anterior, cabe preguntarse por los escenarios que se abren ante esta coyuntura. Una aproximación prudente aconsejaría pausar el rol transformador de la justicia latinoamericana para evitar exponerse a su captura por liderazgos hostiles a las formas jurídicas en general, y a la independencia judicial en particular, atendido a que, si las cortes pierden su autonomía respecto del gobierno, no solo no podrán continuar con su labor transformadora, sino que se arriesgan a terminar desempeñando el rol represivo característico de las formas más primitivas de derecho.

## Referencias

- Ansolabehere, K. (2007). *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Flacso México.
- Couso, J. (2010). The transformation of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America. En J. Couso, R. Sieder y A. Huneeus (Eds.),



*Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America.* Cambridge University Press.

Couso, J. (2017). Constructing 'privatopia': The role of constitutional law in Chile's radical neoliberal experiment. En B. Golder y D. McLoughlin (Eds.), *The politics of legality in a neoliberal age*. Routledge.

Couso, J. (2018). Back to the future? The return of sovereignty and the principle of non-intervention in the internal affairs of the states in Latin America's "radical constitutionalism". En *Constitutionalism in the Americas*. Edward Elgar Publishing.

Couso, J. (2021). Latin American new constitutionalism: A tale of two cities. En H. Mendes *et al.* (Eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford University Press.

Couso, J. y Hilbink, L. (2011). From quietism to incipient activism: The institutional and ideological roots of rights adjudication in Chile. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa (Eds.), *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Farrera Bravo, G. (2012). La judicialización de la política: el caso de México en perspectiva comparada. *Revista IUS*, 6(30).

García, J. F. y Verdugo, S. (2013). *Activismo judicial en Chile: ¿hacia el gobierno de los jueces?* Ediciones Libertad y Desarrollo.

Garretón, M. A. (1996). Human rights in democratization processes. En E. Jelin and E. Hershberg (Eds.), *Constructing Democracy: Human Rights, Citizenship and Society in Latin America*. Westview Press.

Ginsburg, T. y Huq, A. Z. (2019). *How to save a constitutional democracy*. University of Chicago Press.

Huntington, S. (1991). Democracy's third wave. *Journal of Democracy*, 2 (2), 12-34.

Klare, K. (1998). Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal of Human Rights*, 14.

Krygier, M. (2012). *Philip Selznick: Ideals in the world*. Stanford University Press.

Landau, D. y Dixon, R. (2019). Abusive judicial review: Courts against democracy. *University of California- Davis Law Review*, 53.

Levitsky, S. y Ziblatt. (2018). *How Democracies Die*. Viking.

López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.

Montecinos, V. (1998). *Economists, Politics and the State: Chile 1958-1994*. Cedla.

Müller, J. W. (2017). *What is populism?* Penguin.

Nonet, P., Selznick P. y Kagan, R. (2017). *Law and society in transition: Toward Responsive Law*. Routledge.

Novoa Monreal, E. (1975). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo xxi.

Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, 142-144.

Ronald Dworkin (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.

Santos, B. y Rodríguez-Garavito, C. (Eds.) (2005). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge University Press.

Sassen, S. (2007). *Una sociología de la globalización*. Katz.

Scheppele, K. L. (2018). Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, 85(2), 545-584.

Skidmore, T. y Smith P. (1999). *Historia contemporánea de América Latina*. Editorial Crítica.

Smulovitz, C. (2010). Judicialization in Argentina: Legal culture or opportunities and support structures? En Couso et al. (Eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge University Press.

Von Bogdandy, A. (2015). *Ius Constitutionale Commune in Latin America: Observations on Transformative Constitutionalism*. *AJIL Unbound*, 109-114.

Yamin, A. (2022). The right to health: The potential and limits of catalysing systemic change through the courts. En H. Mendes, R. Gargarella y S. Guidi (Eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*. Oxford University Press.



## ¿Cómo entender la victimización del territorio en el conflicto armado?

*Alexandra Huneus*<sup>1</sup>

*Pablo Rueda Sáiz*<sup>2</sup>

---

1 Alexandra Huneus, University of Wisconsin Law School, Wisconsin (EE. UU.). Este capítulo reproduce partes del artículo “Territory as a victim of armed conflict”, *International Journal of Transitional Justice*, 15 (2021), 210-229, con el debido permiso.

2 Pablo Rueda Sáiz, University of Miami School of Law (EE. UU.).

En Colombia, la jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ha reconocido formalmente a los territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas como víctimas del conflicto armado. Pero ¿qué significa que un territorio no sea considerado como el escenario sobre el cual se desarrolla un conflicto armado, sino como víctima? El concepto de “territorio-como-víctima” busca dar una expresión jurídica a la noción de que no solo las vidas humanas se ven afectadas por el conflicto armado, sino que también lo están las relaciones con aquellas entidades no humanas, incluyendo los “seres de la tierra” como los ríos y las montañas, y el mundo espiritual. Además, es una herramienta a través de la cual los pueblos indígenas y las comunidades negras y campesinas pueden obtener mayor control sobre lo que ocurre en su territorio. Los estudiosos y los profesionales de la justicia transicional están comenzando a considerar qué puede significar el avance en el reconocimiento de actores no humanos en un área del derecho que, paradójicamente, tiene sus orígenes en el movimiento de los derechos humanos. Este artículo contribuye a ese debate, demostrando cómo el proceso de paz colombiano está transformando la manera de entender el territorio, que pasa de ser un objeto a convertirse en un sujeto de derechos susceptible de daño y de reparación.

## **Introducción**

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), establecida a través del Acuerdo de Paz de 2016 en Colombia, está llevando la justicia transicional hacia la innovación, producto del diálogo interlegal

que ha mantenido con los pueblos indígenas y las comunidades negras en las zonas más afectadas por la violencia. Desde 2019, la JEP ha emitido cinco autos que reconocen como víctimas del conflicto armado a los territorios de los pueblos indígenas y las comunidades negras. Por ende, Katsa Su, Cxhab Wala Kile y Eperera Euja –los territorios de los pueblos Awá, Nasa y Eperara Siapidaara (también llamados Sia) respectivamente–, así como también las tierras de comunidades negras de diversos consejos comunitarios del municipio de Tumaco, se han transformado en sujetos de derechos, entre ellos el de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación, y el derecho a participar en cada etapa del proceso judicial.

El concepto de “territorio como víctima” busca otorgar una expresión jurídica a la noción de que no solo las vidas y las relaciones humanas se ven afectadas por el conflicto armado, sino también las relaciones con los no humanos, incluyendo animales, plantas, ecosistemas y entidades naturales o “seres de la tierra” como los ríos y las montañas, y el mundo espiritual (De la Cadena, 2015).<sup>3</sup> Este concepto forma parte de un derecho emergente que reconoce la personalidad jurídica de entidades naturales en diferentes partes del mundo, que ha tenido su desarrollo más avanzado en América Latina. La Constitución ecuatoriana de 2008 fue la primera en incluir los derechos de la naturaleza, y Ecuador y Colombia son los dos países dentro de los cuales estas ideas ecocéntricas han tenido un mayor desarrollo jurídico.

Los académicos y los profesionales de la justicia transicional –que también tiene raíces intelectuales profundas en Latinoamérica– están comenzando a considerar lo que la ampliación del

---

3 Algunos autores clasifican el concepto del territorio como víctima como una categoría dentro de la jurisprudencia sobre derechos de la naturaleza (ver, por ejemplo, Sánchez, 2022). Otros contrastan el territorio como víctima de los derechos de la naturaleza, notando las tensiones tanto como las sinergias, por ejemplo, Viaene (2022) sugiere que la figura de los derechos de la naturaleza tiende a compartamentalizar la naturaleza, mientras que la figura del territorio-como-víctima enfatiza la interrelación entre los seres (ver también Lyons, 2021). En este artículo no abordamos directamente la investigación sobre los “derechos de la naturaleza” debido a que queremos concentrarnos en la contribución de estos autos a los debates en la literatura de la justicia transicional.



derecho más allá de las relaciones humanas podría representar para un campo que tiene sus orígenes en el movimiento de los derechos humanos y la dignidad del individuo. Este artículo contribuye al debate en torno al tema, al mostrar cómo los autos de la JEP amplían el concepto de territorio que subyace a diversas prácticas e ideas propias de la justicia transicional. Al declarar el territorio como víctima, la JEP concibe la tierra como un sujeto que *sufre un daño y necesita reparación*, y no simplemente como un objeto que sirve para reparar a alguien. Esta resignificación del territorio permite ampliar los conceptos de daño y reparación, para que incluyan la ruptura y el daño de las relaciones socioecológicas, como formas de agricultura de subsistencia y las de otras prácticas culturales, así como la ruptura del mundo espiritual, y no solo los efectos directos del conflicto armado, como el desplazamiento forzado.

El concepto del territorio-como-víctima es producto de esfuerzos de larga duración de movilización jurídica de las comunidades indígenas y negras para visibilizar sus perspectivas en el ordenamiento jurídico, que fue moldeada por las particularidades de su lucha política, y el extenso conflicto armado de Colombia. Sin embargo, el concepto incide en la manera como entendemos el daño y la reparación en la justicia transicional en términos más generales, y en las medidas de reparación particulares que deben adoptarse tras el conflicto. Los autos de la JEP sugieren nuevos caminos para la justicia transicional en las luchas que involucran a los pueblos indígenas y sugieren caminos para centrar la relación de las sociedades con el medioambiente en los procesos de justicia transicional. De esta manera, también marcan la expansión de la movilización hacia el reconocimiento de la personería jurídica que, con estos autos, comienza a incluir no solo el derecho constitucional, sino también el derecho internacional humanitario y la práctica de justicia transicional.

Por eso creemos que, aunque esta innovación en interlegalidad es aún incipiente, es importante comprender de dónde proviene la figura jurídica del territorio-como-víctima, y explorar oportunamente las direcciones en las que podría evolucionar, tanto dentro como fuera de Colombia, y la manera como



contribuye y enriquece la tendencia emergente de reconocer personería jurídica a entidades no humanas.

En la primera sección se analiza la literatura que destaca las limitaciones de la justicia transicional en relación con los pueblos indígenas y establece un diálogo con la literatura que extiende el concepto de justicia más allá de las relaciones humanas. La segunda sección describe el contexto histórico de las luchas por la tierra en Colombia. Muestra cómo el conflicto armado promovió o alteró ciertos proyectos regionales de desarrollo económico y esto impactó en las comunidades indígenas y negras que vivían en sus territorios. Esta sección también muestra cómo estos grupos se movilizaron para que se incluyeran estos proyectos económicos regionales como daños producidos por el conflicto armado y para reconfigurar el significado jurídico de los territorios étnicos. La tercera sección analiza los autos de la JEP que declaran a los territorios como víctimas. Detalla cómo estos autos transforman los conceptos centrales de daño y reparación a través del diálogo judicial con los pueblos indígenas y las comunidades negras de Nariño, Cauca y las regiones centrales y más altas de los ríos Atrato y San Juan. Tal como lo hicieran los propios autos de la JEP, esta sección busca destacar las palabras utilizadas por los pueblos indígenas y las comunidades negras en sus solicitudes. La cuarta sección concluye con el análisis de la manera en que el concepto de territorio-como-víctima desafía a los académicos y profesionales de la justicia transicional a tener más en cuenta las maneras particulares como los distintos pueblos interactúan con sus territorios.

## **Los pueblos indígenas en la justicia transicional**

Análisis recientes presentan diferentes críticas a la forma en que las intervenciones de la justicia transicional típicamente se aproximan a los pueblos indígenas.<sup>4</sup> Los estudios poscoloniales, en particular, han sido críticos de los presupuestos liberales

---

4 En esta revisión de la literatura destacamos la investigación sobre los pueblos indígenas en la justicia transicional. Esto se debe al hecho de que, en Colombia, las organizaciones de comunidades

o neoliberales y eurocéntricos subyacentes a los modelos de justicia transicional.<sup>5</sup>

Al yuxtaponerlas, estas críticas pueden dividirse en dos grupos. Un primer grupo, que comprende lo que consideramos perspectivas estructuralistas-económicas, argumenta que la justicia transicional falla a la hora de tratar las raíces estructurales y económicas de la injusticia, enfocándose, en cambio, en la necesidad de promover los derechos civiles y políticos, y prestando especial atención a transiciones del autoritarismo a la democracia. Para este grupo de académicos, la justicia transicional es principalmente un modelo liberal y legalista que atiende cuestiones de responsabilidad individual por violaciones de los derechos humanos a través de juicios, sin considerar la lógica subyacente –estructural y económica– que promueve o facilita estas violaciones. En este modelo, las violaciones de los derechos humanos representan una anomalía esporádica, un resultado injustificado que necesita corregirse, en lugar de la consecuencia obvia del sistema de justicia colonialista.

En contraste, la crítica estructuralista-económica del modelo de justicia transicional considera las violaciones de los derechos humanos como resultado de condiciones económicas injustas, que están profundamente arraigadas dentro de los sistemas de gobierno coloniales, al margen de que se trate de regímenes políticos autoritarios o democráticos (Park, 2020). Dado que las causas de estas violaciones están arraigadas estructuralmente, las injusticias se perpetúan más allá de los regímenes coloniales hasta lo que podría denominarse Estados poscoloniales (Balint *et al.*, 2014).

Las injusticias estructurales en la distribución de los derechos económicos y sociales entre las poblaciones indígenas y coloniales persisten a pesar de los cambios formales en los regímenes políticos coloniales. Para estos académicos, el problema de la desposesión sistemática de las poblaciones indígenas por parte de los colonos, y las reparaciones en la forma de acceso

---

negras y Rom a menudo han adoptado los marcos y las estrategias desarrollados por movimientos sociales indígenas.

5 Ver, por ejemplo, Park (2020), Murdock (2018), Balint *et al.* (2014), Bonner y James (2011), Jung (2011), Short (2008).

a la tierra deberían ser centrales en cualquier intervención de justicia transicional que tenga como fin la reconciliación con los pueblos indígenas.

La crítica estructuralista-económica a la justicia transicional tiene la ventaja de concentrarse en factores estructurales de largo plazo. Este enfoque es una condición necesaria para el surgimiento de regímenes políticos y jurídicos más inclusivos y sostenibles a largo plazo (Balint *et al.*, 2014). Sin embargo, las perspectivas estructurales que enfatizan los factores económicos suelen no reconocer la importancia de los factores culturales, ideológicos y, especialmente, de los factores jurídicos, a la hora de legitimar o deslegitimar arreglos estructurales injustos (Anker *et al.*, 2017). Además, tienden a conceptualizar la tierra como un simple recurso para el crecimiento económico, una visión que muchos pueblos indígenas rechazan. Los enfoques estructurales corren el riesgo de no comprender adecuadamente los reclamos indígenas sobre el territorio y, por ende, suelen no atender de manera apropiada dichos reclamos.

La segunda crítica a la justicia transicional, a la que llamaremos cultural e ideológica, busca un profundo reconocimiento de las diferencias culturales entre los pueblos indígenas y los colonos en los mecanismos de justicia transicional (Santamaría *et al.*, 2020). Este enfoque sostiene que, a pesar de su relación ancestral con la tierra, la justicia transicional tiende a construir a los pueblos indígenas como Otros, y rara vez los reconoce en los relatos fundacionales de las naciones colonizadas. En otras palabras, el espacio nacional es un espacio colonial, no un espacio indígena. En un acto de omisión al que muchos se refieren como una injusticia epistémica, el sistema jurídico desconoce categóricamente las geografías, historias y filosofías indígenas, y las epistemologías u ontologías basadas en la tierra (Murdock, 2018).

El desafío que enfrenta la justicia transicional, entonces, consiste en incorporar las cosmovisiones indígenas. Además, esto debería tomar la forma de algo más que el simple reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen una relación especial con su tierra (Izquierdo y Viaene, 2018). Las intervenciones de la justicia transicional no solo deben ser conscientes de las distintas formas en las que muchos pueblos indígenas

conciben su territorio y se relacionan con este y con el mundo natural, sino que también deben tratar estas perspectivas como legítimas y buscar hacer justicia en los términos de las propias víctimas. Para los pueblos indígenas esto significa que la justicia transicional debería intentar restaurar las relaciones quebradas no solo entre los humanos, sino también entre los humanos y los no humanos. Al analizar la experiencia de la Comisión por la Verdad y la Reconciliación de Canadá, por ejemplo, Lorna McGregor argumenta que las reparaciones deberían estar informadas de las nociones indígenas de “la buena vida”, que incorporan obligaciones hacia “otros órdenes” y “el mundo más que humano” (McGregor, 2018). De manera similar, muchos académicos argumentan que el reconocimiento de la persona jurídica del bosque Te Urewara y del río Whanganui fue el gesto que finalmente permitió al gobierno y al pueblo Maorí acordar su disputa de siglos bajo el tratado (Kauffman y Martin, 2018). Reflexionando sobre el caso colombiano, Daniel Ruiz Serna (2017) sostiene que la justicia transicional debería ayudar a restaurar la relación de los pueblos indígenas con sus territorios, en parte a través del reconocimiento de sus relaciones con seres no humanos, materiales y espirituales que habitan en ellos.

La perspectiva cultural tiene la ventaja de que incorpora la cosmovisión de los pueblos indígenas, lo que promoverá intervenciones más efectivas ya que, en sí misma, es un paso hacia la rectificación de la injusticia epistémica. Su limitación, por supuesto, es que las intervenciones que operan exclusivamente al nivel de las ideas corren el riesgo de fallar en modificar condiciones injustas que afectan a muchos pueblos indígenas (Hale, 2006). Jodoin *et al.* argumentan que, en cierta forma, el pueblo Inuit logró con éxito enmarcar su experiencia con el daño por el cambio climático en un lenguaje de derechos, reclamando “el derecho a tener frío” (Jodoin *et al.*, 2020). A través de este marco, lograron obtener una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y atraer la atención de los medios internacionales, desatando una ola de litigio climático basado en reclamos de derechos humanos. No obstante, este marco no logró cambios estructurales para los Inuit, y la comunidad finalmente buscó otras estrategias políticas con una conexión más inmediata con sus problemas cotidianos. Así

mismo, algunos académicos temen que los fallos colombianos vanguardistas que reconocen legalmente los derechos del río Atrato y la selva amazónica, y que han inspirado fallos similares en otros países, terminen siendo promesas vacías que no logren cambiar las condiciones sobre el terreno (García Pachón e Hinestroza Cuesta, 2020).

La siguiente sección relata cómo los pueblos indígenas y las comunidades negras han luchado durante décadas por transformar el concepto jurídico del territorio en Colombia, con el fin de incorporar sus diferentes dimensiones culturales. Sin embargo, sus campañas no se limitan al ámbito de la cultura y las ideas. Al reclamar al territorio como víctima, también buscan que la justicia intervenga para reducir la incursión del desarrollo económico basado en las industrias extractivas y los megaproyectos. De esta manera, sus campañas abarcan enfoques que son tanto culturales e ideológicos como estructurales-económicos.

### **El conflicto sobre la tierra**

Los autos de la JEP que declaran los territorios como víctimas del conflicto armado en Colombia no son una interpretación jurídica paternalista de los reclamos indígenas por parte de la JEP; son el resultado de la persistente movilización de las organizaciones de pueblos indígenas y comunidades negras. Esta sección describe la historia de estos movimientos sociales en el contexto del conflicto armado. La primera parte detalla el rol de la tierra en el conflicto armado de Colombia, y cómo los grupos armados promovieron la afluencia regional de actividades y proyectos económicos en los territorios de la comunidades indígenas y negras, que terminaron por convertirlos en mercancía. La segunda parte muestra cómo los movimientos sociales indígenas y negros se movilaron para redefinir el concepto jurídico del territorio como una forma de resistir la consolidación de estos proyectos en sus territorios. La sección cierra mostrando cómo estos nuevos entendimientos fueron incorporados en la Ley de Víctimas de 2011 y, más tarde, en las leyes que implementaron el Acuerdo de Paz de 2016 con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP). Estas leyes dieron lugar a la creación de

la JEP y son la base sobre la cual los territorios de las comunidades indígenas y negras fueron reconocidos como víctimas del conflicto.

### La tierra en el conflicto armado de Colombia

A través del conflicto armado de Colombia, que de acuerdo con la mayor parte de los análisis comenzó en la década de los cincuenta, los pueblos indígenas y las comunidades negras sufrieron como resultado de las luchas por ganar control del campo. La Comisión Nacional para la Reparación y la Reconciliación (CNRR), la entidad gubernamental oficial creada en 2005 para investigar las causas del conflicto armado de Colombia, concluyó que los grupos armados buscaban controlar los recursos económicos de áreas clave de la geografía colombiana, para poder obtener ingresos o forjar alianzas con actores económicos (CNRR, 2009). Los grupos paramilitares generalmente deseaban expandir la agricultura comercial de gran escala, los proyectos de minería, petróleo o infraestructura, o participaban de la minería ilegal o la producción de cocaína. Las guerrillas, por su parte, también buscaban obtener ingresos de estos mismos sectores económicos, pero a través de la protección, la extorsión y los secuestros, o participando directamente en las actividades económicas ilegales. Por ende, los grupos armados involucrados en el conflicto a menudo tenían como objetivo implementar una transformación de alto alcance, secuenciada y estructural de los territorios donde operaban. Para este fin, los grupos armados a veces desplazaban por la fuerza a comunidades indígenas, negras o campesinas de sus tierras, y luego las volvían a poblar con otros grupos campesinos sin tierra o desplazados de otras zonas, creando pueblos nuevos y cambiando la demografía étnica y racial de ciertas áreas. Esto es lo que las fuerzas paramilitares hicieron en el territorio de las comunidades negras de Curvaradó y Jiguamiandó, en el norte de Chocó, y en Pueblo Bello, ubicado pocos metros afuera del territorio del pueblo indígena Arhuaco (CNRR, 2009).

Dado que los pueblos indígenas y las comunidades negras combinados tienen la titularidad de aproximadamente el 40% del territorio continental de Colombia, los conflictos por

los proyectos regionales de desarrollo económico a menudo involucraban a estos pueblos y comunidades en el conflicto armado. En el departamento de Córdoba, por ejemplo, los grupos paramilitares asesinaron a los líderes indígenas Embera que se movilizaron para oponerse a la construcción de las represas hidroeléctricas de Urra (Chami de los Guasirumas, 1995).

En otras partes del país, como La Guajira, Cesar y Magdalena, la violencia paramilitar contra los pueblos indígenas se relacionó con su oposición a la minería del carbón (Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos, 2008). En los departamentos de Chocó y Nariño, las masacres de miembros de las comunidades negras y los pueblos indígenas Awá se han atribuido a su oposición a los cultivos ilegales de coca y, más recientemente, a su apoyo a programas de erradicación voluntaria (Verdad Abierta, 2017).

De manera similar, en Chocó y en el norte de Cauca, los intentos de masacre y asesinato contra líderes de la comunidad negra, como la ganadora del premio Goldman y actual vicepresidenta, Francia Márquez, están estrechamente vinculados a su oposición a la minería ilegal (El Espectador, 2019).

### **Movilización por el territorio**

Ante el desplazamiento desenfrenado y la pérdida de la tierra, las comunidades indígenas y negras han recurrido a una combinación estratégica de protestas, litigio y alianzas políticas. Las movilizaciones indígenas durante los fines de la década de los ochenta coincidieron con una movilización social más amplia que exigía una asamblea constitucional, y los pueblos indígenas fervientemente apoyaron la necesidad de una reforma constitucional de largo alcance. Gracias a ello, las organizaciones indígenas pudieron participar de la asamblea que redactó la Constitución de 1991, e introdujeron importantes disposiciones constitucionales, redefiniendo a Colombia como un sistema de gobierno multicultural y pluralista; protegiendo las tierras de los grupos étnicos, garantizándoles un carácter inalienable y otorgando a las autoridades indígenas mayor control sobre sus territorios (Laurent, 2005). A pesar de que la participación de las organizaciones de comunidades negras en la asamblea



constitucional fue menos prominente, la Constitución sí reconoció su derecho a obtener el título formal de las tierras que habían ocupado durante siglos.<sup>6</sup> Como resultado, la Constitución de 1991 y posteriormente la Ley 70 de 1993 reconocen el lazo único que las comunidades negras tienen con sus territorios, y les ofrece un régimen jurídico diferente (Grueso *et al.*, 1997). Ejercen la propiedad de sus tierras de manera colectiva e inalienable, y las comunidades son reconocidas como autoridades ambientales dentro de sus territorios.<sup>7</sup>

Desde 1991, tanto los pueblos indígenas como las comunidades negras han ampliado sus derechos recurriendo a una combinación de litigio, alianzas políticas estratégicas y protestas. Un área clave ha sido la lucha contra las industrias extractivas en sus territorios. En 1991, el gobierno colombiano ratificó la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. Este tratado internacional establece el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados antes de que se extraiga cualquier recurso de sus tierras, y antes de la adopción de cualquier ley o acto administrativo que pueda afectarlos directamente. En 1997, la Corte Constitucional estableció que la consulta previa era un derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas (Sentencia su-039).<sup>8</sup> Ello significa que cualquier ley que afecte los pueblos indígenas sin haber sido consultada previamente con ellos podrá declararse inconstitucional, y que cualquier proyecto de explotación de recursos en su territorio deberá ser consultado. Esta decisión judicial fomentó una explosión litigiosa que finalmente ayudó a enriquecer el concepto jurídico de territorio. La Corte distinguió los derechos de propiedad del común de la población, y el de los pueblos indígenas y las

---

6 Este derecho, establecido en el artículo transitorio 55 de la Constitución Política de 1991, recibió mayor definición en la Ley 70 (1993) y el Decreto 1745 (1995).

7 Para un análisis de cómo las organizaciones de movimientos sociales negros en Colombia destacaron las diferencias étnicas en lugar de los reclamos por igualdad, ver Paschel (2010).

8 El derecho a la consulta previa fue definido como derecho fundamental por la Corte Constitucional, mediante Sentencia su-039 de 1997.

comunidades negras, basándose en la especial relación que estos tienen con sus tierras, caracterizándola como una relación que abarca dimensiones constitucionalmente protegidas, históricas, culturales y espirituales que el régimen de propiedad común colombiano no incluye.<sup>9</sup>

Posteriormente, en 2004, la Corte Constitucional emitió un fallo histórico que ordenó al gobierno diseñar una política pública integradora para tratar la situación de las personas internamente desplazadas (Sentencia T-025), aunque el país seguía en medio de un conflicto armado.<sup>10</sup> Como resultado, el Congreso aprobó la Ley de Víctimas, que se concentraba en la población campesina no étnicamente diferenciada, autorizando al gobierno a fijar la política frente a los pueblos indígenas, las comunidades negras y las *cumpanias* romaníes mediante un decreto. En paralelo, el gobierno comenzó los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas, las comunidades negras y las *cumpanias* romaníes, a fin de formular reglas para proteger a estos grupos frente al desplazamiento forzado. Estos procesos de consulta resultaron en tres decretos, cada uno de los cuales refleja de una forma la manera en que estos grupos han sido afectados por el desplazamiento forzado, así como su relación especial con la tierra.<sup>11</sup>

Los decretos sobre víctimas indígenas y negras introdujeron dos innovaciones particularmente importantes. En primer lugar, el decreto sobre restitución de tierras indígenas va mucho más allá que las leyes anteriores y la Constitución de 1991 al reconocer las cosmovisiones indígenas y expresar su

---

9 La Corte Constitucional estableció el carácter fundamental del derecho de los pueblos indígenas a su territorio en 1991. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-188 de 1993.

10 En la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional ordena al gobierno adoptar una política general para las víctimas del conflicto y frente al desplazamiento forzado y el despojo de tierras. Sin embargo, los lineamientos que debía tener la política específica frente las víctimas de las comunidades indígenas la fijó en el Auto 04 de 2009 y frente a las comunidades negras, en el Auto 05 de 2009.

11 Las cuatro leyes son: Ley 1448 de 2011 (para la población no étnicamente diferenciada), y los decretos legislativos 4633 (para pueblos indígenas), 4634 (para los pueblos Rom) y 4635 (para las comunidades negras), todos de 2011.

comprensión del territorio. Ese decreto reconoce el territorio de los pueblos indígenas como una entidad viviente, susceptible de sufrir daños como consecuencia del conflicto armado. Sin embargo, el decreto se queda corto a la hora de reconocer formalmente al territorio como víctima, marcando una línea entre las cosmovisiones indígenas y el derecho estatal. Por su parte, las comunidades negras no solicitaron que sus territorios fueran reconocidos como víctimas en el decreto, pero la ley admite que el daño ambiental afecta su identidad cultural. En segundo lugar, ambos decretos destacan que el daño al territorio incluye no solo aquellos directamente causados por los grupos armados, sino también aquel causado por factores económicos “subyacentes o asociados con” el conflicto armado. Esto permitió a los jueces suspender las licencias ambientales otorgadas en territorios indígenas y de comunidades negras (Decreto Legislativo 4635 de 2011).

En 2014, durante la negociación del Acuerdo de Paz, las organizaciones de comunidades negras e indígenas tuvieron un rol clave.<sup>12</sup> El artículo 35 de la ley que creó la JEP reconoce los sistemas de justicia indígenas y afrocolombianos, y establece que la JEP debe coordinar con ellos lo referente a cuestiones sobre las que los pueblos indígenas y las comunidades negras tienen jurisdicción. Los protocolos y los acuerdos alcanzados entre los distintos órganos del sistema de justicia transicional y las organizaciones indígenas y afrocolombianas avanzaron en el logro de los objetivos de las organizaciones.

Dichos protocolos y acuerdos establecieron explícitamente que sus territorios eran víctimas del conflicto armado, y además adoptaron una visión más amplia de las causas del daño para incluir factores económicos y estructurales “subyacentes

---

12 El acuerdo de paz entre el gobierno y las FARC tiene un capítulo “étnico” que establece amparos para el carácter multidimensional de los territorios de las comunidades indígenas y negras. La sección 6.1.12.3 del Acuerdo de Paz garantiza el respeto de las dimensiones ambientales, culturales y espirituales de las tierras étnicas y prohíbe la expropiación de estas tierras (ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016).

y asociados con” el conflicto armado.<sup>13</sup> También establecieron que la JEP podía usar medidas cautelares o provisionales para suspender las licencias ambientales otorgadas para explorar o extraer recursos de sus territorios (JEP, 2019). En segundo lugar, cualquier decisión de la JEP sobre los territorios indígenas o de comunidades negras debería tomarse en consulta con las autoridades de dicho territorio.

Para el momento en que la JEP abrió sus puertas en 2018, las organizaciones indígenas y afrocolombianas habían establecido un régimen de propiedad diferenciado para sus territorios, y habían comenzado a reformular el significado de sus territorios en el sistema jurídico colombiano.<sup>14</sup> La siguiente sección examina el próximo paso de este proceso, ofreciendo un análisis de la forma en que la JEP reconoció formalmente cinco territorios como víctimas del conflicto armado.

### **El territorio como sujeto susceptible de daño y reparación**

Dentro del sistema de la JEP, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas tiene la tarea de seleccionar e investigar los casos o situaciones más emblemáticos del conflicto armado. Ha seleccionado siete casos para procesar, cada uno de ellos abarca cientos o miles de delitos individuales. Los siete casos están estructurados según dos lógicas diferentes. Cuatro de los casos se enfocan en patrones específicos de conducta criminal que fueron particularmente notorios durante el conflicto colombiano, como el secuestro o el reclutamiento de menores. En

---

13 Ver, por ejemplo, JEP (2019), arts. 5, 6, 31, 33 y Comisión de la Verdad (2018, p. 34).

14 Ante la ley colombiana, los territorios indígenas “son aquellas áreas regular y permanentemente ocupadas por la comunidad indígena, parcial o grupalmente, y aquellos que, aunque no estén ocupados de esa manera, constituyen el contexto tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales” (Decreto 2164 de 1995, art. 2). Las tierras de las comunidades negras son aquellas que se encuentran en las cuencas de los ríos del Océano Pacífico y otras áreas similares “que hayan estado ocupando según sus prácticas productivas tradicionales” (Ley 70 de 1993, art. 1).

contraste, tres de los casos (casos 2, 4 y 5) operan según una lógica diferente: están organizados dependiendo de la zona geográfica donde ocurrieron, concentrándose en los efectos del conflicto armado en tres regiones remotas y muy afectadas. Los casos organizados geográficamente incluyen delitos cometidos contra pueblos indígenas, comunidades negras y comunidades campesinas, reconocidas como víctimas tanto individual como colectivamente.

En una victoria para las comunidades indígenas, negras y campesinas, estos casos también incluyen como víctimas a cinco de sus territorios. Esta sección analiza los autos que declaran estos territorios como víctimas del conflicto armado interno y recurre a otros documentos jurídicos y conversaciones con abogados y activistas para mostrar cómo la JEP, a través del diálogo con los pueblos indígenas y las comunidades negras, está ampliando la noción de territorio, conceptualizándolo jurídicamente también como un sujeto de derechos, y no solo como un objeto. También nos muestra cómo un territorio puede sufrir daños y señala cómo pueden repararse.

### Los territorios como sujetos de derechos

El departamento de Nariño alberga a pueblos indígenas, comunidades negras y comunidades campesinas mestizas. Incluye ecosistemas de selva, los deltas de los ríos con ecosistemas de manglar, de montaña, y una amplia variedad de plantas y especies animales endémicas. Es una de las regiones colombianas más devastadas por el conflicto armado y es el foco del Caso 2 de la JEP, abierto en julio de 2018. Este caso investiga las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidas por las FARC y las fuerzas armadas de Colombia entre 1990 y 2016 en tres municipios.

En noviembre de 2019, las juezas de la JEP Belkis Izquierdo y Ana Manuela Ochoa Arias, ambas mujeres indígenas, emitieron un auto dentro del Caso 2 aceptando la solicitud del pueblo Awá de “reconocer y acreditar el territorio como víctima, considerando [...] que este tiene identidad y dignidad que lo constituyen como un sujeto de derechos” (JEP SRVBI, 2019). El auto reproduce la propia descripción de los Awá de su territorio, el Katsa Su:

Esta concepción de territorio es claramente distinta de la noción occidental de la gestión, el control, la planificación y el ordenamiento del territorio, que presume que entre los seres humanos y la naturaleza existen relaciones de dominio sujeto/objeto, cuando, en realidad, para los Awá las relaciones sociales no están limitadas a las relaciones humanas. La gestión ambiental de los Awá es producto de estas tensas y complejas relaciones entre distintos seres de la naturaleza, con quienes, a través de la constante negociación y el respeto por las normas que regulan el uso material y simbólico de la naturaleza, construimos una cohabitación equilibrada. La noción de que el humano es el único ser responsable por la toma de decisiones sobre el futuro del mundo natural es extraña ante la lógica cultura Awá [...] Por estos motivos, cuando hablamos del territorio de los pueblos indígenas Awá, nos referimos—incluso ante el desconocimiento de la sociedad occidental—a la totalidad de los derechos fundamentales colectivos e individuales que deberían ser respetados y promovidos. (JEP SRVBI, 2019)

En enero de 2020, la JEP emitió otro auto que calificó como víctima a uno de los territorios del pueblo Nasa, el Gran Territorio de los Nasa de Cxhab Wala Kile, que es parte de la investigación en el Caso 5. El auto abarca territorios en donde habitan más de 100.000 indígenas organizados en 31 comunidades en otra región de Colombia. Al explicar el significado de territorio, este auto también le presta su voz a la propia presentación de los Nasa ante la JEP: “Para los pueblos indígenas y, especialmente, para los Nasa, el Uma Kiwe (territorio) es concebido como un ser vivo que forma parte integral de los Nasa, siente, debe ser nutrida y cuidada” (Auto SRVR – Caso 005-002, 2020).

En junio de 2020, la JEP calificó como víctima al territorio Eperara Euja, el “territorio mundial” de las comunidades del pueblo Eperara Siapidaara (también llamado Sia), de Nariño. El auto cita extensamente la descripción que hacen los Sia de su territorio:

En el mundo de los Siapidaara la figura de los “Tachi Euha, Tachi Trua”, nuestra Madre Tierra, nuestro mundo, domina la actividad de los humanos y sus relaciones con la naturaleza, los animales

y otros seres no humanos. La tierra, madre y origen de todos los bienes humanos, es también el elemento central de la cosmovisión Sia. La tierra es el lugar donde, durante cientos de años, nuestro pueblo ha vivido y trabajado. Hemos construido nuestros hogares usando y cuidando los recursos naturales. En nuestros territorios, existen lugares sobre los que contamos historias que ocurrieron hace tiempo. En ellas, nuestros predecesores vivieron y, por ende, nosotros tenemos derecho a habitarlas [ya que somos] sus hijos e hijas. (JEP, SRVBIT, Auto 094 de 2020).

La JEP también ha calificado como víctimas a las tierras de comunidades negras de diversos consejos comunitarios de Tumaco, en el departamento de Nariño. Los autos destacan la historia de estas comunidades, fundadas en el siglo XVII por personas que escapaban de la esclavitud. En particular, narran su lucha en décadas recientes por lograr el reconocimiento político y legal de su identidad colectiva y el título de su territorio colectivo. El auto también enfatiza la relación de estas comunidades con su territorio:

[Las comunidades negras de Tumaco] han establecido un vínculo permanente con los ríos del golfo y sus estuarios, que integran los centros poblados con los asentamientos remotos [...]. En las palabras de la Organización Hileros: “Para las comunidades negras, el territorio tiene un significado especial; es el lugar donde se crean su cosmovisión y su lógica cultural y, por sobre todas las cosas, es el espacio necesario para la supervivencia del sujeto colectivo del pueblo negro”. (JEP SRVBIT, Auto 018 de 2020)

Los autos anteriormente mencionados no suponen una definición común o única de territorio. En cambio, intentan comunicar el significado que cada territorio tiene para los pueblos que han solicitado su reconocimiento como víctima. Un aspecto importante de los autos, entonces, es el reconocimiento de cada territorio como un sujeto diferente con unas características y un sentido cultural únicos. Como escribe Kristina Lyons, “El Katsa Su como ser que vive es un concepto distinto al Eperara Euja”, por lo cual la jueza de la JEP necesita trabajar con múltiples conceptos del territorio a la vez (2021, p. 7).



Sin embargo, estos sujetos territoriales comparten algunos elementos comunes. En todos los autos, el concepto de territorio señala no solo las relaciones materiales entre los diferentes ecosistemas, vistas a través de la biología o el espacio geográfico delineado en el mapa, sino también sus dimensiones culturales. Todos los autos parten del supuesto según el cual la existencia misma de los pueblos depende del territorio, enfatizando el lazo único e inextricable que los pueblos indígenas, las comunidades negras y campesinas tienen con su territorio.

### **Cómo sufren daños los territorios**

Al destacar la particularidad de la relación de cada pueblo con su territorio, estos autos expresan que el daño producido por el conflicto armado afectó el “vínculo especial” con la Madre Tierra de los pueblos indígenas y las comunidades negras (Auto SRVR – Caso 005-002, 2020). En este sentido, el auto del territorio Nasa declara:

Nuestro territorio ancestral y sagrado ha sufrido violaciones, alteraciones, mutilaciones, ocupaciones y daños, producto del conflicto interno armado, que han negativamente transformado el lazo que las comunidades indígenas tenían con su territorio, violando el equilibrio, la armonía y la autonomía del pueblo indígena Nasa del norte de Cauca. (2020)

Así mismo, el auto Sia se refiere a “la indivisibilidad del territorio y las personas que lo habitan. Esta interdependencia es lo que obliga a la justicia transicional a reconocer [a los territorios] como víctimas del conflicto armado” (JEP, SRVBIT, Auto 094 de 2020).

Un ejemplo de esta idea es el daño causado por el desplazamiento forzado. Colombia tiene la segunda población internamente desplazada más grande del mundo, y las comunidades negras de Nariño y los pueblos Sia y Nasa fueron víctimas de desplazamiento forzado. El auto de los Sia denuncia la ocupación de territorios colectivos por parte de grupos armados, y “el vaciado y la desterritorialización de tierras ancestrales, y la pérdida de la autonomía” (JEP, SRVBIT, Auto 094 de 2020). Esto, a su turno, llevó a la pérdida de valores tradicionales, a



la fragmentación de la autoridad tradicional, a la pobreza y a la “anomia social” (Auto 094).

La pérdida del territorio ancestral ha puesto en peligro la integridad cultural de las comunidades y la transmisión de la cultura a través de las generaciones... Los jóvenes, al no tener una tierra donde establecerse, son reclutados por los actores armados del área o, en el mejor de los casos, se convierten en jornaleros en campos que fueron producto del robo de sus propios territorios. (JEP, SRVBIT, Auto, 094 de 2020)

547

Sin embargo, el daño de la desterritorialización se extiende más allá de estos perjuicios sociales hasta el rompimiento de las relaciones con entidades no humanas. En otras palabras, el daño del desplazamiento no solo afecta a las personas que perdieron sus tierras, sino a la misma tierra que perdió a su pueblo. Este tipo de daño no es un mero simbolismo.

Un ejemplo del Chocó plasma esta idea. En 1996 y 1997, los integrantes de las comunidades negras de Curvaradó y Jiguamiandó fueron víctimas del despojo y desplazamiento forzado debido a las acciones conjuntas del ejército colombiano y grupos paramilitares. Estas operaciones desplazaron a más de 15.000 personas y fueron respaldadas por un proyecto para transformar su territorio colectivo en un área productora de aceite de palma (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2002; Verdad Abierta, 2011).

Esta región tiene abundantes ríos y uno de los niveles más altos de precipitaciones del mundo. Los bancos de los ríos requieren una constante limpieza de los detritos para evitar su desbordamiento y las consiguientes inundaciones en los campos aledaños; sin embargo, cuando la comunidad fue desplazada, nadie se ocupó de limpiar el río. El pueblo desplazado demandó al Estado, exigiéndole que reparara su territorio.

La Corte Suprema ordenó a las entidades competentes que resolvieran el problema, pero dicha orden nunca fue cumplida debido a su elevado costo. Como resultado, grandes áreas de estos territorios quedaron permanentemente inundadas (Corte Suprema de Colombia: Sala de Casación Criminal, 2010). Este ejemplo ilustra cómo el desplazamiento forzado daña no solo



a los individuos y a las comunidades, sino también a su tierra, al alterar las relaciones de cuidado recíproco entre las comunidades y su suelo.

El concepto del territorio-como-víctima también permite destacar situaciones que, de otra manera, podrían ignorarse durante el posconflicto. Específicamente, los autos destacan la incursión de nuevas actividades económicas en territorios ancestrales, listando como daño la expansión de modelos económicos que son “contrarios a las economías de subsistencia y las formas colectivas de asociación”, incluyendo los proyectos de minería de escala industrial, proyectos de infraestructura y el monocultivo comercial (JEP, SRVBIT, Auto 094 de 2020). Estos proyectos, obras y actividades no solo alteran el paisaje físico, sino que introducen formas de interactuar con la tierra que son desconocidas para estas comunidades. Entre otras, los autos mencionan la fumigación aérea de los cultivos con glifosato, un carcinógeno que contaminó “sitios sagrados, los campos con plantas medicinales y los cultivos de subsistencia”, dañando las fuentes de alimento y la salud de la población (Auto 094). Estas actividades no constituyen actos directos de guerra y, de hecho, algunas de ellas fueron desarrolladas legalmente. También, las campañas de erradicación de cultivos ilícitos fueron ejecutadas por el gobierno. Sin embargo, como se describe más arriba, el conflicto interno permitió estas incursiones en las comunidades indígenas y negras, en parte como resultado del desplazamiento forzado. Reiterando lo anterior, el énfasis está puesto en el rompimiento del equilibrio en el que los pueblos indígenas y las comunidades negras viven en sus territorios.

Además, el concepto del territorio-como-víctima ayuda a concentrar la atención en una dimensión del daño que a menudo se subestima. En sus peticiones, los pueblos indígenas y comunidades negras de Nariño y los Nasa relataron cómo el conflicto armado alteró su vínculo con el mundo espiritual. Como explican las peticiones de los Awá:

En el Katsa Su, los Awá desarrollan su vida espiritual, entran en armonía con sus espíritus y sus ancestros, y realizan rituales según su ley de origen. Es un territorio abundante en sitios sagrados y plantas medicinales que ofrecen aire, orientación,

resistencia y sustento a los Awá... todo vive y es sagrado, no solo los seres humanos, sino también las colinas, las cuevas, el agua, las casas, las plantas y los animales que tienen vida. (JEP, SRVBIT, Auto 097 de 2019)

De manera similar, para los Sia los daños del conflicto armado incluyeron “la desaparición de los encantos, de los espíritus protectores o los padres espirituales [...] cuando los humanos dañan a los no humanos, o a la naturaleza, crean un desequilibrio energético que incluye cambios en la vida material” (JEP SRVBIT, Auto 094 de 2020). Por supuesto, las personas pueden expresar cómo los actos de guerra afectaron su vida espiritual incluso sin el concepto del territorio-como-víctima. Aquí, no obstante, el énfasis sobre el territorio permite transmitir el daño a su vida espiritual no en términos actuariales, sino tal como estas comunidades lo entendieron y experimentaron: como un desencanto de su territorio.

### La reparación del daño

Los autos de la JEP no indican cómo se va a reparar el daño. Las decisiones sobre la reparación se adoptarán en una etapa posterior, una vez que la Sala de Reconocimiento de Verdad complete las investigaciones y atribuya responsabilidades. Además, como se señala arriba, los autos a menudo no distinguen entre el daño a los tres tipos de víctimas: las personas, los sujetos colectivos –bien sean cabildos indígenas o consejos comunitarios– y el territorio. La falta de diferenciación entre los tres tipos de víctimas tiene sentido, ya que los autos enfatizan la interdependencia entre estos. Es probable que en las reparaciones la Sala tampoco distinga entre los tres tipos de víctimas, sino que las aborde en forma simultánea. Tomando como ejemplo el desplazamiento forzado descrito arriba, una medida reparatoria que permita el regreso de las personas a su territorio sería una reparación para el individuo, el colectivo y el territorio.

No obstante, a partir de un estudio de las normas y de las decisiones judiciales relacionadas con el proceso de paz hasta el momento, y de las conversaciones con los actores involucrados,



se puede inferir que las reparaciones serán guiadas por el concepto del territorio-como-víctima al menos en tres aspectos. En primer lugar, los acusados que cooperen con la JEP podrán recibir beneficios como “sanciones propias” o “sanciones alternativas”. En lugar de cárcel pueden proponer liderar proyectos individuales o colectivos. Esta es una de las muchas formas que adoptarán las reparaciones de la JEP. Podrán realizar trabajos que reparen el daño material sufrido individual y colectivamente por las personas y las comunidades. También se propondrán trabajos que reparen el daño material sufrido directamente por el territorio, como la reforestación y la eliminación de las minas terrestres en territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas (Acuerdo Final, 2016, p. 179).

En segundo lugar, vale la pena recordar que la noción de reparaciones en el proceso de paz colombiano es ambiciosa. La ley que regula la JEP dictamina que “las sanciones impuestas por los paneles de la JEP deberían incorporar reparaciones transformadoras, reestableciendo el equilibrio y la armonía de los grupos étnicos” (Congreso de la República de Colombia, 2018).

Por lo tanto, las reparaciones no estarían limitadas a devolver a las víctimas a su situación anterior, sino que deberían apuntar a un cambio estructural. Para este fin, el tribunal de la JEP puede ordenar implementar programas de reparación más ambiciosos concentrados en reparar el daño material de estos territorios. Además, como señalamos arriba, la JEP tiene la facultad de dictar medidas provisionales que eviten que actores externos ejecuten proyectos extractivos en los territorios bajo su jurisdicción (JEP, 2019).

En tercer lugar, el marco jurídico del proceso de paz ofrece reparaciones que deben incluir la sanación espiritual de acuerdo con la tradición cultural y ancestral de cada pueblo (Acuerdo Final, 2016). En efecto, la JEP ya ha tenido sesiones en las que incluye rituales espirituales. Al recibir la petición para acreditar al pueblo Nasa y a su territorio como víctimas, por ejemplo, la JEP realizó un ritual de armonización con el Consejo Regional Indígena de Cauca (CRIC), organización que reúne a nueve pueblos indígenas de ese departamento, incluyendo a los Nasa (Cabrera, 2019). En el futuro, la JEP puede tomar medidas para tal efecto, o diseñar medidas de reparación que ofrezcan rituales

de sanación para el territorio y ordenar la construcción de obras de arte conmemorativas, con la aprobación de los pueblos involucrados y según sus tradiciones (Acuerdo Final, 2016).

Todas estas medidas han sido utilizadas en otros ámbitos y uno podría objetar que el concepto del territorio-como-víctima es innecesario. Sin embargo, el concepto puede funcionar como principio organizador de la justicia transicional con comunidades indígenas, negras y campesinas, forjando la manera como la justicia transicional concibe las reparaciones, resaltando la importancia del vínculo entre las comunidades y su territorio. Así mismo, permite proferir decisiones encaminadas a reparar los ecosistemas aun cuando aparentemente no tengan ningún valor de uso o de cambio.

El concepto del territorio-como-víctima también funciona de otra manera. Permite a la JEP describir y abordar el daño tal como las comunidades indígenas, negras y campesinas lo experimentan. Algunos pueden temer que, al enfocarse en los daños sobre el territorio, la JEP disminuirá los esfuerzos por asistir a las víctimas humanas individuales. Sin embargo, para los pueblos indígenas y las comunidades negras la idea es que los dos no compiten entre sí, sino que están entrelazados de modo que el individuo y la comunidad no pueden sanar si el territorio no sana también.

De esta manera, como argumenta Daniel Ruiz Serna (2017), el reconocimiento jurídico de un territorio particular como sujeto que ha sufrido daño es, en sí mismo, un acto reparador. Reconoce las cosmovisiones de los pueblos indígenas y las comunidades negras de Colombia y las incorpora al sistema jurídico formal. Este aspecto de las reparaciones se hace evidente en uno de los autos que cita a una mujer Sia mayor en un testimonio presentado ante la JEP:

Ahora que muchos de nosotros estamos cerca de reunirnos con nuestros ancestros, sentimos que partimos con una profunda tristeza, porque el hombre khapiria no toma pausas y vive acelerado; no se detiene en su camino [...] a escuchar y a observar sus errores. Tienen ustedes la obligación de asegurar que nuestras palabras y nuestras voces no se acallen. (JEP, SRVBIT, Auto 094 de 2020)



En otras palabras, parte del trabajo reparatorio de la JEP consiste en transmitir las cosmovisiones de los pueblos indígenas y las comunidades negras a la sociedad mayoritaria, valorándolas jurídicamente, no como curiosidades de culturas en vía de extinción, sino aportes que cuestionan y reformulan la cultura jurídica colombiana y, en términos más generales, las categorías jurídicas occidentales (Ruiz Serna, 2017).

### **Repensando la justicia a través del territorio**

El concepto del territorio-como-víctima es una invención jurídica con raíces en la historia colombiana y de sus pueblos étnicos. Es producto de un proceso político a través del cual los movimientos indígena y negro lograron mayor reconocimiento jurídico y autonomía. Es un proceso en curso, todavía no sabemos cómo serán las reparaciones del daño al territorio, y los autos de la JEP no parten de una definición común de territorio. Se limitan a destacar el vínculo especial de los pueblos indígenas, y de las comunidades negras y campesinas con su tierra. La idea del territorio-como-víctima continuará evolucionando a medida que también continúa el diálogo entre la JEP y estos pueblos y comunidades. Al mismo tiempo, estos esfuerzos pueden entrar en conflicto con la realidad de que la violencia rural, la extracción de recursos –tanto legal como ilegal– y la degradación territorial, continúan a pesar de las órdenes de la JEP.

A pesar de todas estas fuentes de incertidumbre, existen ciertas formas en las que el concepto incipiente de territorio-como-víctima rompe paradigmas de la justicia transicional y contribuye a su enriquecimiento como campo de pensamiento y práctica. Más ampliamente, también es un concepto que enriquece al creciente movimiento de derechos de la naturaleza en la región, al dar un ejemplo de un producto jurídico que es resultado del diálogo interlegal. Nos desafía, llevándonos a repensar a la justicia como un concepto en el cual se incorporan también relaciones con entidades no humanas en el contexto de los pueblos indígenas y otras comunidades no occidentales, incluso al sugerir formas de reimaginar la justicia de cara al cambio climático.

## La justicia transicional y los pueblos indígenas

Como se discutió arriba, algunos académicos han argumentado que las intervenciones de la justicia transicional en conflictos que involucran pueblos indígenas han sido insuficientes, especialmente porque no abordan las condiciones estructurales que subyugan a los pueblos indígenas, ni reconocen o interactúan con su conocimiento y cosmovisiones. La figura jurídica del territorio-como-víctima aborda ambas críticas.

Los autos enfatizan que el conflicto armado alteró el equilibrio de sus vidas y del territorio. No obstante, los daños a los que hace referencia, incluyendo la incursión de los proyectos extractivos, monocultivos y de gran infraestructura en sus tierras, se proyectan más allá de los crímenes particulares, abordando las relaciones estructurales con importantes actores económicos y el Estado. Reimaginar el territorio-como-víctima permite establecer una relación entre la justicia transicional, los pueblos indígenas y las comunidades negras, que los faculta para identificar y reclamar los daños producidos por modelos económicos extractivistas que generan presión sobre sus territorios. Esto no quiere decir que los procesos posconflicto van a lograr reconciliar a los pueblos indígenas y afrodescendientes con las naciones que los colonizaron y esclavizaron (Tuck y Yang, 2012). Con todo, reimaginar el territorio-como-víctima permite que los procesos posconflicto reconozcan que los pueblos indígenas y las comunidades negras y campesinas son vulnerables no solo frente a la guerra, sino frente a otros procesos políticos, económicos y culturales generados por el colonialismo. Este, sin duda, es el caso de Colombia, donde el conflicto interno ha perdurado por más de medio siglo y, por ende, se ha entrelazado con el estatus político y económico de los pueblos indígenas. Sin embargo, el concepto de territorio-como-víctima aplicaría también a otros contextos poscoloniales pues, como sostienen Balint *et al.* (2014), “es la injusticia estructural del colonialismo de colonos, y el colonialismo en general, que continúa como foco de injusticia en el presente”.<sup>15</sup> Más ambiciosamente, al

---

15 Para leer un argumento similar en el contexto del cambio climático, ver Whyte (2017).

reconocer la relación de los pueblos indígenas con su territorio, este nuevo concepto jurídico de territorio también fortalece la soberanía indígena, lo cual responde a las críticas de que las intervenciones de la justicia transicional tienden a fortalecer al Gobierno nacional a costa de la soberanía indígena (Balint *et al.*, 2014).

La noción del territorio-como-víctima también desafía a la justicia transicional a relacionarse seriamente con las visiones y el entendimiento de los pueblos cuyas verdades han sido tradicionalmente relegadas al reino del mito o construidas como “salvajes” (Tuck y Yang, 2012). De esta manera, esta nueva figura jurídica del territorio-como-víctima es en sí misma una forma de justicia epistémica que contribuye a rectificar el desprecio hacia sistemas de conocimiento no occidentales (de Sousa Santos, 2014; Said, 1979). Bajo condiciones legales pluralistas, “las diversas nociones de espacio y de derechos y obligaciones determinadas espacialmente se contraponen en interacciones estratégicas sobre las formas disputadas de autoridad política en la lucha por el control de los recursos (que a veces se torna violenta)” (von Benda-Beckman *et al.*, 2009). La figura del territorio-como-víctima es un producto híbrido nacido de esta disputa de ideas, a través de la cual los pueblos indígenas y las comunidades negras y campesinas pueden articular un concepto de territorio que resuena con sus cosmovisiones y resulta cognoscible dentro de los sistemas jurídicos occidentales (Escobar, 1999).

Además, este no es solo el reconocimiento por parte de una sociedad liberal multicultural que acepta que los pueblos indígenas y otros grupos sociales tienen cosmovisiones diferentes. En sus escritos, dos años antes de los autos de la JEP, Ruiz Serna (2017) criticó la Ley de Víctimas de 2011 por operar bajo la lógica relativista de una forma liviana de multiculturalismo que trata distintas visiones con respeto, pero que no se relaciona con ellas en un plano de igualdad (Decretos Legislativos 4633 y 4635, 2011). Según su visión, la Ley de Víctimas trata el concepto del territorio-como-víctima como una expresión de la cultura indígena que debe ser tolerada, en lugar de verla como una oportunidad de aprender de los sistemas indígenas de conocimiento. Por ende, considera que se pierde una oportunidad



para verdaderamente aceptar que “los derechos humanos y los impactos sobre la gente no son suficientes para referirse a los efectos que ha generado el conflicto armado” (Ruiz Serna, 2017).

Sin embargo, los autos de la JEP van más allá de los decretos de 2011 (Ruiz Serna, 2017). Son lo que J. L. Austin (1962) denomina “enunciado performativo”: a través de la acreditación formal del territorio-como-víctima, estos territorios son creados como entidades jurídicas con derechos y con un estatus reconocido en el Acuerdo de Paz colombiano y las leyes que lo implementan. De ahora en adelante, todos los actores jurídicos que participen en este proceso tendrán que hablar del Katsa Su como una entidad con derechos y darle el trato correspondiente. Tendrán que respetar y defender sus derechos, ya sea que compartan o no la visión subyacente de los Awá que lo tratan como un ser vivo (Simón, 2019).

### **Interlegalidad y justicia “más que humana”**

Al transformar el territorio de un objeto a un sujeto, los autos desafían a la justicia a repensar las categorías de daño y de reparación en términos más generales, incluso más allá de la tierra de los pueblos indígenas y de las comunidades negras y campesinas. En este sentido, participan del movimiento emergente en la región que reconoce la personalidad jurídica de entidades naturales, es decir, el movimiento de los derechos de la naturaleza. Sin embargo, forman un eje dentro de este movimiento que enfatiza el conocimiento de los pueblos indígenas y otras comunidades minorizadas, y que reconoce que hay una pluralidad de maneras de relacionarse con el medioambiente (incluso maneras que no reconocen diferenciación entre el humano y el territorio).

Dentro del movimiento de reconocer personarías jurídicas a la naturaleza en Latinoamérica, los autos de la JEP se destacan por su compromiso con el diálogo interlegal. Es solo a través de un compromiso profundo con el pluralismo legal y la interculturalidad que la JEP llega al terreno de la justicia “más que humana”. Varios de los autos que califican a territorios como víctimas fueron redactados por dos jueces indígenas, y las peticiones presentadas por los Awá, los Nasa y los Sia juegan



un papel importante en su desarrollo. En los Casos 02, 05 y 09, la JEP se ha esforzado en comprender la particularidad de las experiencias de los distintos pueblos y comunidades más afectadas por el conflicto armado, organizando diálogos y audiencias en sus territorios y trabajando con las autoridades tradicionales y organizaciones de derechos humanos, así como con los mecanismos de coordinación con la jurisdicción especial indígena y la justicia tradicional afrocolombiana. En los encuentros organizados por la JEP han participado las autoridades de los sujetos colectivos, así como miembros individuales de estas comunidades. Es más, los autos reconocen también la especial relación que tienen los campesinos de origen mestizo. De esta manera, trascienden lo que se ha considerado una reificación de las culturas indígenas que termina por excluir a las culturas campesinas colombianas y ocultar su vulnerabilidad frente al conflicto armado (Lyons, 2021). Los ecologistas argumentan que los sistemas ecológicos y sociales no están separados, sino que juntos conforman complejos sistemas socioecológicos. Por lo tanto, para crear planes de conservación o sostenibilidad viables para un ecosistema particular, es necesario comprender el sistema social en el que dicho ecosistema está arraigado históricamente (Berkes y Folke, 1998). A la inversa, para ser viable, una intervención de la justicia debe comprender y tener en cuenta el ecosistema circundante. El concepto del territorio-como-víctima exige que la justicia priorice la particularidad de la relación de las comunidades humanas con su entorno. Se debe enfocar en la restauración de una relación equilibrada, no para excluir a los humanos, ni para usar la tierra como un mero recurso para el desarrollo. Lo que esto significa en la realidad, por supuesto, todavía está por desarrollarse.

## Referencias

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020). *UN Doc. A/HRC/43/3/Add.3*.

Anker, K., Roughan, N. y Halpin, A. (2017). Postcolonial jurisprudence and the pluralist turn: From making space to being in place. En *Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, 261-293.

Austin, J. L. (1962). *How to do things with words*. Clarenton Press.

Balint, J., Evans, U. y McMillan, N. (2014). Rethinking transitional justice, redressing indigenous harm: A New conceptual approach. *International Journal of Transitional Justice*, 8(2), 194-216.

Berkes, F. y Folke, C. (1998). *Linking Social and Ecological Systems: Management Practices and Social Mechanisms for Building Resilience* (pp. 1-27). Cambridge University Press.

Cabrera, A. (2019). *En ritual de armonización la JEP recibe acreditación de las víctimas de los pueblos indígenas*. Radio Santa Fe. <http://www.radiosantafe.com/2019/12/07/en-ritual-de-armonizacion-la-jep-recibe-acreditacion-de-las-victimas-de-los-pueblos-indigenas/>

Chakrabarty, D. (2009). The climate of history: Four thesis. *Critical Inquiry*, 35(2), 197-222.

Chami de los Guasirumas, C. E. (1995). *Memoria de un despojo*. Disloque Editores.

Centro Nacional de Memoria Histórica, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. (2009). *El despojo de tierras y territorios: aproximación conceptual*. Kimpres.

Comisión de la Verdad. (2018). *Metodología para el reconocimiento de la verdad en crímenes contra los pueblos indígenas*. CEV.

Defensoría del Pueblo de Colombia (2002). *Resolución Defensorial No. 25*.

De la Cadena, M. (2015). *Earth beings: Ecologies of practice across andean worlds* (pp. 1-23). Duke University Press.

De Sousa Santos, B. (2014). *Epistemologies of the south: Justice against epistemicide*. Taylor & Francis.

El Espectador. (2019). Atentan contra Francia Marquez, líder social ganadora del 'Nobel' de Medio Ambiente. *El Espectador*.

Escobar, A. (1999). After nature: Steps to an antiessentialist political ecology. *Current Anthropology*, 40(1), 1-30.

García Pachón, M. P. e Hinestroza Cuesta, L. (2020). *El reconocimiento de los recursos naturales como sujetos de*



derechos. *Análisis crítico sobre los fundamentos y efectividad de la sentencia del río Atrato*. Universidad Externado de Colombia.

Grueso, L., Rosero, C. y Escobar, A. (1997). El proceso organizativo de comunidades negras en Colombia. *Ecología Política*, 47-64.

Hale, C. R. (2006). *Más que un Indio: Racial ambivalence and the paradox of neoliberal multiculturalism in Guatemala*. School of American Research Press.

Izquierdo, B. y Viaene, L. (2018). Descolonizar la justicia transicional desde los territorios indígenas (pp. 1-11). *Por La Paz. Afrontar El Pasado, Construir Juntos El Futuro*. [http://www.icip-perlapau.cat/numero34/articles\\_centrales/article\\_central\\_2/](http://www.icip-perlapau.cat/numero34/articles_centrales/article_central_2/)

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2019). *Protocolo para la coordinación, la articulación interjurisdiccional y el diálogo intercultural entre la Jurisdicción Indígena Especial y la JEP*. JEP.

JEP. (2022). *El ambiente como víctima silenciosa. Diagnóstico de las afectaciones en el posacuerdo de paz, 2017-2022*.

Jodoin, S., Snow, S. y Corobow, A. (2020). Realizing the right to be cold? Framing processes and outcomes associated with the inuit petition on human rights and global warming. *Law & Society Review*, 54(1), 168-200.

Kauffman, C. M. y Martin, P. L. (2018). Challenging corporate “personhood”: Energy companies and the “rights” of non-humans. *Polar*, 41(S1), 85-102.

Laurent, V. (2005). *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990–1998: Motivaciones, campos de acción e impactos*. ICANH-IFEA.

Lyons, K. (2021), “Nature” and territories as victims: Decolonizing Colombia’s transitional justice process, *American Anthropologist*, 1-14.

McGregor, D. (2018). Reconciliation and environmental justice. *Journal of Global Ethics*, 14, 222-231.

Murdock, E. G. (2018). Unsettling reconciliation: Decolonial methods for transforming social-ecological systems. *Environmental Values*, 27, 513-533.

Naciones Unidas, Asamblea General. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. ONU.

Observatorio Indígena de Seguimiento a Políticas Públicas y Derechos Étnicos. (2008). La nueva conquista: Minería en territorios indígenas. *Cecoin*, 345-364.

Park, A. S. J. (2020). Settler colonialism, decolonization and radicalizing transitional justice. *International Journal of Transitional Justice*, 14, 260-279.

Ruiz Serna, D. (2017). El territorio como víctima: ontología política y las leyes de víctimas para comunidades indígenas y negras en Colombia. *Revista Colombiana de Antropología*, 53(2), 85-113.

Said, E. W. (1979). *Orientalism*. Vintage Books.

Sánchez, J. (2022). Colombia: la naturaleza como sujeto de derechos: entre el activismo y a contención. *Novum Jus*, 16(3), 189-218.

Santamaría, A., D., Muelas, Caceres, P., Kuetguaje, W. y Villegas, J. (2020). Decolonial sketches and intercultural approaches to truth: Corporeal experiences and testimonies of indigenous women in Colombia. *International Journal of Transitional Justice*, 14(1), 56-79.

Simón, F. (2019). Los derechos de la naturaleza en la constitución ecuatoriana del 2008: alcance, fundamentos y relación con los derechos humanos. *Esmat*, 11(17), 231-270.

Todd, Z. (2016). An indigenous feminist's take on the ontological turn: "Ontology" is just another word for colonialism. *Journal of Historical Sociology*, 29(1), 4-22.

Tuck, E. y Yang, K. W. (2012). Decolonization is not a metaphor. *Decolonization Indigeneity, Education and Society*, 1(1), 1-40.

Verdad Abierta. (2011, 26 de julio). *Operación Génesis fue denunciada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://verdadabierta.com/operacion-genesis-fue-denunciada-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

Verdad Abierta. (2017). *Tumaco encerrado entre sustitución y erradicación de cultivos*. <https://verdadabierta.com/tumaco-atrapado-entre-sustitucion-y-erradicacion-de-cultivos-ilicitos>

Viaene, L. (2022). Can rights of nature save us from the anthropocene? Some critical reflections from the field. *Asian Journal of Law and Society*, 9, 197-198.



Von Benda-Beckman, F., von Benda-Beckman, K. y Griffiths, A. (2009). *Space and legal pluralism: An introduction*. Routledge.

Whyte, K. P. (2017). Indigenous climate change studies: Indigenizing futures, decolonizing the Anthropocene. *English Language Notes*, 55(1-2), 153-162.

## Normas y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia. Ley 1922 de 2018.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia su-039 de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-188 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia su-025 de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-955, 2003.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Panel de Casación Criminal. Fallo de tutela del 1 de junio de 2010.

Justicia Especial para la Paz (JEP). Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. JEP SRVBIT, Auto 079 de 2019.

JEP. SRVBIT, Auto 018 de 2020.

JEP. SRVBI, Auto 094 de 2020.

JEP. Auto SRVR – Caso 005-002 de 2020.

Presidencia de Colombia. Decreto Reglamentario 2164 de 1995.

Presidencia de Colombia. Decreto Legislativo 4633 de 2011.

Presidencia de Colombia. Decreto Legislativo 4635 de 2011.





# Una teoría del litigio estructural desde Latinoamérica

*Mariela Puga*<sup>1</sup>

---

1 Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Profesora titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina.



*Nada más práctico que una buena teoría.*<sup>2</sup>

## Introducción

En el presente capítulo se propone reflexionar sobre el concepto de litigio estructural. La propuesta se hace desde una perspectiva teórico-jurídica, situada en el sistema jurídico argentino, aunque conscientemente hospedada por las proyecciones de la jurisdicción estructural en el derecho latinoamericano. Aunque se intentará distinguir entre conceptos familiares, como el de “litigio estratégico” o “de impacto” o “colectivo”, el fin es contribuir a una reflexión transdisciplinar depurada sobre un fenómeno en creciente desarrollo en Latinoamérica.

En efecto, en la región, el litigio se ha transformado en una herramienta clave para el cambio social desde el derecho y la labor de las altas cortes nacionales ha potenciado su alcance y expectativa. El aporte conceptual de este trabajo está orientado a fortalecer ese desarrollo práctico, desde una teoría situada.

El itinerario reflexivo inicia con la idea de que el litigio estructural *expande el terreno de lo justiciable*. Sin embargo, se intenta desambiguar los sentidos jurídicos, políticos y sociales de esta idea. Ella cobra particular interés en el contexto de sistemas jurídicos híbridos, como los de nuestra región, enraizados, por un lado, en la tradición del derecho continental –o *civil law*–, pero con control de constitucionalidad al modo norteamericano. La operación de distinción es, entonces, una forma

---

2 Frase atribuida a Vladimir Illich Ulianov, conocido como Lenin, en Borón (2011).



de afinamiento de ideas transdisciplinarias sobre un fenómeno que enfrenta constantes y crecientes desafíos.

Ya en una segunda parte se aborda una categoría teórica más circunspecta, la de litigios bipolares y policéntricos, para situar a los litigios estructurales, en su sentido jurídico, entre estos últimos. Lo *policéntrico*, como categoría de análisis jurídico, fue originariamente propuesto por el jurista norteamericano Lon Fuller (1978), para referir al tipo de problemas que deberían quedar fuera del alcance de la adjudicación jurisdiccional. Lo interesante aquí es que los juristas latinoamericanos, en una sintonía opuesta a la de Fuller, tomaron esa categoría para explicar, e incluso justificar, la expansión de la jurisdicción, y así exigir nuevas formas procesales para ella.

Este análisis teórico se ilustra aquí en los detalles empíricos que conocemos de casos paradigmáticos decididos por tribunales argentinos. Entre ellos, el caso Viceconte de 1998, el caso Verbisky<sup>3</sup> de 2005 y el caso Mendoza de 2006.<sup>4</sup> Estos casos, según creo, instancian formas típicas de ejercicio de la jurisdicción estructural, que también aparecen con claridad en tribunales de la región, y a las que se hará referencia a modo indicativo.

Por último, solo advertir que esta propuesta conceptual no pretende ningún tipo de universalidad teórica. Por el contrario, se asume que las palabras tienen su historia (Scott, 1986)<sup>5</sup> y los conceptos nos hablan del contexto en que se usan, de las experiencias vitales de sus usuarios, y de los propósitos prácticos que se persiguen con ellos. Tomar posición por el sentido de las palabras es, entonces, tomar posición también respecto a esos propósitos, eligiendo dar relevancia a ciertas experiencias y poniendo en valor el contexto. Es con esta conciencia con la que se lleva adelante esta iniciativa.

La finalidad última de este análisis es mostrar la utilidad teórica y práctica de una definición del litigio estructural desde

3 Corte Suprema de la Justicia de la Nación, 2005, *Fallos*: 328:1146.

4 Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Capital Federal, 2006, *Fallos*: 329:2316.

5 Estoy parafraseando a Scott (1986-1990): "Quien quisiera codificar los significados de las palabras libraría una batalla perdida, porque las palabras, como las ideas y las cosas que están destinadas a significar, tienen historia".

la teoría jurídica, que permita identificar los elementos jurídicos idiosincráticos de la jurisdicción estructural, y precisar así sus particulares y bien específicas exigencias procesales y de fundamentación política. Con ello, se espera también contribuir con alguna línea de base jurídica para los estudios de sociología legal respecto a los impactos y la eficacia del derecho judicial en acción.

## Desambiguar una definición expansiva

Hace ya algunos años propuse definir al litigio estructural como *la intervención judicial que expande el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales* (Puga, 2013). Los términos de esta definición, ciertamente vagos, e incluso ambiguos, eran ya populares entre juristas, activistas y especialistas de otras disciplinas interesadas/os en el fenómeno jurisdiccional.

En aquel entonces intenté aclarar que la expansión del terreno de lo justiciable a la que refería no era un hecho empírico, sino de lógica normativa. En otras palabras, bastaba con que la normatividad expresada en la sentencia pretendiera regular relaciones jurídicas que trascendieran la relación entre las partes procesales, para que estemos ante un caso estructural. Ello, aun cuando esa pretensión normativa no se hiciera efectiva en los hechos (Puga, 2014, p. 43).

De esa forma, el concepto propuesto se distanciaba, en parte, de los que por entonces postulaban los estudios sociojurídicos y jurídico-políticos. En efecto, estos últimos, interesados en los datos materiales de las intervenciones judiciales,<sup>6</sup> dejaban en un segundo plano, o presumían, la determinación jurídico-formal del conflicto, y se concentraban en su materialidad.

Aquellos estudios sociopolíticos pioneros harán foco, por un lado, en la gran cantidad de personas que resultaban afectados por el conflicto estructural en el que interviene la justicia, mientras que, por otro, subrayarán que son políticas e instituciones

---

6 Los casos que llamaron la atención de la sociología jurídica y política a principios del siglo xxi, fueron de dimensiones gigantescas. Decisiones de las altas cortes en el Sur global, tempranamente se identificaron bajo el nombre de “litigio estructural”. Ver una sucinta referencia a estas causas en el inicio de Puga (2022a).



públicas fallidas las responsables de esa afectación (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010; Rodríguez Garavito, 2011). Desde esa mirada, los vínculos de “afectación” y de “responsabilidad” serán representados con cierta amplitud y apertura al descubrimiento de nuevos datos materiales. Tal riqueza en el enfoque dificultará, por otro lado, su aprensión desde las categorías tradicionales de la teoría de la adjudicación jurídica y del rol jurisdiccional.

Por eso es que un concepto jurídico-formal como el que propuse, venía a complementar estos estudios. Tal concepto se focalizó en la grafía de la controversia, tal como esta era definida e instaurada por la autoridad jurisdiccional. El interés de este enfoque conceptual era llamar la atención de la teoría jurídica sobre una forma de adjudicación que ampliara la reflexión teórica-disciplinar sobre esta expansiva jurisdicción de los tribunales. En fin, proponer una categoría que pudiera ser también pensada en los términos de la teoría del derecho, la dogmática y sus presupuestos, ofreciendo a la vez un punto de contraste para el estudio transdisciplinar.

En cualquier caso, los hallazgos de los estudios sociojurídicos iniciales serán los disparadores de debates y de tensiones teóricas que siguen estimulando la reflexión sobre casos estructurales hasta la actualidad. En particular, el mencionado acento en la escala de afectación de los derechos fundamentales, y en los registros de *los impactos* de las decisiones judiciales sobre los afectados, serán una forma típica de referir a la expansión del derecho judicial en acción (Rodríguez-Garavito, 2011). A veces, el foco se detendrá en las instituciones con fallas sistémicas que son juzgadas, incitando así a la indagación de cómo pueden los tribunales modificar o reformar esas políticas o instituciones. Otras veces, el anclaje estará en categorizar y registrar la *expansión de los impactos políticos* de la intervención jurisdiccionales. Pero siempre, el impulso central será el de registrar la expansión material de la jurisdicción.<sup>7</sup>

---

7 Son numerosos los trabajos en este sentido. Entre los muchos estudios de las cortes en acción, sus impactos objetivos, subjetivos y simbólicos, pueden verse a modo de ejemplos los trabajos de Merlinsky (2009), Gutiérrez y Merlinsky (2010); Berros (2012), Gloppen,

La expectativa es que una complementación del enfoque jurídico-formal con el sociopolítico nos permita analizar en profundidad la vinculación entre los impactos socio-políticos de la decisión jurisdiccional y la grafía normativa de las decisiones jurisdiccionales. Aislar el hecho jurídico de la regla de decisión –en sus términos disciplinarios–, de la materialidad del conflicto desde los estudios socio-políticos es la antesala de otros análisis importantes.<sup>8</sup> De modo que el complemento de la definición jurídico-formal y la sociopolítica, lejos de impedir o disciplinar el fenómeno, fortalece las posibilidades de reflexión transdisciplinar sobre él.

Una última aclaración: por supuesto que la normatividad de una regla de decisión jurisdiccional está dirigida a causar o impedir cambios en el mundo. Pero cuando esos cambios ocurren material o efectivamente, tal como la regla de decisión lo exige, la teoría del derecho discierne que la regla ha sido “efectiva” (aun cuando su definición como regla no dependa de esa efectividad). Desde ese registro teórico, estaríamos en condiciones de identificar, por ejemplo, impactos materiales de las intervenciones judiciales que serían “directos”, en tanto siguen el mandato normativo de la regla (suponen su obediencia), de los “indirectos”. Estos últimos no devienen de lo dispuesto por la regla de decisión, pero se conectan razonablemente a ella, ya sea de forma indirecta, eventual y hasta accidental. Este es el caso de los cambios sociales o políticos que son reacciones estratégicas o adaptativas a las decisiones jurisdiccionales, y que muchas veces provienen, incluso, de quienes no son destinatarios del mandato normativos. Así, un ejemplo concreto ocurre cuando una legislatura se adelanta, o reglamenta *motu proprio* una decisión jurisdiccional, dictando una ley. Y, por último, también

---

(2005) y Rodríguez-Garavito (2011). Los enfoques jurídico-políticos tendieron a vigorizar el debate sobre la intersección entre lo social, lo político y lo jurídico, a partir de este tipo de intervención de las cortes. Entre muchos trabajos en este sentido ver, por ejemplo, los trabajos de Bergallo (2014), Carnota (2005), Gargarella (2006, 2007) y Robbins (2007).

8 De otra manera, las regularidades materiales se asumen como parte de la pretensión normativa, y se borra toda autonomía, incluso relativa, del fenómeno jurídico.

podemos registrar impactos que no tienen que ver con la regla de decisión, aunque sí con la factibilidad de su acaecimiento, por ejemplo, cambios que responden a la sola presentación de la demanda ante la jurisdicción, o al impacto público de la mera decisión jurisdiccional de dar trámite procesal al asunto.<sup>9</sup> En fin, cambios que se originan en la mera amenaza del control jurisdiccional estructural, o en las expectativas de ese control, antes que en su ejercicio adjudicativo.

Muchos de estos y otros impactos de la intervención jurisdiccional fueron registrados como efectos indirectos o *ripple effects* (Gloppen, 2005), y contabilizados por algunos estudios sociojurídicos como rasgos definitorios del litigio estructural. Ellos también fueron, en no pocas ocasiones, efectos conscientemente procurados por activistas legales, llamados también litigantes estratégicos. En efecto, la idea de litigar para incluir un asunto en el debate público, y así impactar en las percepciones sociales sobre ese asunto, o mover a reacciones de agentes del Estado, es una de las ideas más populares entre litigantes estratégicos de todo el mundo, a quienes también se suele identificar con el nombre litigantes de derecho de interés público (Rekosh *et al.*, 2001, cap. 3).

En esa línea, varias definiciones de litigio estratégico incluyen la búsqueda de impactos indirectos, como un rasgo indispensable de esa definición,<sup>10</sup> y quizás por eso, alguna vez el término litigio estratégico se ha usado como sinónimo de litigio

---

9 En los señeros estudios sociojurídicos de Marc Galanter de 1974, la idea misma de “litigio” es entendida en el sentido amplio de presentación del reclamo a ser decidido por las cortes (o agencias similares a las cortes), así como todas las amenazas, fintas y otras acciones que actúan en la penumbra de dicha presentación. No resulta extraño, entonces, que los estudios sociojurídicos de la región sobre decisiones jurisdiccionales tiendan a incluir en la definición de litigio estructural, a veces, los impactos relativos a la presentación del reclamo, e incluso a los provocados por la mera amenaza de una decisión jurisdiccional (Galanter, 1974, pp. 95-160).

10 Una definición con fuerte autoridad es la siguiente: “El litigio estratégico busca satisfacer, por una parte, las aspiraciones de transformación legal y el impacto social, pero también, y sobre todo, avanzar en la protección de los derechos de las víctimas implicadas en el caso” (Gutiérrez Contreras, 2011, p. 16).

estructural.<sup>11</sup> Es importante notar, no obstante, que esta forma de aproximación teórica vigoriza una idea singular de expansión de lo justiciable, aquella que se asienta en el dato psicológico, o de agenda política de los actores procesales. Ello aumenta, válido es advertir, la ambigüedad e imprecisión del concepto.<sup>12</sup>

La diferencia entre la meta política como base para definir al litigio, y la propuesta de definición jurídico-formal del litigio estructural (LE) que vengo sosteniendo, empieza a desnudarse. La primera, ve a la expansión jurisdiccional como un objetivo de la subjetividad política de los litigantes, mientras que la segunda la registra como un dato jurídico, representado en el *alcance normativo de la regla de decisión jurisdiccional*.

Por supuesto que el alcance de la regla formal podría coincidir, en parte o en todo, con el plan subjetivo de los litigantes, o, incluso, con el plan de una autoridad jurisdiccional activa. En tal caso, los actores legales habrán tenido éxito en su propósito estratégico, pero solo podríamos medir ese éxito si distinguimos los *fin*es subjetivos de los agentes, de la *regla* sobre la que se asienta la decisión de la autoridad. En definitiva, solo distinguiendo podríamos reconocer y examinar los vínculos entre una regla de decisión y los planes subjetivos en juego. De otro modo, el riesgo, bastante frecuente, es el de postular concepciones de litigio estratégico o de interés público que se presenten como profecías autocumplidas. Esto es, identifican *ad hoc* las pretensiones de los litigantes con la regla de decisión jurisdiccional, o, viceversa, realizan lecturas poco ortodoxas de la regla de decisión jurisdiccional para ajustarlas a las pretensiones estratégicas que motivaron el accionar legal. Un

---

11 Se puede ver un ejemplo de ello en Scharager (2020, p. 295).

12 Las definiciones de litigio estratégico o de litigio de derecho de interés público que se conocen en Latinoamérica hacen hincapié en la pretensión de los litigantes por conseguir ciertos objetivos a través del litigio, y en especial, en que esos objetivos trascienden los fines individuales de las partes procesales. Tales objetivos y fines, que suelen ser parte de una agenda sobre lo público, tienen cierto carácter coyuntural y toman los distintos impactos (normativos, simbólicos o políticos) del litigio, como medios estratégicos para sus fines. Ver, entre muchas propuestas en este sentido, en Argentina a CELS (2008), en México a Correa (2008) y Oacnudh (2007), en Colombia a Coral-Díaz *et al.* (2010).

concepto jurídico-analítico del litigio estructural, distinto al del litigio estratégico, será útil para escapar a esos peligros y depurar la reflexión transdisciplinar y, también, el pensamiento práctico-estratégico.

Para ejemplificar esta pretendida utilidad teórica y práctica del concepto propuesto, se revisa aquí en detalle uno de los casos señeros de la jurisprudencia argentina. Este caso se presenta como prototipo de un tipo de decisiones estructurales que son muy usuales en las cortes latinoamericanas, y, en este sentido, aprovechamos lo que sabemos de él, para pensar en casos del tipo.

### **El caso Viceconte y la conveniencia de distinguir: fin estratégico y trámite colectivo**

Hacia los años noventa, una epidemia acosaba a los pobladores rurales de la pampa argentina. Conocida como la fiebre hemorrágica argentina,<sup>13</sup> esta enfermedad ponía en riesgo a más de tres millones de personas de la zona. Las autoridades sanitarias solo disponían de doscientas mil (200.000) dosis de las vacunas para prevenir el contagio, y la producción estatal de las mismas se había estancado. Se la llamaba la vacuna “huérfana”, porque no resultaba rentable para que los laboratorios privados la produjeran. El Estado, entre tanto, parecía estar mirando a un costado.

La reflexión sobre el asunto empezó en la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Esa clínica era coordinada por abogados del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), una organización de derechos humanos de gran trascendencia en nuestro país.<sup>14</sup>

---

13 También llamada el mal de los rastros, gripón, gripe maligna, mal de O'Higgins, enfermedad de Junín y virosis hemorrágica. Es una enfermedad endémica y epidémica causada por un virus denominado Junín, que afecta principalmente a las personas que viven o trabajan en el campo, aunque se extiende también a las zonas urbanas. Es característica de la pampa húmeda argentina, cuyas áreas de contagio se concentran en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y La Pampa (CELS, 2008, p. 68).

14 Para una explicación sobre el funcionamiento y los objetivos de la Clínica UBA-CELS ver Puga (2002, pp.77-78).



Hoy sabemos, además, que quien actuaba como demandante en el caso judicial era una de las estudiantes de la misma Clínica-UBA-CELS, Mariela Viceconte. Ella, además de estudiante de la clínica, era una residente de la zona afectada por la enfermedad, de modo que su residencia ofreció la oportunidad para proyectar y plantear la acción judicial. Mariela accionaría como afectada en nombre del colectivo de sus vecinos.<sup>15</sup>

Ahora bien, la estrategia judicial respondía primariamente a la agenda del CELS de ese momento, que incluía avanzar en la judicialización de derechos colectivos como medio de incidencia en las políticas públicas. Es decir, una agenda dirigida a consolidar la *garantía* colectiva en la jurisdicción argentina, como medio para impactar, especialmente, en el reconocimiento de derechos sociales como el de la salud. Esa agenda del CELS se popularizaría luego como la de “promover la exigibilidad de derechos económicos y sociales” (CELS, 2008). En la realización de esos objetivos estratégicos, se anudaban además otras submetas de innovación procesal, como la de la admisión de la representación procesal de intereses colectivos, y la remediación jurisdiccional estructural dirigida a exigir políticas públicas. Todo ello en pos de ampliar la justicia para futuras demandas similares, y grupos de afectados en sus derechos sociales.

El primer triunfo estratégico de la Clínica UBA-CELS fue la decisión jurisdiccional de dar trámite de *amparo colectivo* a la demanda, y de reconocer a Mariela Viceconte la representación procesal de los tres millones de potenciales afectados. El tribunal, aún sin regimentación procesal del artículo 43 de la Constitución Nacional, garantizó la jurisdicción al colectivo de personas afectadas, y así abrió la puerta al cuestionamiento judicial de una política pública de salud.

La resolución judicial llegó en 1998, y definió otro triunfo estratégico para los litigantes. La Sala IV de la Cámara Nacional

---

15 El artículo 43 de la CN, reformada en 1994, habilita a los “afectados” a interponer acción de amparo en representación de los “derechos de incidencia colectiva”. A esto se conocía como la “representación excepcional”. Esa norma no había sido reglamentada, y las normas procesales existentes entraban en tensión con esa representación, en cuanto solo admitían la legitimación activa en representación de intereses individuales.



en lo Contencioso Administrativo Federal le dio la razón a la Clínica-CELS.<sup>16</sup> Asentó su decisión en una regla que responsabilizó al Estado por el derecho a la salud de los tres millones de pobladores amenazados por la enfermedad. De este modo, además del objetivo de ampliar el acceso a la justicia a través del reconocimiento de la representación procesal colectiva, la clínica alcanzaba también el objetivo del reconocimiento y la exigibilidad judicial de un derecho social.

El caso se convirtió de inmediato en un caso testigo de la exigibilidad de derechos sociales en el campo del derecho constitucional, en un prototipo de las acciones colectivas en el debate procesal, y en un paradigma de los litigios estratégicos en el campo de los derechos humanos.

Amén de ello, la Cámara que decidió el caso impartió una serie de órdenes/medidas remediales dirigidas a garantizar en concreto el derecho a la salud a sus titulares. Es decir, no solo declaró los derechos, sino que ordenó al Estado Nacional que acelerara la producción de vacunas (la que se había iniciado, pero estaba paralizada), y se dispuso a supervisar esa producción. Esta orden remedial era también una innovación procesal en ese momento, en cuanto interpelaba a la administración sobre un asunto de política de salud con una orden concreta y vinculante.

En resumen, estamos ante un litigio premeditado, defendido y comunicado estratégicamente al público desde un laboratorio jurídico universitario, con una agenda estratégica bastante explícita. Su resolución judicial resultó además en un *leading case* en materia de reglas procesales, marcando importantes avances en materia de legitimación activa colectiva, y también de reglas de remediación estructural en Argentina.

Quizá fueron estas características las que incidieron en que se usaran, por algún tiempo, los términos *litigio estratégico* y *litigio colectivo* como sinónimos para hablar de casos similares. Ello, aun cuando ya en ese momento era conocido que el litigio estratégico no siempre se avanza a través de trámites colectivos. En efecto, ya en esa época había una larga tradición de litigios

---

16 Ver caso Viceconte (1998).

estratégicos a través de trámites individuales de casos con solo dos partes. A ellos se los solía nominar como *casos testigos*, y no involucraban ninguna representación procesal excepcional o remedios con pretensiones estructurales (Rekosh *et al.*, 2001, pp. 81-109).

De manera que la asociación entre el plan *estratégico* del litigante, y el trámite procesal *colectivo* que se imprimió al caso Viceconte (1998), es una asociación eventual, no necesaria. Pronto se reservaría el término “proceso colectivo” para referir a las particularidades del trámite en que se representan intereses colectivos, y “litigio estratégico”, para referir a las actividades que usaban el litigio como medio para avanzar agendas de la sociedad civil.

### **El caso Viceconte y la conveniencia de distinguir: regla estructural y trámite colectivo**

El asunto que más interesa no perder de vista es que la regla sobre la que se decidió Viceconte es de adjudicación estructural. Ella estableció que el derecho a la salud de tres millones de personas obligaba a funcionarios y órganos estatales competentes a la producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina. Esta *regla* de decisión estaba extendiendo su normatividad más allá de quienes intervinieron en el caso como partes procesales, es decir, más allá de Mariela Viceconte, y obligaba a cualquiera que fuera responsable de la cartera de salud.

En otras palabras, lo que hizo la regla de adjudicación jurisdiccional fue juridizar relaciones entre millones de personas que jamás intervinieron como partes procesales individuales en el caso, y funcionarios de distintas jerarquías que quedaron obligados en distinta medida.

Ahora bien, supongamos por un momento que Mariela Viceconte hubiera estado preocupada solo por su propia salud, y que hubiera accionado judicialmente solo en nombre de su interés individual para obtener una vacuna. Como demandante, ella no pretendería representar a nadie más que a ella misma, y, por tanto, su reclamo no se conduciría a través de un trámite colectivo. Presumamos, sin embargo, que la autoridad jurisdiccional que entiende en este hipotético caso, decide en favor



de Mariela, pero que lo hará sin tener en cuenta ningún rasgo personal o particular de ella. Es decir, la decisión en su favor aquí también se tomaría porque ella es parte de una clase de personas especialmente amenazadas por la fiebre hemorrágica argentina, de modo que tendría el derecho a la vacuna, solo en tanto es parte de la clase de los habitantes de una zona con alta incidencia de la enfermedad.

En este caso hipotético, no debemos perder de vista que la regla de decisión es igual a aquella con la que se decidió el caso real de Viceconte (1998). Una regla que le estaría reconociendo el mismo derecho a todos los que pertenecen a esa clase de personas, aunque en el escenario hipotético ello no ocurriría en un proceso colectivo. Como el caso hipotético se tramita en un proceso individual, donde Mariela y su interés propio enfrenta al Estado, entonces, el remedio sería solo para Mariela, y no para los demás titulares del derecho declarado por la regla de decisión. Insisto, mientras la regla de decisión (adjudicación) alcanza a todos, la orden de remediación jurisdiccional solo se referirá a Mariela, ordenando, por ejemplo, que se le otorgue a ella una vacuna. Un caso hipotético como este, entonces, supone un proceso que no es colectivo, en el que se decide con base en una regla de adjudicación estructural, aunque las medidas remediales solo están dirigidas a las partes procesales.

Es necesario notar aquí, que este tipo de resolución es en realidad muy usual en la jurisprudencia argentina y latinoamericana desde hace mucho tiempo. Un caso prototípico de nuestro país es el caso Sejean (1986). Juan Bautista Sejean quería divorciarse de su esposa, y la Ley de Matrimonio Civil prohibía la disolución del vínculo matrimonial en vida (Ley 2393, art. 64°).<sup>17</sup> Sejean demandó por su derecho a hacerlo, y la Corte se lo reconoció y garantizó, previó declarar inconstitucional la regla que prohibía la disolución del matrimonio. Lo interesante del asunto es que esa declaración de inconstitucionalidad no se basó en las características excepcionales del señor Sejean, o de su esposa, o del vínculo entre ellos, sino en la aplicación de una regla claramente estructural, que establecía que el derecho

---

17 Congreso de la Nación Argentina, Ley de Matrimonio Civil (Ley 2393), 2 de noviembre de 1888, artículo 64°.

de los y las casadas era un derecho disponible, por eso la prohibición del divorcio resultaba inconstitucional en general, y no solo en el caso concreto. La medida remedial, sin embargo, solo divorciaba al señor Sejean y a su ahora exesposa.

Algo similar puede verse en el afamado caso Badaro (2006), en el que la Corte Suprema de Justicia argentina estableció una regla clara de movilidad de haberes jubilatorios para todo un segmento de jubilados, pero solo ordenó el reajuste en favor del demandante, Adolfo Badaro, ya que lo hizo en un proceso no colectivo. En el mismo sentido, puede leerse el célebre caso Bustos (2004). Ahora la Corte Suprema decidía negar la devolución de los depósitos bancarios en dólares del señor Bustos, pero para hacerlo construyó una nítida regla de decisión estructural. De acuerdo con ella, la posición jurídica del Bustos dependía de su carácter de miembro de una “clase” de depositantes. Esa clase, discernió la Corte, resultaría “privilegiada” si se le devolvían sus depósitos en dólares en ese particular contexto de la economía argentina. Así, se validó la política estatal conocida como “el corralito” financiero, y se estableció que no había derecho de los depositantes en dólares a recibir sus depósitos en dólares. Nótese que, a pesar del análisis en términos de “clases” de depositantes, y de una regla de decisión con claros alcances para toda la clase, este caso tampoco se tramitó en un proceso colectivo. En consecuencia, la orden remedial solo involucró a Bustos, su banco y el Estado Nacional. Igual estructura de adjudicación podemos ver en el caso *A.T.E.* (2008), entre muchos otros.<sup>18</sup>

El profesor brasileiro Marco Felix Jobim menciona varias decisiones similares dictadas por la Corte Constitucional Brasileira. A ellas refiere como “buenas candidatas a recibir medidas estructurales” a los fines de lograr efectividad (Jobim, 2017, p. 462). Ellas son decisiones del mismo porte que venimos mencionando, es decir, decisiones que se asientan en una regla de adjudicación estructural, en procesos individuales, y, este es el asunto que inquieta al profesor Jobim, las cortes no ordenan una remediación para la situación de todas las personas alcanzadas por esa regla. Aunque ello se explique técnicamente

---

18 Ver el análisis en detalle de estos y otros casos similares en el capítulo iv.3. de mi tesis doctoral (Puga, 2013).



porque el trámite no fue colectivo, y las otras personas no fueron representadas de ninguna manera en él; lo que no se puede perder de vista es que la regla de decisión las alcanza, y tiene efectos sobre su posición jurídica, aunque esta posición no es garantizada con medidas remediales.

Cuando observamos estos casos desde miradas críticas como la del profesor Jobim, resulta clara la conveniencia de distinguir entre: 1) la regla de decisión jurisdiccional, 2) los fines estratégicos de los litigantes, 3) el trámite procesal del caso.

Para cerrar el análisis corresponde enfatizar que la conjunción entre el carácter estratégico del litigio, la vía procesal colectiva elegida y la regla de decisión estructural es coyuntural, no necesaria. Por eso, distinguir estas facetas del litigio, e incluso nombrarlas de forma diferente, contribuye al mejor análisis de sus vínculos y determinantes.

### **El caso Viceconte y la conveniencia de distinguir: la efectividad de la regla de decisión y la eficiencia de las órdenes remediales**

La sentencia del caso Viceconte (1998) no se cumplió inmediatamente. Fue apelada por el Estado en varias instancias, y tuvo numerosos vaivenes procesales que retrasaron su ejecución. Recién en el año 2006 se certificó el uso de las vacunas, habilitando así la producción en Argentina (CELS, 2008). Para enero de 2007, la vacuna conocida como Candid #1 ya formaba parte del calendario nacional de vacunación.<sup>19</sup>

De manera que los problemas de ejecución de la sentencia duraron casi diez años. Y fue entonces que algunos doctrinarios denunciaron, al inicio, la falta de impacto real de la decisión en las personas afectadas. Una sentencia aparentemente “exitosa” para los litigantes estratégicos, no le salvó la vida a nadie, decían los críticos. Se trató de un “triunfo de papel”, sin efectividad oportuna (Millón Quintana, 2008).

---

19 En la actualidad, la vacuna es producida en el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas “Dr. Julio I. Maiztegui” (INEVH). Ver Ministerio de Salud de Argentina, Dirección de Control de Enfermedades Inmunoprevenibles (2022, p. 11).

Lo que nos interesa remarcar es que este tipo de críticas asume la distinción entre la *regla de decisión* del caso (inefectiva), y la *agenda política* de los litigantes estratégicos (exitosa). En efecto, el argumento se construye señalando que los litigantes consiguieron el reconocimiento y la exigibilidad jurisdiccional de derechos económicos y sociales, mientras que pasaban los años sin que los titulares del derecho consiguieran siquiera que empezaran a producirse sus vacunas.

Aquella ineffectividad inicial de la regla de adjudicación podría atribuirse, en parte, a que la orden remedial de acelerar la producción de la vacuna fue ineficiente, o tardíamente eficiente. En todo caso, estos son asuntos independientes. Ya sea por su imprecisión, por las maniobras procesales o por la abierta desobediencia del Estado, lo cierto es que las órdenes remediales no se cumplieron por largo tiempo, por lo que no se alcanzó la meta establecida por la regla de decisión. Para que este análisis tenga sentido y rinda frutos, resulta imprescindible entender por separado:

1. La regla de decisión del caso (adjudicación), que funciona como estándar de lo buscado.
2. El mandato (orden) remedial dirigido a que el Estado haga algo concreto para hacer efectiva aquella regla de adjudicación. En el caso concreto, que acelere la producción de la vacuna para hacer efectivo del derecho a la salud de los afectados.

Cuando distinguimos de esta manera, podemos advertir que la regla de decisión, y el remedio para implementarla, tienen efectos jurídicos distintos. La regla crea posiciones jurídicas: declara que tres millones de personas tienen el derecho jurídico a que el Estado (a través de sus órganos) produzca la vacuna. En tanto, el remedio, o las medidas remediales, son un instrumento para adecuar la realidad a esas posiciones jurídicas declaradas en la regla de decisión.<sup>20</sup> En efecto, esas medidas son mandatos

---

20 El célebre procesalista Enrico Tullio Liebman explica esta distinción como dos actividades diferentes de la jurisdicción, una a la que llama de cognición y otra de ejecución. "A função jurisdiccional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades,



vinculantes que exigen al Estado acciones concretas de arranque y aceleración en la producción de la vacuna. Puede entenderse, entonces, que solo aislando analíticamente la *regla de decisión* de las *medidas remediales* podemos analizar cuestiones tan centrales en este tipo de litigio, como la pertinencia del remedio para alcanzar los efectos jurídicos pretendidos en la regla de decisión, o, incluso, la factibilidad de la efectivización de una regla de decisión estructural, a partir de los remedios que se ordenan a ello.

### Conclusión parcial

Estas aclaraciones y distinciones teóricas desnudan que el uso de ciertos términos como si fueran sinónimos (tales como litigio “estratégico”, “estructural”, “colectivo”, “de interés público”, “de impacto”, etc.), es un camino pantanoso para el desarrollo conceptual y el análisis teórico de estos casos. Aunque esos términos fueron esclarecedores en las primeras aproximaciones al fenómeno, y contribuyeron a su identificación y análisis, muchas veces ellos esconden referencias veladas a elementos analíticamente distinguibles de un mismo caso judicial.<sup>21</sup> Mantener

---

muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fatos modificações aludidas acima (tanto assim que esta atividade é confiada em parte aos órgãos inferiores do a parelhamento judiciário)”. Liebman (2003), citado por Jobim (2021a).

21 Esta dificultad es usual en el campo jurídico argentino, y aún mayor en las conversaciones con juristas de otras culturas legales. Por ello, las aclaraciones conceptuales y terminológicas son imprescindibles para alcanzar un diálogo académico fértil.



invisibilizadas esas diferencias obtura análisis importantes, evaluaciones quizás cruciales para el desarrollo de una ciencia del derecho que ayude a explicar mejor, y críticamente, este tipo de decisiones jurisdiccionales.

En conclusión, la historia de Viceconte (1998) muestra que el debate jurídico y transdisciplinar necesita distinguir los usos ambiguos de los términos, y habilitar el análisis por separado de las distintas instancias, marcos y formas del litigio, para así avanzar en una reflexión académica más prometedora.

### La “policentría”: una categoría útil para el análisis de la expansión de lo justiciable

En varios trabajos he sostenido que la expansión del territorio de lo justiciable, a través de la regla de adjudicación estructural, deviene del tipo de *litis* instaurada por la autoridad jurisdiccional (Puga, 2013, 2014, 2022b). Es decir, la presente es una propuesta conceptual asentada en la normatividad estructural de la definición jurisdiccional de la controversia (en adelante me referiré indistintamente a la *litis*, como la definición jurisdiccional de la controversia o la grafía jurisdiccional del conflicto).

Desde ese marco teórico, para saber a quién/es alcanza/n los efectos jurídicos de una decisión jurisdiccional, hay que observar qué es aquello a lo que la autoridad define como parte de la controversia. Y para orientar esa observación, hay una categoría iluminadora, aunque algo compleja, la de *litis* policéntrica.

Originariamente, la idea de problema policéntrico fue propuesta por Michel Polanyi (1951, p. 170 y ss.) para el análisis económico.<sup>22</sup> El célebre jurista norteamericano, Lon Fuller (1978), trasplantará luego esa idea al análisis jurídico de la adjudicación, para referir también a problemas policéntricos.<sup>23</sup> En la

---

22 Polanyi, en su obra *The Logic of Liberty*, propone la idea de un orden social “policéntrico” como producto de la autocoordinación social. Desde un enfoque liberal ortodoxo hay que defender ese orden de la intervención estatal.

23 “La forma y límite a la adjudicación” es un trabajo de Fuller que fue publicado *post-mortem*. El primer borrador fue escrito en 1957 (según lo explica el editor), y revisado en 1959 y 1961. Es a partir de



actualidad, la propuesta categorial de Polanyi-Fuller ha sido ampliamente apropiada por juristas de varias latitudes (King, 2008), y en especial por los latinoamericanos interesados en el litigio estructural (Arenhart *et al.*, 2022, p. 73; Ucin, 2018), e incluso ha sido explícitamente usada por tribunales.<sup>24</sup>

Sin embargo, la adopción de la idea en estas latitudes se hizo con fines bastante diferentes a los que tenía en mente Fuller. Para el jurista norteamericano, la policentría era una forma de describir aquellos problemas materiales que él consideraba no justiciables, aquellos en los que no deben intervenir los jueces. En cambio, para doctrinarios y jueces latinoamericanos, en su mayoría, esta categoría les permite explicar la idiosincrasia de ciertos problemas que requieren ser abordados de manera estructural y no segmentaria. La categoría se convierte en un punto de apoyo para la exigencia de reglas procesales diferentes, funcionales a ese tipo de conflicto.

Es importante tener en mente que la categorización de los conflictos como *policéntricos* suele explicarse, usualmente, en contraposición con la categoría de problemas o litigios *bipolares*. Abram Chayes (1976), jurista connacional y contemporáneo de Fuller, planteó abiertamente la oposición entre los litigios *policéntricos* y los *bipolares*. Chayes entendió que el nuevo litigio público<sup>25</sup> mostraba y exigía una nueva morfología procesal que respondiera a la fisonomía particular de problemas policéntricos.<sup>26</sup> En otras palabras, mientras para Fuller los problemas

---

este artículo que se le atribuye a Fuller la idea de “caso policéntrico”. Fuller, al igual que Polanyi, nunca dio una definición cerrada de la tarea o caso policéntrico, aunque sus metáforas ejemplificativas (la telaraña y el puente) fueron de gran impacto explicativo en la teoría del derecho.

24 No solo los juristas latinoamericanos se apropiaron de la categoría, sino también magistrados muestran su inclinación por usar estas categorías de enfoques. La Corte Suprema de Justicia Argentina ha usado la calificación de caso policéntrico explícitamente para referirse al caso ante sus estrados, y en varias ocasiones en la sentencia La Pampa vs. Mendoza de 2017.

25 Para Chayes, el “litigio público” era aquel entablado por ciudadanos contra el Estado, por lo general relacionado con la aplicación de las políticas públicas de servicios estatales, y otras políticas del estado de bienestar.

26 Mientras Fuller se refería a los problemas policéntricos como

materialmente policéntricos eran un límite a la intervención judicial, y los bipolares eran el objeto exclusivo y modélico del ejercicio de la jurisdicción, para Chayes lo policéntrico era lo “nuevo” en el litigio público, lo que exigía nuevas formas procesales. Estas nuevas formas procesales a las que alude Chayes, necesariamente se apartarían de aquellas pensadas para litigios bipolares, que solo abordaban controversias como si fueran asuntos privados. Esta posición convirtió a Chayes en una de las referencias teóricas favoritas de los procesalistas de América Latina en materia de litigio estructural.

Más allá de sus diferencias, la idea de conflictos policéntricos y bipolares ocupa un lugar privilegiado en la teoría de adjudicación jurisdiccional, y sirve como base tanto para el debate procesal, como para el debate político sobre los alcances y la legitimidad de la acción jurisdiccional. Por ello, vale la pena detenernos a entender a qué se refería Fuller con la idea de policentría.

### Las controversias policéntricas: una tela de araña

Lon Fuller decía que un problema policéntrico indicaba la existencia de una red de relaciones interconectadas entre sí, tal como si fueran una tela de araña. Esta sugerente metáfora ha generado impresiones diversas entre juristas. En efecto, están quienes creen que la tela de araña representa un conflicto *multicausal*, o con conexiones causales *difusas*; quienes entienden que la metáfora intenta reflejar un conflicto *multipolar*, mostrar que hay intereses diversos en tensiones diversas; e incluso, están aquellos que ven en la idea un único interés (la red), que se compone de los demás (por sus conexiones).

Entiendo que el rasgo que Fuller intentaba enfatizar con la metáfora es, sobre todo, el de la *interdependencia* entre múltiples

---

aquellos que constituirían el límite de la actividad judicial, lo que en nuestro país llamaríamos “casos políticos no justiciables”, Chayes los veía como la manifestación clara de la forma de judicialización de las nuevas regulaciones públicas del estado de bienestar. La nueva morfología procesal descrita por Chayes para el litigio público (policéntrico) constituye hoy la base de inspiración de casi todos los desarrollos de la teoría procesal latinoamericana en materia de litigio estructural.

intereses conectados, y entre condiciones y situaciones entrelazadas. Esa *interdependencia* o *conectividad* se expresa en los puntos de interconexión de la *tela de araña*, a los que Fuller llamaba “centros interactivos”. Es allí donde ocurre lo interesante para el derecho, y donde la grafía jurídica del conflicto se vuelve interesante para la sociología y la política. Allí la conectividad se desprende de negociaciones, intercambios, distintas formas de influencias mutuas, en fin, relaciones que se juridizan como parte de un todo, cuando el abordaje del conflicto es estructural. Esas interacciones múltiples son las que iluminan la imagen de multipolaridad de intereses, y a las que la teoría de la responsabilidad suele observar como multicausalidad o causalidad compuesta, tan pronto como el derecho las aprehende. Allí está la grafía de la normatividad, con la que puede darse el diálogo transdisciplinar.

Ahora bien, Fuller insiste en que debido a esa interdependencia, cualquier interferencia sobre alguna de esas relaciones (los centros interactivos) impactaría de forma imprevisible en otras situaciones y relaciones interconectadas, de la misma forma que la tensión aplicada sobre el filamento de una tela de araña se distribuye hacia el resto de la red (Fuller, 1978, p. 397). Con este resalto, se intentaba disuadir de intervenciones jurisdiccionales frente a un problema policéntrico. Este tipo de intervención causaría efectos no deseados o imprevistos, argumenta. En su visión, esta es la equivocación en la que caería la jurisdicción si intentara abordar este tipo de problemas.

Interesantemente, mientras la *interdependencia* era usada por Fuller como una advertencia para que los jueces no ejercieran su jurisdicción en asuntos policéntricos (como también fue una advertencia de Polanyi para que el Estado no interviniera en los mercados o en la ciencia), otros juristas se apoyaron en esa idea de *interdependencia* justamente para argumentar lo contrario: la intervención en el problema policéntrico debería ser global. Es decir, la interdependencia justificaría la necesidad de abordar estructural, y no segmentariamente, ciertos problemas. Un caso paradigmático de la jurisprudencia argentina, el caso Verbitsky, nos servirá de ejemplo aquí. En sus detalles encontraremos evidencias explicativas de las ideas de Fuller y Chayes

### *El caso Verbitsky y su litis policéntrica*

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) juzgó las condiciones de detención de miles de personas en el sistema penitenciario de la provincia de Buenos Aires.<sup>27</sup> A pesar de no ser un asunto nuevo para la jurisdicción argentina, este caso llamó enormemente la atención pública y disciplinar por razones diversas. Por un lado, por lo que podríamos calificar de *innovación procesal*. Fue la primera vez que se admitió en Argentina un “hábeas corpus colectivo” ante el máximo tribunal del país. En efecto, la CSJN validó una interpretación extensiva de la garantía procesal colectiva del artículo 43° de la Constitución nacional. En ese marco, la Corte llamó a audiencias públicas, aceptó *amicus curiae*, y los involucró en el proceso de implementación de su decisión. Por otro lado, dictó un repertorio de medidas remediales estructurales diversas, dirigidas a órganos de los tres poderes del estado provincial. Lejos de una actitud meramente enunciativa de violaciones legales, la Corte anticipaba, con esas medidas, su voluntad de proteger efectivamente los derechos de los internos, interviniendo en la hechura de la política penitenciaria.<sup>28</sup>

Lo que aquí interesa observar es la *litis* del caso. Los magistrados establecieron que el hecho genérico de la *sobrepoblación de internos* era el que *causaba hacinamiento*, y que este *hacinamiento* (al que podríamos ver como el agravio jurídico central), era la fuente primaria de múltiples violaciones de los derechos de miles de personas.<sup>29</sup>

Esa narración genérica del problema suele resumirse como la del *hacinamiento por sobrepoblación carcelaria* (HpS). Hay que notar que en esa narración la Corte imbricó varias otras condiciones deficitarias del sistema carcelario. Se señaló, por ejemplo,

---

27 Aunque había antecedentes de casos similares en el país, este es el primero ante la Corte Suprema de la Nación. Entre los antecedentes más sobresalientes se puede mencionar un caso de la provincia de Mendoza en el año 2002, con la intervención del Juzgado de Instrucción N.º 8 en favor de los internos de la Penitenciaría de Mendoza, Exp. 100.484/3.

28 Ver el análisis de las medidas de ejecución en Filippini (2007) y Puga (2008).

29 CSJN, fallo Verbitsky, 2005, considerando 23.

la falta de higiene, de instalaciones sanitarias, de ventilación, luz natural, mobiliarios y alimentación. Se detalló, además, cómo cada uno de estos déficit violaba los derechos humanos de los detenidos, y, finalmente, estas condiciones deficitarias se vincularon a diversas vejaciones y maltratos que sufrían los internos.<sup>30</sup> Una descripción de *litis* como esta responde canónicamente a la narración multicausal o multipolar de un conflicto, que vincula múltiples conductas, condiciones de infraestructura e institucionales, a situaciones de violación de derechos, de forma interdependiente.<sup>31</sup>

Así, la declaración judicial de que los hechos Hps eran una violación jurídica, operó como *regla de decisión*. Y los efectos jurídicos de esta regla se extendieron a todos los involucrados en las relaciones penitenciarias, y a los responsables de las condiciones y situaciones descritas en la *litis*. Esta es la forma típica de una intervención jurisdiccional estructural.

Ahora bien, para entender la singularidad de esta decisión, es necesario advertir que la Corte pudo haber abordado el problema de forma diferente, esto es, de forma segmentada, en diferentes partes. Pero si lo hubiera hecho de esa manera, corría el riesgo de que su intervención causara efectos imprevisibles o indeseables, como los que advertía Fuller. Por ejemplo, si se concentraba en mejorar la higiene en cárceles superpobladas, ello podría llevar al achicamiento de los recursos necesarios para

---

30 En la demanda se expusieron las condiciones de superpoblación de detenidos y reclusos indicando que “en el territorio provincial funcionan[aban] 340 comisarias cuyas instalaciones permiten albergar 3174 personas, pero que en realidad alojan 6364; haciendo hincapié en que esta situación se agrava notablemente en las seccionales del cono urbano bonaerense, en las cuáles a la fecha de la presentación se hallaban detenidos 5080 personas en celdas que solo podían cubrir 2068 plazas” (ver fallo Verbitsky 2005, considerando 2°). En la audiencia ante la Corte (2005) la actora señaló un agravamiento de la situación: la población carcelaria había crecido un 31% en el término de 3 años, que a pesar de la construcción de nuevas plazas, el excedente de detenidos era de entre el 30 al 50%.

31 La Corte, al fijar los hechos, relaciona explícitamente las condiciones de hacinamiento mencionadas con enfermedades infecciosas, violencia física y sexual entre los internos, riesgos diversos para los trabajadores penitenciarios, vecinos y visitantes. Finalmente, también establece vínculos con las deficiencias regulativas en materia de prisión preventiva y excarcelación.

la alimentación y viceversa. O bien, si se trataban solo los *habeas corpus* de forma individual, en consideración de la situación de cada interno, el juez correspondiente a cada uno de ellos podría ordenar el traslado de un establecimiento penitenciario a otro en mejores condiciones relativas. Ello aliviaría la situación de algunos internos, pero agravaría la de otros, mientras el problema de fondo permanecía. De hecho, la demandante denunció que esto efectivamente venía ocurriendo, con intervenciones de jueces inferiores a través de *habeas corpus* individuales.

De modo que es plausible que la Corte haya entendido que el abordaje estructural del problema era *necesario*, no porque el problema solo pudiera ser aprehendido jurisdiccionalmente como un asunto policéntrico, sino porque un abordaje fragmentario llevaría a remedios inadecuados, o a efectos colaterales indeseados.

En este marco de comprensión, resulta conveniente definir la intervención judicial estructural como aquella que *expande el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales*, y entender que ello ocurre a partir de *la definición/narración policéntrica de una controversia judicial*. En el caso Verbitsky, esa narración se presentó como la del HpS, y fue la base de la regla de decisión. El mismo esquema de abordaje lo vemos en distintas decisiones jurisdiccionales de Latinoamérica en relación con la situación de violación de derechos de reclusos en penitenciarías.<sup>32</sup>

---

32 En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró el primer estado de cosas inconstitucional (ECI) en las prisiones del país en el año 1988, ante una masiva violación de derechos de la población reclusa. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153 de 1998 (Caso Cárceles Colombianas 1, actores Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández y otros). En 2013, en el caso Cárceles Colombianas 2, y en el 2016 en Cárceles Colombianas 3, se dictaron dos nuevas sentencias que declararon otra vez el ECI en las prisiones, y se dictaron nuevas órdenes de carácter estructural que abordaban las violaciones en las cárceles. Ver sentencias T-153/98 y T-388/13 (Caso Cárceles Colombianas 2, Acciones de tutela instauradas por varias personas privadas de la libertad, o en representación de estas. M. P. María Victoria Calle Correa). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015 (Caso Cárceles Colombianas 3. Tema: Situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país. Reiteración del ECI, M. P. Gloria Estela Ortiz Delgado). En el año 2018, la Corte



La definición de LE propuesta aquí destaca el efecto performativo, antes que representativo, de la definición de una *litis* policéntrica. En efecto, este concepto de LE evita naturalizar la decisión que toma la autoridad jurisdiccional al definir los términos del caso que va a juzgar. Ello será especialmente importante para que podamos discutir mejor las reglas que van a garantizar el debido proceso colectivo, teniendo en mente que la *opción* narrativa del conflicto es la que involucra a otros en los efectos de la decisión. Además, la no naturalización de la definición de la *litis* nos permitirá también recentrar los debates sobre la legitimidad de la acción jurisdiccional estructural, dirigiéndolos a la decisión hermenéutica sobre los hechos, como condición de la decisión pragmática sobre los remedios.

### El puente

Con la metáfora del puente Fuller ilustra otro rasgo central de los conflictos policéntricos, el de la subordinación de las partes al todo. El autor norteamericano nos propone la siguiente hipótesis: supongamos que una autoridad jurisdiccional deber resolver si una columna que sostiene un puente debería colocarse, digamos, en un ángulo de 80° respecto a la estructura principal. Asumamos, entonces, que esta es una demanda individual por un resultado concreto. Explica Fuller que para decidir ese reclamo, el decisor necesita tener una idea previa del puente *como un todo*, solo de esa manera podrá valorar la inclinación adecuada para cada columna, y responder a reclamos individuales como el que se le plantea. Si Fuller tiene razón, la decisión estructural siempre se antepone, y así subordina a las decisiones particulares. Estas últimas, diremos, se imbrican en aquella.

---

Constitucional de Ecuador determinó que existe una vulneración estructural y sistemática de derechos humanos dentro del sistema de rehabilitación social ecuatoriano, frente a lo cual estableció parámetros mínimos para asegurar su respeto. Ver caso de la Corte Constitucional de Ecuador del 13 de diciembre de 2018, en Sentencia 0365-18-JH. En la actualidad, el Tribunal Supremo Federal de Brasil tiene en análisis un caso de similares características. Ver Supremo Tribunal Federal de Brasil en el caso Raposa Serra do Sol del 19 de marzo de 2009, Petición 3.388. N.º 102.002.



En términos del litigio jurídico, la metáfora del puente indicaría que las determinaciones respecto a pretensiones individuales estarían subordinadas a una previa definición y resolución de la *litis* policéntrica. Esta es, según creo, una de las diferencias más claras entre el litigio estructural y el litigio tradicional o bipolar. Mientras en los casos de litigio estructural los intereses individuales están imbricados en un único interés colectivo o de clase, y subordinados a él, en la tradición procesal del litigio bipolar, los intereses individuales siempre mantienen cierta independencia y preponderancia. La decisión estructural es entonces previa a cualquier determinación de la pretensión individual (Puga, 2013).<sup>33</sup> Esta subordinación, o definición del interés individual (dependiente), no es un hecho natural o fenomenológico. Es una consecuencia lógica de la narración de un conflicto como policéntrico. El siguiente ejemplo vuelve nítida esta idea: supongamos que una fábrica de tanino contamina el aire del barrio donde viven varias personas. Una de ellas reclama su *derecho al aire libre* como derecho a un bien público, y pide que la fábrica deje de emitir contaminantes. Esta manera de plantear la *litis* en la demanda hace que el agravio individual esté imbricado en el asunto policéntrico del goce de un bien público. De este modo, la pretensión individual del demandante quedará pendiente, y subordinada, a la solución estructural que se dé a la contaminación de un bien público como hecho policéntrico. En este caso, si se ordena a la fábrica deja de contaminar, la demandante gozará de un aire mejor, junto a todos sus vecinos.

La demandante podría, sin embargo, plantear otra *litis*. Pedir, por ejemplo, respirar aire limpio en el patio de su casa. Reclamar que la fábrica pague alguna tecnología de mitigación o purificación focalizada en ese espacio de esparcimiento. O bien, podría también pedir que se la indemnice por los daños que la contaminación causó a sus plantas y animales domésticos, los

---

33 Esta determinación conceptual no es inocua, por supuesto. Supone excluir de la idea de litigio estructural a otras formas de litigio consorciales, y a los llamados litigios repetitivos, como los del derecho procesal brasileiro. Quedaría fuera de la definición propuesta cualquier instancia de individuación de intereses, sin sujeción a la definición de un interés común.



que habitualmente circulan por el patio. También podría referirse a afecciones personales a su salud causadas por el tiempo que pasa en el patio. En este caso, la demandante está narrando su agravio de forma bipolar, circunscrita a su propiedad, y a su interés individual en ella. Si la autoridad jurisdiccional decide procesarlo (instaurarlo) de esa forma, no subordinará el interés del demandante a ninguna otra decisión estructural. Solo deberá decidir si se la indemniza por los daños alegados, y si se dictan medidas de mitigación focalizadas para la demandante.<sup>34</sup>

Ya se advirtió arriba que el abordaje policéntrico (o estructural) no *se impone* como una necesidad fenomenológica, sino que *se insta* como una decisión jurisdiccional en la *litis*. También se anotó que la selección de una narrativa policéntrica podía fundarse en razones pragmáticas, de orden remedial o de aversión al riesgo de intervenciones segmentadas con efectos indeseados. Conviene ahora advertir, desde estas últimas consideraciones, que esa instauración de una narración policéntrica de los hechos puede también interrumpir o enervar temporalmente reclamos individuales. Esta advertencia no hace sino redoblar la exigencia de una debida fundamentación de la narrativa de la *litis* policéntrica, para garantizar el debido proceso colectivo.<sup>35</sup>

### Conclusión parcial

De lo analizado pueden sacarse algunas definiciones conceptuales. En primer lugar, debemos notar que cuando la *litis* insta un conflicto como *policéntrico*, entonces, es muy posible (aunque no necesario) que la regla de adjudicación sea

---

34 En igual sentido que este caso puede pensarse el caso Verbitsky, analizado antes. Si a través de un *habeas corpus* un interno exigiera mejoras en relación con sus condiciones personales, su reclamo, en teoría, dejaría de estar subordinado a la suerte de los otros internos, y a la mejora de todo el sistema. Claro que sus probabilidades de obtenerlo serían bajas, dado el desigual tratamiento que atender a su interés supondría en relación con los otros internos.

35 En otro trabajo exploré el tipo de razones que sustentan la legitimidad de la jurisdicción estructural. Entre ellas analicé las de igual acceso a la justicia, de autocorrección jurisdiccional, economía procesal, eficacia jurisdiccional y bloqueos políticos. Ver Puga (2020).

estructural.<sup>36</sup> Esto es, que esa regla vincule a personas que no son partes en el proceso. La segunda definición conceptual que podemos hacer inteligible ahora, es que todo caso estructural (con reglas cuyos efectos trascienden a las partes), se apoya en una *litis* policéntrica. Esto es así, porque lo que justifica extender la jurisdicción (el alcance jurídico de la regla de decisión) sobre quienes no son partes procesales, es la interconexión de sus intereses con los intereses de las partes. Esa interconexión está en la narración de una *litis* como policéntrica.

### El caso *Mendoza*: un proceso ampliado y remediación estructural

En esta última sección se ejemplifica con un caso de la jurisprudencia argentina, alguno de los extremos conceptuales mencionados hasta aquí; pero, centralmente, con este caso se ofrece una última clarificación conceptual. Se pretende mostrar la conveniencia de abandonar la categorización norteamericana de este tipo de casos a partir de sus “remedios”, o de su pretensión de “reforma pública”. La mejor manera de hacer inteligibles los rasgos y las tendencias de la jurisprudencia latinoamericana es evitar centrar la definición conceptual de estos casos, en esos extremos. Paso a explicar por qué a través de ejemplos.

El caso *Mendoza* (2006-2008) es quizás el más renombrado de la jurisprudencia estructural argentina. Decidido por la CSJN, contribuyó a moldear buena parte del imaginario teórico en relación con el litigio estructural, y avivar los debates en materia procesal respecto al ejercicio de la jurisdicción estructural.

La cuestión era la contaminación de un río. La demanda fue interpuesta por diecisiete personas, las que representarían procesalmente a otros cinco millones de personas afectadas por

---

36 La excepción a esta regla son casos con *litis* policéntricas, pero en los que todos los alcanzados por la regla de decisión son partes en el proceso. Los casos de quiebras y concursos, por ejemplo, o los casos de sucesiones, ya sea intestadas o testamentarias. Estos son típicos casos policéntricos, porque interconectan múltiples polos de intereses, con causalidades diversas entre ellos. Pero desde la definición que aquí propongo, no son estructurales, porque los efectos de la regla de decisión no trasciende a las partes procesales.

la contaminación de una de las cuencas hídricas más grandes y pobladas de la región. Se buscaba hacer responsables a tres niveles estatales distintos (nacional, provincial y municipal), y a 44 empresas radicadas en la costa del río, por los daños y perjuicios, individuales y colectivos, que la contaminación les causaba.

En el año 2006, la CSJN tomó una primera decisión: asumió la competencia originaria en el caso, pero solo en relación con la tutela del bien colectivo del ambiente. Es decir, apartó la cuestión de la reparación de daños individuales de su competencia.<sup>37</sup> Esa decisión determinó los contornos de la controversia policéntrica que abordaría.

En los dos años siguientes (2006-2008), el tribunal movilizó un proceso de gran impacto público en el que hizo uso de una interesante diversidad de medidas procesales, las que hoy se identifican con los rasgos procesales necesarios del trámite colectivo. Entre ellas, llamó a audiencias públicas a las partes, requirió informes detallados a expertos, exigió al Gobierno nacional demandado que presentara un plan de saneamiento, y aun antes de dictar sentencia, hizo evaluar ese plan por la sociedad civil y expertos. Interpeló directamente al Gobierno sobre ese plan en audiencias públicas, y habilitó la participación de múltiples organizaciones de la sociedad civil, tanto a través de *amicus curiae* como en la estructura formal de remediación que finalmente ordenó en su sentencia. En fin, desde el comienzo la Corte abordó al conflicto considerando rasgos de alta densidad policéntrica, y asumiendo la complejidad remedial que ello impondría.

---

37 La decisión de no admitir la competencia originaria a las pretensiones individuales de indemnización, ni aun de forma acumulada, tiene una fundamentación variopinta. Por momentos, la Corte parece dar razones referidas a la “subordinación” de las pretensiones individuales a la decisión estructural. Pero la letra del fallo no es del todo clara al respecto. En cualquier caso, el lector interesado en el tema puede localizar el fallo CSJN, de fecha 26 de junio de 2006, causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)”. Un análisis al respecto puede encontrarse en Puga (2019).

Finalmente, dictó su sentencia el 8 de julio de 2008, declarando que la situación de contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo violaba de forma inconstitucional varios derechos humanos, y haciendo responsables a los tres niveles estatales, el nacional, el provincial y el municipal.<sup>38</sup> Esta declaración constituyó la regla de decisión del caso, cuyo alcance aparece como claramente estructural. En efecto, juridizó la posición de cinco millones de personas como la de titulares de derechos violados, frente a tres estructuras de gobierno, y ciertos órganos específicos, como los responsables. Este es el tipo de reglas que denota una clara expansión de la normatividad judicial más allá de los intereses de las 17 personas que actuaron como parte en el proceso.

Ahora bien, lo más llamativo de la decisión fueron las medidas remediales dictadas en la última parte del resolutorio. Ellas se convertirían en formas paradigmáticas de la remediación estructural. En primer lugar, la Corte obliga a los declarados responsables a ejecutar el “Plan integral de saneamiento de la cuenca” (el que había sido producido por el mismo gobierno, y revisado públicamente durante la causa). Pero, además, estipula en detalle un microsistema jurídico que establece el órgano que será responsable de la ejecución del Plan (el Acummar), indica la autoridad a la que se le asigna la supervisión de esa ejecución (un juez de primera instancia), crea órganos de participación y de control de la ejecución (conformados por la Defensoría del Pueblo y ONG), y asigna la función de auditor de las finanzas para la ejecución a un órgano ya existente (la Auditoría General de la Nación). Un verdadero remedio estructural complejo, que prometía un largo futuro a la ejecución, y un complejo mecanismo para garantizar su avance y para rendir cuentas.

En años posteriores, la CSJN siguió involucrándose en el proceso de implementación de sus medidas. Reemplazó al juez de ejecución, convocó varias audiencias de supervisión y dictó nuevas medidas. Ya van 15 años de un proceso que, con altibajos, y con algunos avances, ha dejado importantes

---

38 “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo). CSJN, 8 de julio de 2008 – M. 1569. XL.

aprendizajes (Bergallo, 2014; Verbic, 2013; Berros, 2012; Puga, 2008, 2022). Es, sin duda, uno de los casos paradigmáticos para los estudios de la implementación de sentencias estructurales, y su implementación constituye uno de los asuntos más desafiantes de este tipo de casos.

### Las medidas remediales en la definición del litigio estructural

Las medidas remediales como las del caso Mendoza (2008) suelen llamar la atención por su cantidad, complejidad y nivel de intromisión de los jueces en políticas públicas e instituciones del Estado. Ello ha llevado a algunos doctrinarios a definir al litigio estructural a partir de estas medidas.<sup>39</sup> Es clara aquí la influencia del trabajo señero de Owen Fiss (1979) en relación con las llamadas *structural injunctions*, y sus repercusiones entre juristas de Latinoamérica que intentan definir el litigio estructural desde ese ángulo (Arenhart y Jobim, 2017; Bergallo, 2005).

El énfasis en las medidas remediales nos llevaría a la identificación del caso estructural en la etapa de implementación de las decisiones jurisdiccionales. Esta aproximación teórica es tan interesante como inteligible, teniendo en cuenta que lo más llamativo (y a veces polémico) de los casos paradigmáticos de la región suelen ser las medidas remediales. Por ejemplo, cuando pensamos en la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana, sobre la violación de derechos de la población desplazada, vemos que lo que despertó fascinación han sido sus casi dos décadas de medidas y audiencias de seguimiento, como forma de no quedarse en la mera declaración de la violación estructural de derechos. En tanto, la decisión en el caso Raposa Serra do Sol de 2009, del Tribunal Federal de Brasil,

---

39 En esa línea, algunos argumentan, por ejemplo, que la famosa decisión de 1954 de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no sería un caso estructural. Ello, en cuanto no involucró la cuestión de los remedios o las medidas estructurales para la desegregación racial. Fue recién en la segunda decisión, conocida como *Brown 2*, de 1955, en la misma causa, la que podría tenerse por caso estructural. En esta última, la Corte estadounidense sí dispuso las medidas dirigidas a concretar la regla de *Brown 1*.

causó sensación por lo exhaustivo de las reglas constitutivas que dieron los magistrados para regir la habitabilidad de toda una región del norte de Brasil. Ello, en un caso en el que la mera declaración de validez de la demarcación del territorio indígena hubiera sido la forma típica de la jurisdicción clásica estructural. Es una forma que declara, pero no remedia estructuralmente.

Se suele destacar que este tipo de remediación judicial es de largo aliento, supone un fuerte compromiso de las cortes en garantizar la realización de los derechos declarados, sumiendo en ello la interpelación a políticas e instituciones públicas desde la justicia. Esta inventiva resulta particularmente llamativa en países con poderes judiciales tradicionalmente debilitados como los nuestros, que atravesaron erráticos procesos dictatoriales. Por ello, causa cierta extrañeza la iniciativa de reformar del sector público en nombre de los derechos, y bajo su dirección y supervisión. Y claro, ello también despierta los debates sobre la legitimidad constitucional del Poder Judicial para hacerlo.

Pese a estas explicaciones, corresponde hacer notar que la definición del litigio estructural a partir de las medidas remediales tiene ciertas limitaciones para aprender el fenómeno en nuestra región. En especial cuando se lo define, siguiendo a Fiss, como litigio de reforma pública. Al hacerlo estamos disociando de este concepto una porción importante del paisaje de la jurisdicción estructural que se despliega en la región, y quizás también debamos decir que en el Sur global.

En principio, la idea de reforma *institucional* como meta remedial, que propone Fiss, es quizás una forma demasiado circunspecta para aprehender la experiencia de nuestro litigio público. Obsérvese que cuando la Corte Constitucional colombiana declara el estado de cosas inconstitucional en materia de asistencia a la población desplazada (Sentencia T-025), no parece apuntar solo a reformar políticas o instituciones existentes. Hay un impulso a la creación y desarrollo de instituciones y políticas necesarias que aún no existen (Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco, 2010; Puga, 2010). Para ser más clara, sucede que la judicialización de derechos económicos, sociales y culturales, en su faz positiva, plantea horizontes jurisdiccionales más ambiciosos que la mera reforma de instituciones existentes fallidas. Piénsese, como otro ejemplo, en las declaraciones de

omisión inconstitucional que han sido dictadas en algunas de nuestras jurisdicciones, y las de estado de cosas inconstitucionales por inexistencia de políticas públicas o de instituciones de asistencia.

Por otro lado, en nuestros países las intervenciones de estas características no solo han alcanzado al sector público, sino también a la reforma de instituciones privadas. Interesantes medidas judiciales de reestructuración en las políticas de contratación de empresas privadas sobresalen en casos como *Freddo* (2002)<sup>40</sup> y *Sisnero* (2014).<sup>41</sup> Si bien el litigio de discriminación en los Estados Unidos asume algunas formas parecidas, las *structural injunctions* de Fiss y Chayes se presentaban como estrictamente ligadas al litigio público.

Amén de ello, como bien ha advertido el profesor Marco F. Jobim (2021b), ¿por qué limitar nuestro entendimiento de la jurisdicción estructural al sistema judicial? Ya hay ejemplos muy interesantes de importantes casos en la región, en los que la remediación estructural se avanza en la jurisdicción administrativa. Un reciente hecho de discriminación racial en Brasil llevó a una investigación e interpelación administrativa del supermercado Carrefour. La investigación administrativa del evento individual disparó la posibilidad de un acuerdo entre el Estado (Ministerio) y la empresa (Carrefour) para cambiar prácticas discriminatorias sistémicas de todos sus establecimientos, y en beneficio de sus consumidores, en el inmenso Brasil.<sup>42</sup>

---

40 Se trata de un caso de discriminación sistemática de mujeres en la contratación de una empresa privada. La Cámara interviniente ordenó la contratación solo de mujeres hasta alcanzar un cupo del 30% de la planta de la empresa.

41 Se trata también de un caso de discriminación sistemática de mujeres en la contratación de empresas privadas, en este caso, concesionarias del servicio público de transporte. Luego de esta decisión de la Corte Suprema de la Nación Argentina, la Corte de la Provincia de Salta tuvo que disponer medidas estructurales, en este caso, contratar dos mujeres por cada hombre hasta que las mujeres alcanzaran a ser el 30% de la planta de empleados. Ello ocurre luego de que la CSJN derogara un fallo de la misma Corte Salteña.

42 Jobim refiere al caso Carrefour de Brasil y los Términos de Ajuste de Conducta (TAC) firmados entre la empresa, órganos administrativos y sociedad civil. En el acuerdo se fijan estándares de



En fin, vemos habilitarse un espectro de posibilidades amplias, diversas y sumamente interesantes para explorar formas de implementación de la jurisdicción estructural en el ámbito administrativo. Ellas, además, y desde hace más tiempo, vienen sugiriendo caminos de remediación que no devienen de órdenes verticales de la autoridad dirimente, sino de acuerdos remediales entre las partes.<sup>43</sup> Acuerdos a los que Fiss se opuso expresamente en relación con las decisiones estructurales (Fiss, 1984), los que, por otra parte, crecen en nuestra región en los tribunales y en la acogida doctrinaria.

Las jurisdicción estructural administrativa, así como la remediación acordada entre partes, tiene posibilidades de expandirse mucho más en Latinoamérica, si finalmente se concreta la creación de mecanismos de implementación local de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos; órganos con una amplia y validada jurisdicción estructural en la mayoría de los países de la región.

En resumen, definir el litigio estructural a partir de medidas judiciales remediales de reforma pública es una estipulación, como la de cualquiera otra propuesta conceptual. Pero con ella se dejan fuera intervenciones que ya son parte del debate procesal y de la reflexión sobre la legitimidad política de la jurisdicción estructural latinoamericana, tales como:

1. Los casos que asumimos estructurales a pesar de que no se dictan medidas remediales estructurales. En ellos podríamos reclamarlas precisamente con base en esa asunción.
2. Los casos donde las medidas remediales se dirigen a reformar instituciones privadas.

---

conducta, indemnizaciones, creación de un fondo para el combate del racismo, etc. El profesor advierte la necesidad de distinguir entre el “cumplimiento” de las decisiones judiciales, y la “ejecución” de acuerdos en el marco de procesos estructurales administrativos (ver minuto 1:22:30, Jobim, 2020). En otro trabajo, Jobim (2021b) expone en detalle la idea de cómo estos acuerdos de cumplimiento son cada vez más usuales en la jurisdicción administrativa laboral, a través de lo que solemos llamar Convenios Colectivos de Trabajo.

43 En materia de remediación que no deviene de órdenes de control vertical de la autoridad jurisdiccional, sino de acuerdos multipartes, ver especialmente el trabajo de Sabel y Simon (2004) sobre remediación experimentalista.



3. Los casos donde la remediación es administrativa.
4. Los casos en que la remediación no es impuesta por la autoridad, sino acordada entre las partes.

## Conclusión

El desarrollo de la jurisdicción estructural en Latinoamérica abre un nuevo campo de reflexión teórica, aún en ciernes. Esta reflexión se asentó en la fuerte semántica de algunos casos paradigmáticos, cuyos rasgos salientes van desnudando un amplio paisaje de posibilidades y variantes de desarrollo. En este análisis hemos sugerido, de manera intermitente pero constante, que es necesario mirar esos grandes casos no solo con el monocular hacia el Norte, es decir, desde los esclarecedores y tempranos estudios norteamericanos. Parece ya el momento de usar los anteojos provistos por la experiencia local y regional, con sus infinitas variantes idiosincráticas, devenidas de sistemas jurídicos híbridos. En fin, pensar una teoría situada, como invita el profesor Marco Jobim (2017), que, además de ser autoconsiente de sus singularidades contextuales, afronte el desafío de generar sus propios conceptos y categorías.

En estas líneas se intentó dar razones en favor de una definición del litigio estructural, a partir del alcance normativo-formal de la regla de decisión jurisdiccional. Una definición que permita identificar el caso estructural en la etapa de conocimiento, con antelación a las eventuales medidas de ejecución. Es en esa instancia del proceso donde se construye la particular grafía de la *litis* policéntrica, punto de apoyo para el ejercicio de la jurisdicción estructural, ya sea en instancia judicial o administrativa, responsabilizando al Estado o a particulares. Es esa grafía formal, además, la que nos permitirá ampliar los diálogos y estudios transdisciplinarios sobre la acción jurisdiccional en el mundo material y político iniciada por los estudios de la sociología jurídica y política. Y, finalmente, esta mirada nos permitirá precisar los reclamos de reglas procesales idiosincráticas, y de fundamentación del abordaje estructural que garantice un debido proceso colectivo. La expectativa no es otra que contribuir de esta manera a un desarrollo consiente y sólido del uso del derecho para el cambio social.

## Referencias

- Arenhart, S. C., Osna, G. y Jobim, M. F. (2022). *Curso de processo estrutural* (2.ª ed.). Thomson Reuters Brasil.
- Arenhart, S. C. y Jobim, M. F. (Org.) (2017). *Processos Estruturais*. Jus Podivm.
- Bergallo, P. (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público de Argentina. En *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política*. SELA. [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17542/SELA05\\_Bergallo\\_dc\\_Sp\\_20110711.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17542/SELA05_Bergallo_dc_Sp_20110711.pdf?sequence=2&isAllowed=y)
- Bergallo, P. (2014). El caso *Mendoza*, una experiencia de judicialización cooperativa. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica*. Siglo XXI Editores.
- Berros, M. V. (2012). Relatos sobre el río, el derecho de la cuenca Matanza-Riachuelo. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, (1) 111-163.
- Borón, A. (2011, abril 12). Lenin, a 141 años de su muerte [Mensaje en un Blog]. <https://atilioboron.com.ar/vladimir-illich-ulianov-lenin/>
- Carnota, W. F. (2005, junio 21). Un problemático supuesto de habeas corpus colectivo (nota al fallo Verbitsky). *El Dial, Suplemento de Derecho Público*. Año VIII (1811).
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2008). *Litigio estratégico y derechos humanos*. Siglo XXI.
- Chayes, A. (1976). The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. 89(7), 1281-1316.
- Coral-Díaz, A. M., Lodoño-Toro, B. y Muñoz-Ávila, L. M. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina 1990-2010. *Vniversitas*, 59(121), 49-76. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.clea>
- Correa Montoya, L. (2008). Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho. *Opinión Jurídica*, 7(14), 149-162.
- Filippini, L. G. (2007). La ejecución del fallo “Verbitsky”. Una propuesta para su evaluación. *Revista de Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, E(961), 148-178.
- Fiss, O. M. (1979). The form of justice. *Harvard Law Review*, 93(1), 1-58.



Fiss, O. M. (1984). Against settlement. *Yale Law Journal*, 93(6), 1073-1090. <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf>

Fuller, L. (1978). The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, 92(2), 353-409.

Galanter, M. (1974). Why the “Haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review. Litigation and Dispute Processing: Part One*, 9(1), 95-160. doi: 10.2307/3053023

Gargarella, R. (2006). La Corte, el Riachuelo y las comisarias. *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-70077-2006-07-18.html>

Gargarella, R. (2007). Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia en interpretación judicial de la Constitución. En *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia* (pp. 231-268). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Gloppen, S. (2005). Public interest litigation, social rights and social policy. En C. Abbey (Presidencia) *Arusha Conference: “New frontiers of social policy. Development in a Globalizing World”*. PBworks.

Gutiérrez Contreras, J. C. (Coord.) (2011). *Litigio estratégico en derechos humanos. Modelo para armar*. Comisión Mexicana de Defensa de los Derechos Humanos. <https://cmdpdh.org/2022/12/14/litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar/>

Gutiérrez, R. A. y Merlinsky, G. (2010). *Judicialización del conflicto ambiental y coordinación intergubernamental en la cuenca Matanza-Riachuelo*. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política Alacip.

Jobim, M. F. (2017). Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. En S. C. Arenhart & M. F. Jobim (Eds.), *Processos Estruturais* (pp. 449-466). Jus Podivm.

Jobim, M. F. [Escola da AGU] (2020, septiembre 17). Processo Estrutural - Palestra Online [video]. [https://www.youtube.com/watch?v=SdW17vwaqIY&list=PLiTdv7hEgFBNOZWK\\_AKMYGudayKcphQ5&index=1&t=1176s](https://www.youtube.com/watch?v=SdW17vwaqIY&list=PLiTdv7hEgFBNOZWK_AKMYGudayKcphQ5&index=1&t=1176s)

Jobim, M. F. (2021a). A Confusão terminológica dos capítulos de cumprimento da sentença e processo de execução do CPC/2015 e o retrocesso na eficiência da fase

processual da efetivação do direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 15(22).

Jobim, M. F. (2021b). Acordos e convenções coletivas estruturais: possibilidade? En P. Fincato, D. Leal Da Silv y E. Pierdona, *Direitos Sociais de Emergência. Estratégias e Perspectivas pós Pandemia*. Iberojur.

King, J. A. (2008). The pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, (1), 101-124. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1027625](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1027625)

Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Abaco de Rodolfo De Palma.

Merlinsky, G. (2009). La causa Beatriz Mendoza y el conflicto por la apropiación de los recursos naturales en la Región Metropolitana de Buenos Aires. *XXVII Congreso ALAs*.

Millón Quintana, J. (2008). Triunfos de papel: a propósito de Viceconte. En *Suplemento La Ley Constitucional*. Thomson Reuters Argentina.

Ministerio de Salud de Argentina, Dirección de Control de Enfermedades Inmunoprevenibles. (2022). *Lineamientos técnicos. Vacunación contra la Fiebre Hemorrágica Argentina (CANDID #1)*. Ministerio de Salud.

Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh). (2007). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*. Oacnudh.

Osna, G. (2017). Nem “tudo”, nem “nada”. Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. En C. Arenhart y M. F. Jobim (Org.), *Processos Estruturais* (pp. 177-202). JusPodium

Polanyi, M. (1951) *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*. Routledge & Kegan Paul Ltd.

Puga, M. (2002). Los desafíos de las Clínicas Jurídicas en Argentina. En *Cuaderno de análisis jurídico. Litigio y políticas públicas en Derechos Humanos* (Serie de publicaciones Especiales 14). Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.



- Puga, M. (2008). *La realización de los derechos en casos estructurales. Las causas Verbitsky y Mendoza*. Universidad de Palermo.
- Puga, M. (2013). *Litigio estructural* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Puga, M. (2014). Litigio Estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, I(2), 41-82.
- Puga, M. (2022a). Litigio estructural en la Corte presidida por Petracchi 2004-2006. Caracterizando la teoría de adjudicación judicial. En P. Gaido y L. Clérico, *La Corte y sus Presidencias. La Corte Enrique Santiago Petracchi II* (pp. 137-180). Ad Hoc.
- Puga, M. (2022b). Legitimidad de la Jurisdicción Estructural. *IberICONet, el blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en Español*. <https://www.ibericonnect.blog/2022/12/legitimidad-de-la-jurisdiccion-estructural/>
- Rekosh, E., Buchko, K. A. y Terzieva, V. (Eds.) (2001). *Pursuing the public interest. A handbook for legal professionals and activists*. Public Interest Law Initiative at Columbia School of Law.
- Robbins, J. (2007). Re-leyendo los casos “Brown v. Board of Education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”: Lecciones para el litigio estratégico en la Argentina. En *Nueva Doctrina Penal* (pp. 73-125). Del Puerto.
- Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Dejusticia.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(7), 1669-1698.
- Sabel, C. F. y Simon, W. H. (2004). Desestabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117(4), 1016-1101. doi: 10.2307/4093364.
- Scharager, A. (2020). Más allá del *lawfare*: avatares de la judicialización de las políticas públicas y los conflictos sociales en Argentina y América Latina. *Revista Direito da Cidade*, 12(1), 280-305.
- Scott, J. W. (1986-1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En J. S. Amelang, y M. Nash, M.

(Eds.), *Historia y Género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea* (pp. 23-58). Alfons el Magnanim. Institució Valenciana d'Estudis i Investigació.

Ucin, M. C. (2018). La trama policéntrica del litigio de interés público. En J. A. Rojas (Coord.), *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial* (pp. 763-800). Rubinzal Culzoni.

Verbic, F. (2013). El remedio estructural de la causa Mendoza. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Anales Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, (43). [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1)

## Decisiones judiciales

Caso Sejean (1986). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. "Sejean, Juan Bautista c/Ana María Sacks de Sejean", 27 de noviembre de 1986. *Fallos*: 308:2268

Caso Viceconte (1998). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Buenos Aires, Argentina. "Viceconte, Mariela c/ Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo", 2 de junio de 1998. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 5 de noviembre de 1998.

Caso Bustos (2004). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. "Bustos, Alberto Roque, contra Estado Nacional y otros s/amparo", 26 de octubre de 2004. *Fallos*: 327: 4495.

Caso Badaro (2006). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. "Badaro, A. V. c/ ANSES s/ reajustes varios", 8 de agosto de 2006. *Fallos*: 329:3089.

Caso Sisnero (2014). Corte Suprema de Justicia de Salta, Argentina. "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/amparo", 20 de mayo de 2014. *Fallos*: 337:611.

Caso La Pampa vs. Mendoza (2017). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. "La Pampa, provincia de c/ Mendoza, provincia de s/uso de Agua", 1 de diciembre de 2017. *Fallos*: 340:1695.

Caso Cárceles Colombianas 1 (1988). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98. Actores Manuel José



Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández y otros. Tema: Estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del País. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Caso Cárceles Colombianas 2 (2013). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388/13. Acciones de tutela instauradas por varias personas privadas de la libertad, o en representación de estas. M. P. María Victoria Calle Correa.

Caso Cárceles Colombianas 3 (2016). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762/15. Tema: Situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país. Reiteración del ECI. M. P. Gloria Estela Ortiz Delgado.

Caso Desplazados (2004). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04. Tema: Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Inurbe, el Incora, el SENA, y otros. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza, 22 de enero de 2004.

Caso Cárceles Ecuatorianas (2018). Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0365-18-JH, 13 de diciembre de 2018.

Caso Raposa Serra do Sol (2009). Supremo Tribunal Federal de Brasil. Raposa Serra do Sol. Peticion 3.388, 19 de marzo de 2009, N.º 102.002.

Caso Hábeas Corpus Mendoza (2002). Juzgado de Instrucción Provincial de Mendoza, Argentina, N.º 8. “Hábeas Corpus en favor de los internos de la Penitenciaría de Mendoza”, 28 de noviembre de 1988, Exp. 100.484/3.

Caso Freddo (2002). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, Buenos Aires, Argentina. “Fundación Mujeres en igualdad y otro c/FREDDO S.A. s/Amparo”, 16 de diciembre de 2002, H034151.







# **Caleidoscopio de los usos del derecho y de la judicialización de la política en América Latina**

*Rodrigo Uprimny*<sup>1</sup>

---

1 Abogado colombiano con maestría en Socioeconomía del Desarrollo, de la Universidad de París I-IEDES; doctorado en Economía, de la Universidad de Amiens. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia; investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) e integrante de la Comisión Internacional de Juristas.

## Este libro reúne trabajos de gran calidad sobre

la manera como distintos actores sociales y políticos han usado en forma creciente el derecho en América Latina, con propósitos y resultados dispares. Sin embargo, los distintos capítulos realizan ese abordaje en forma diversa por cuanto enfatizan periodos, casos y aspectos distintos de ese recurso al derecho, utilizan metodologías diferentes y llegan a veces a conclusiones no solo disímiles, sino incluso opuestas.

Esa diversidad de énfasis, enfoques y conclusiones, que podría constituir una debilidad del libro, por cuanto afectaría aparentemente su unidad, representa en cambio una enorme riqueza por cuanto permite una visión diversa y contrastada de unos fenómenos complejos y difíciles de aprehender, como son la intensa y hasta cierto punto sorprendente movilización legal, activismo judicial y judicialización de la política que hemos vivido en la región. El volumen logra ser, en cierta forma, un caleidoscopio del uso del derecho y de la judicialización en América Latina, para lo cual me apropio para este comentario de la metáfora y del título de la obra colectiva coordinada por Boaventura Santos de Sousa y Mauricio García sobre el caleidoscopio de las justicias en Colombia (Santos de Sousa *et al.*, 2001),<sup>2</sup> publicada a inicios de este siglo y que tuvo un gran impacto en el desarrollo de la sociología jurídica en mi país, Colombia, y tal vez en otras partes de América Latina.

---

2 Estos autores usan esa metáfora para enfatizar los contrastes económicos, geográficos, sociales, étnicos, culturales y urbanos extremos que caracterizan a Colombia, así como la heterogeneidad de sus justicias, que no se reducían exclusivamente al aparato judicial estatal.



Explico la metáfora, que uso acá en una forma un poco distinta a la empleada por Santos y García. Como es conocido, un caleidoscopio es un tubo compuesto en general por tres espejos que forman un prisma al final del cual se encuentran unos pedacitos de color de formas múltiples. La magia del caleidoscopio consiste en que, a pesar de que está constituido por pocos elementos, quien lo usa logra, con una muy leve rotación del tubo y según la luz que entre al dispositivo, una gran multiplicidad de imágenes descentradas pero simétricas e interrelacionadas, en general muy bellas. La metáfora del caleidoscopio la uso entonces acá para enfatizar que el activismo judicial y las movilizaciones legales en América Latina en particular, y la tendencia a la judicialización que implican, también se estructuran relativamente a partir de pocos elementos (algunos actores sociales y políticos, un orden normativo, un sistema judicial y una cierta cultura jurídica), pero que en la práctica llevan a resultados e imágenes muy diversos, según la manera como esos elementos se interrelacionan entre sí y se articulan con el contexto social y político, que equivale metafóricamente a la luz que entra en el caleidoscopio. Una leve modificación de los elementos o de su relación con el contexto provoca resultados e imágenes disímiles del activismo judicial, la movilización legal y la judicialización parcial de la vida social y política.

Reconozco que mi metáfora, así como la de Santos y García, tiene un límite obvio: el mágico caleidoscopio, que seguramente todos los lectores alguna vez han usado, casi siempre logra imágenes encantadoras, que nos maravillan. Por ello, etimológicamente su nombre proviene de las palabras griegas *skopein*: observar, *eidos*: imágenes y *kálos*: bellas. Es entonces un dispositivo para observar imágenes cambiantes, pero siempre bellas. En cambio, el caleidoscopio de la judicialización de la política en América Latina es diverso: como lo muestra este libro, no siempre las imágenes resultantes del uso del derecho en la región son bellas y encantadoras: a veces son emocionantes y atractivas, pero en otras ocasiones son aburridas o incluso grotescas.

Una aclaración conceptual antes de continuar con este comentario. Conforme a la conceptualización que desarrollé en

un trabajo previo (Uprimny, 2007),<sup>3</sup> entiendo muy esquemáticamente por judicialización de la política la tendencia a que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces o, al menos, son fuertemente condicionados por decisiones judiciales o referencias a conceptos jurídicos, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales. Es claro, entonces, que esa definición es puramente descriptiva y no valorativa, y supone una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en ciertas sociedades democráticas, en la medida en que el trámite y la decisión de ciertos asuntos es transferido de la esfera política a los ámbitos jurídico y judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere un mayor peso.

Así, la judicialización resulta del efecto combinado y la incidencia recíproca entre una mayor movilización jurídica o legal por parte de la ciudadanía, combinada con un mayor protagonismo y activismo de parte de los jueces y, en especial, de ciertas altas cortes. Por eso, mi visión de la judicialización engloba, sin confundirlos, los conceptos de activismo judicial y movilización legal, que son las dos categorías mayormente usadas por los autores y autoras de este libro, las cuales pueden ser entendidas como las dos caras de una misma moneda, que es la judicialización; o también como la relación –por usar el viejo símil económico– entre la oferta de justicia proveída por el sistema judicial, y la demanda de justicia que presentan ciudadanos y actores sociales y políticos jurídicamente movilizados.

En este comentario comienzo entonces por presentar, en un primer punto, la diversidad de imágenes de la judicialización de la política que surge de varios de los capítulos (sin pretender referenciarlos todos, por cuanto este comentario no es una reseña del libro) y que ilustra la riqueza y pluralidad de los enfoques y temas del texto, pero muestro igualmente su unidad, pues todas esas imágenes hacen parte del mismo caleidoscopio,

---

3 Para conceptualizaciones semejantes, ver el trabajo de Domingo (2006).



que es la intensa movilización legal y activismo judicial en la región, que han llevado a una importante judicialización de la vida política y judicial. A partir de esa conclusión sobre el intenso uso del derecho en la región, los siguientes puntos, que son menos descriptivos y más analíticos y argumentativos, intentan un diálogo con el conjunto de los capítulos de este volumen sobre sus dos temas recurrentes: la posible explicación de esa intensidad del uso del derecho en América Latina y la valoración positiva o negativa de esa judicialización de la política.<sup>4</sup>

### **Diversidad de enfoques y perspectivas sobre un tema común: la intensa judicialización de la vida política y social en América Latina**

Todos los capítulos tratan del uso del derecho en América Latina pero, como ya lo indiqué, analizan aspectos distintos y recurren a metodologías muy diversas. En el fondo son cuatro tipos de análisis: 1) estudios de caso sobre las dinámicas de la judicialización; 2) estudios de caso que evalúan el impacto de esa judicialización; 3) esfuerzos interpretativos más globales de esa dinámica de judicialización y, finalmente, 4) esfuerzos interpretativos globales acerca de su posible impacto.

Por un lado encontramos varios estudios de caso sobre distintas dinámicas del uso del derecho en la región, todos de gran riqueza, pero muy distintos por sus enfoques, casos y conclusiones. Menciono brevemente tres capítulos: Primero, la investigación histórica de María Paula Saffon y Juan González Bertomeu que diseña los distintos factores, tanto institucionales como ideológicos y de juegos de interés, que explican que en México, desde la segunda mitad del siglo XIX y hasta 1910, en especial durante el Porfiriato, la aplicación de las leyes de tierras provenientes de la revolución liberal haya sido muy desigual y en detrimento de los pueblos indígenas. Segundo, el capítulo de Antonio Escrivão Filho, sobre un fenómeno contemporáneo: la

---

4 Para ese diálogo recupero algunas reflexiones que había adelantado en textos previos sobre judicialización, litigio estratégico y activismo judicial. Fuera del texto anteriormente citado sobre judicialización, ver García-Villegas y Uprimny (2002), Uprimny (2007), Uprimny y Newman (2023).

paradójica movilización jurídica del movimiento sin tierra (MST) en el Brasil, que ha invocado el derecho (en especial la ley de tierras) pero no para recurrir a la protección de los tribunales, sino para adelantar vías de hecho: tomas o recuperaciones de tierras argumentando que sus propietarios no habían cumplido con la función social que les impone la ley para, de esa manera, presionar una intervención de la autoridad agraria a fin de que esta redistribuyera esas tierras no explotadas al campesinado. Tercero, el estudio de Alba Ruibal sobre un fenómeno en expansión: el litigio estratégico adelantado por grupos conservadores en Argentina y Colombia, que usan el lenguaje de derechos humanos para oponerse a los avances en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en especial su derecho al aborto. Esta suerte de contramovilización legal se hizo en Colombia desde ciertas instituciones estatales, y en Argentina desde organizaciones de la sociedad civil.

De otra parte, el libro contiene otros estudios de caso, pero que tienen un propósito distinto: no pretenden describir o explicar la judicialización derivada del activismo judicial o de la movilización jurídica ciudadana, sino que buscan evaluar sus posibles impactos. A título ilustrativo destaco dos: el primero es el estudio de Esteban Nader sobre el conocido caso Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina que muestra que esa intervención judicial, intensa y activista, no solo no parece haber desbordado ningún principio constitucional –gracias en parte a la dinámica deliberativa que caracterizó a las audiencias de seguimiento de las órdenes de la sentencia–, sino que también logró impactos significativos positivos. El segundo es el capítulo de Catalina Marino, quien a través de un estudio cuantitativo de una muestra estadística analiza el impacto también positivo de la protección judicial individual del derecho a la vivienda de personas en situación de vulnerabilidad en Buenos Aires.

Al lado de los estudios de caso, el libro incluye igualmente reflexiones e investigaciones que son más teóricas o comparadas y buscan englobar gran parte de la región a fin de ofrecer interpretaciones sistemáticas de diversos aspectos del uso del derecho en nuestros países. Cuatro ejemplos: primero, el capítulo de Ezequiel González-Ocantos y Pablo Valdivieso-Kastner realiza una revisión comprensiva de la literatura académica



sobre los posibles factores institucionales de cambio de la cultura jurídica o de interacción estratégica entre jueces y el contexto político, que puedan explicar el auge del poder judicial en América Latina en las últimas décadas y su posible impacto. Segundo, Gabriel Pereira en cierta forma complementa ese esfuerzo de comprensión del activismo judicial proponiendo un modelo interpretativo del comportamiento judicial, para lo cual utiliza la metáfora de los jueces como equilibristas entre fuerzas opuestas. Aunque Pereira somete a prueba su modelo con un estudio de caso nacional (las sentencias estructurales de la Corte Suprema argentina) considera que es aplicable a la región. Tercero, el artículo de Catalina Smulovitz complementa esas visiones desde la otra orilla, a saber, desde la demanda de justicia. Su capítulo analiza los factores que podrían explicar el incremento de la movilización jurídica (como los cambios de cultura legal o el desarrollo de estructuras de soporte para esas acciones judiciales) así como sus formas (nacionales, locales o internacionales) y sus impactos. Cuarto, Mariela Puga desarrolla una reflexión más teórica, pero fundada en sentencias estructurales en Argentina, a partir de la cual propone una reconceptualización del litigio estructural que dialogue con las discusiones estadounidenses, pero se haga desde la experiencia y los debates latinoamericanos.

Finalmente, el libro incluye también otros dos esfuerzos interpretativos globales, pero esta vez centrados en los impactos del activismo judicial y la movilización legal. Javier Couso, reiterando posiciones que ya había desarrollado en textos anteriores,<sup>5</sup> se muestra no solo escéptico, sino muy crítico del activismo judicial que busca justicia social por cuanto considera que puede terminar por afectar gravemente la independencia judicial, lo cual es hoy particularmente grave por cuanto vivimos una época de erosión democrática. Por su parte, Diana Guzmán y Mariana Camacho presentan una posición matizada de la posible eficacia del activismo judicial en América Latina, para lo cual proponen distinguir entre tres conceptos: el cumplimiento o no de las sentencias; su impacto en la sociedad, tanto a nivel

---

5 Ver, por ejemplo, Javier Couso (2004).



instrumental como simbólico; y sus efectos transformadores, que es la capacidad que tendrían esas decisiones judiciales de modificar o no los conflictos subyacentes al litigio y lograr una garantía efectiva de los derechos de la población que se pretendía beneficiar. A partir de esta tipología, las autoras concluyen que esas decisiones judiciales logran a veces impactos democráticamente positivos y un cierto efecto transformador, pero distan de ser la panacea pues su eficacia es siempre limitada.

Como vemos, los capítulos del libro son muy diversos y no solo se articulan en torno a un mismo problema (el uso del derecho en la región), sino que la anterior reseña es suficiente para llegar a una conclusión empírica, que creo dista de ser irrelevante y justifica ampliamente una obra como la presente: el derecho y su uso son mucho más importantes en América Latina de lo que parece a primera vista, y de lo que plantean ciertas visiones que ven a nuestros países únicamente como un escenario de caudillos estrambóticos, insurrecciones armadas, movilizaciones callejeras intensas, golpes de Estado y criminales desmesurados, en los cuales, por consiguiente, el derecho y los jueces serían bastante irrelevantes y no ameritarían ser estudiados. Los distintos capítulos de este volumen muestran que no es así: en las últimas décadas, debido a la movilización jurídica de múltiples actores sociales y políticos, así como al mayor activismo de los jueces y, en especial, de varias altas cortes, la región ha vivido una judicialización de la vida social y política para nada deleznable. No se trata, claro, de decir ahora que el derecho y las decisiones judiciales son el factor determinante de las dinámicas sociales y políticas en la región, lo cual sería una obvia exageración; se trata tan solo de reconocer la importancia del derecho y del sistema judicial en nuestros países, que comporta la necesidad de comprender y evaluar mejor sus dinámicas.

### **Una perplejidad en busca de explicación: ¿qué podría explicar el intensivo uso del derecho en la relativamente anómica América Latina?**

Desde los procesos de democratización que se iniciaron en los años ochenta en América Latina, con la progresiva caída de las

dictaduras militares del Cono Sur y las negociaciones de paz en América Central, los golpes de Estado o las dictaduras militares se han vuelto una rareza en la región, y la mayor parte de nuestros países han adherido al constitucionalismo democrático, al menos formalmente. La región parecía entrar a un periodo de florecimiento democrático. Sin embargo, a pesar de esos indudables avances, nuestros países se siguen caracterizando por la precariedad del respeto a la legalidad y al Estado de derecho debido, entre otras cosas, a intensos fenómenos de violencia, criminalidad, corrupción y clientelismo, y a la persistencia de una cultura caudillista, que hoy se expresa en el ascenso de populismos autoritarios de derecha y de izquierda. Sigue por ello existiendo, a pesar de la recurrencia de las elecciones, un fuerte incumplimiento de las normas jurídicas tanto por la ciudadanía como por las autoridades.<sup>6</sup> Por ello podríamos decir que América Latina es una región que se caracteriza hoy por esta paradoja: una democracia electoral relativamente vigorosa, pero acompañada de un Estado de derecho muy precario por el débil respeto a la legalidad.

En tal contexto, parece extraño este intenso recurso al derecho en una región donde el derecho parece no ameritar mucho respeto y existen vías electorales abiertas. ¿Será acaso –podría especular algún ingenioso psicoanalista– debido a una especie de mecanismo psicosocial de compensación en virtud del cual los latinoamericanos buscamos enfrentar la angustiante realidad de nuestra anomia y la debilidad de la eficacia regulativa del derecho en la región, a través de una sobrevaloración de la supuesta capacidad transformadora del recurso al derecho? Es posible que haya algo de eso y ese tipo de conjeturas tienen un cierto valor heurístico, pero son difícilmente verificables, por lo que debemos seguir buscando explicaciones un poco más aterrizadas a esta difícil pregunta: ¿cómo explicar la paradoja de que ese uso del derecho sea tan intenso en América Latina,

---

6 Hace algunos años, el colega Mauricio García-Villegas (2010) fue editor de un libro colectivo que enfatizaba esa distancia entre la legalidad y la realidad. Aunque el libro estaba esencialmente referido a Colombia, muchas de sus conclusiones son aplicables a la región.

una región caracterizada por Estados de derecho precarios, donde los jueces parecían ser actores irrelevantes, al menos hasta muy recientemente?

No existe una respuesta fácil a esa pregunta, en especial porque la judicialización en la región ha sido muy diversa y los contextos nacionales han sido distintos. Su intensidad, por ejemplo, ha sido diferente: en algunos países, como Argentina, Colombia o Costa Rica, ha sido fuerte, mientras que en otros, como Chile, Perú o Ecuador ha sido débil, casi inexistente. La forma de la judicialización no ha sido tampoco uniforme. En ciertos casos, como en Colombia, ha sido en gran medida expresión de un activismo de cúpula, obra esencialmente de un tribunal específico: la Corte Constitucional. En cambio, en otros países, como Brasil, ha sido más bien un activismo de base, obra de muchos jueces dispersos. Los factores que la han impulsado no han sido tampoco siempre los mismos. En ciertos casos, la adopción de nuevas constituciones generosas en derechos y en mecanismos judiciales de protección –como en Colombia o Brasil– tuvo un peso decisivo en su impulso, pero en otros campos, como la lucha contra la impunidad por las violaciones de derechos humanos, ciertos actores transnacionales, como las ONG internacionales de derechos humanos o el sistema interamericano de derechos humanos han tenido un impacto considerable.

En esta medida, no creo que sea posible una teoría sistemática de la judicialización en América Latina, incluso de rango intermedio, por esa diversidad de dinámicas nacionales y temporales. Los capítulos de este volumen que han examinado esos esfuerzos de visiones generales comparadas, como el capítulo de González-Ocantos y Valdivieso-Kastner sobre el poder judicial, o el de Catalina Smulovitz sobre movilización legal, confirman esa imposibilidad, pues muestran las limitaciones de esas perspectivas.

A pesar de lo anterior, considero que este libro, junto con otros textos muy citados en los distintos capítulos,<sup>7</sup> permiten

---

7 Pienso en particular en los siguiente libros: Sieder *et al.* (2007), Helmke y Ríos Figueroa (2011), Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco (2015).

proponer un marco conceptual básico que señale los conceptos y las tendencias que permitan discutir ese auge del activismo judicial y de la movilización jurídica en la región. Eso es lo que intento hacer en los siguientes párrafos, porque creo que ese esfuerzo es útil: debemos seguir adelantando estudios de caso densos y ricos, como los desarrollados en este libro, pero tenemos igualmente que intentar interpretaciones más globales y comparadas, como las adelantadas igualmente en algunos capítulos de esta obra.

Ese marco conceptual debería brindar herramientas y categorías para disecar los factores que alimentan u obstruyen tanto el activismo judicial como la movilización legal de la ciudadanía; igualmente, debería permitir mirar la obvia interrelación entre ambos procesos, que está en la base de la mayor o menor judicialización en distintos momentos y países. En estos párrafos, por restricciones de espacio y de competencia, me centro en la discusión del activismo judicial. Mis consideraciones sobre la movilización legal de la ciudadanía es escueta, no porque la considere menos importante, sino porque el activismo es la faceta más estudiada en los capítulos de este texto, y también la que yo he abordado más sistemáticamente en trabajos previos.

A partir de la reflexión de varios autores de este libro, creo que es posible construir un marco conceptual que distinga y relacione al menos cuatro dimensiones y dinámicas del activismo judicial: 1) los factores que permiten que los jueces puedan ser más activistas o tengan competencia para actuar más vigorosamente; 2) los factores que los llevan a querer actuar en esa forma, esto es, que generan su predisposición a ser activistas; 3) las estrategias y formas concretas que asume ese activismo, dados determinados contextos políticos; y 4) finalmente, las categorías jurídicas y las innovaciones procesales que los jueces y ciudadanos han desarrollado para avanzar en ese activismo.

El libro brinda enormes pistas para elaborar estas categorías y lógicas: por ejemplo, el capítulo comparado de González-Ocantos y Valdivieso-Kastner, así como varios estudios de caso, sugieren que en los años noventa se presentaron dos cambios fundamentales institucionales en América Latina, que alimentaron las posibilidades de activismo judicial en varios países y que resultan de un paradójico encuentro entre las

propuestas derivadas del Consenso de Washington, asociado a la globalización neoliberal, y las apuestas de los movimientos progresistas por lograr una mayor protección judicial de los derechos humanos.

Ese encuentro provocó un movimiento doble en varios países: de un lado, el fortalecimiento de la independencia judicial, tanto a nivel jurídico como práctico, que era visto como necesario para proteger la propiedad y los contratos, claves para un mayor crecimiento económico, conforme al Consenso de Washington; ese robustecimiento de la independencia judicial era igualmente reclamado por los movimientos de derechos humanos que consideraban esencial una mayor protección judicial de los derechos. Así, en casi todos los países fueron creados consejos de la judicatura y fortalecidas las competencias y garantías de independencia de los jueces. De otro lado, los movimientos sociales y de derechos humanos promovieron y lograron la adopción, en varios países de la región, de reformas constitucionales o nuevas constituciones que no solo ampliaban el catálogo de derechos constitucionales, incluyendo en particular los derechos sociales y colectivos, sino que, además, los vinculaban al derecho internacional y establecían mecanismos robustos de justicia constitucional para protegerlos. Esto conducirá entonces a un neoconstitucionalismo fuertemente basado en el derecho internacional de los derechos humanos, que es un rasgo característico de la evolución constitucional de América Latina en las últimas décadas, al menos en ciertos países.<sup>8</sup>

Estos dos factores explican una mayor posibilidad y una mayor predisposición de los jueces al activismo judicial, por cuanto son más independientes, tienen mejores recursos y cuentan con una amplia carta de derechos humanos, que no solo da sustento jurídico para intervenciones judiciales vigorosas, sino que incluso parecía exigirlos. Sin embargo, esa explicación a partir de las reformas jurídicas e institucionales, obviamente relevante, no es suficiente, pues países que tuvieron transformaciones institucionales semejantes, como Colombia, Ecuador o Bolivia, presentaron dinámicas de judicialización diversas:

---

8 Abordé esas transformaciones en Uprimny (2011).



muy fuerte en Colombia y relativamente débil en los otros dos países. En cambio, Costa Rica, cuya reforma constitucional en este aspecto fue formalmente menos ambiciosa, ha tenido una justicia constitucional particularmente activista.

Otros factores más políticos, culturales y de contexto han jugado igualmente un papel clave y podrían explicar ese desarrollo diferencial. Destaco tres, que están presentes en varios capítulos.

Primero, América Latina ha experimentado un cierto cambio en la cultura jurídica, que ha tendido a transformar la visión del rol de los jueces. En términos esquemáticos, antes de los años noventa predominaba una visión más legalista y formalista, en que la ley era la fuente esencial del derecho y el papel del juez consistía en aplicar técnicamente las normas legales, lo cual limitaba las posibilidades de activismo judicial. Con la incorporación de amplias cartas de derechos en las constituciones, y el desarrollo de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, en especial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los jueces empezaron a ser vistos (y ellos mismos empezaron a representarse en esa forma) como garantes de los derechos fundamentales, tanto de los previstos expresamente en las constituciones como de los establecidos en los tratados de derechos humanos. Esa nueva cultura jurídica neoconstitucional, vinculada al derecho internacional de los derechos humanos, tiene entonces una relación de doble vía con el activismo judicial puesto que lo alimenta, pero es también consecuencia de dicho activismo.

Esta evolución de la cultura jurídica, que es al mismo tiempo un factor y una consecuencia del activismo judicial, ayuda igualmente a comprender diferencias nacionales por cuanto en ciertos países, como Colombia, esa mutación de la cultura jurídica fue rápida y profunda, por la labor de la Corte Constitucional y el gran respaldo ciudadano y académico que recibió ese tribunal. Por el contrario, en países como Chile, ese cambio cultural ha sido más débil.

Segundo, un factor que resulta decisivo para explicar diferencias nacionales es el grado efectivo de independencia judicial y de respeto por las decisiones judiciales, que depende en gran parte no solo de las normas constitucionales y de diseños

institucionales, sino de una cierta cultura política nacional. La razón parece clara: a mayor protección real de la independencia judicial, mayor posibilidad de que las cortes puedan atreverse a tomar decisiones desfavorables al ejecutivo o al Congreso.

El capítulo de Andrea Castagnola muestra, con un modelo econométrico, que en Argentina muchos nuevos gobiernos han logrado, por diversos mecanismos, incluido el juicio político, que los integrantes de la Corte Suprema que les son desfavorables salgan de sus cargos. Como colombiano, este artículo me resultó fascinante porque en mi país esa posibilidad es inaudita. Podemos contar con los dedos de una mano los magistrados de altas cortes que en Colombia han sido removidos por juicio político ante el Congreso, o que han sido forzados a renunciar por presión gubernamental o por decisiones controvertidas. Esto deriva de una vieja tradición legalista colombiana, no tan fácil de explicar y que algunos remontan a la influencia de Francisco de Paula Santander en la formación de Colombia en el siglo XIX, que hace muy poco probable que un presidente, incluso uno muy autoritario como Álvaro Uribe, haya pensado en remover jueces de las altas cortes porque sus decisiones le eran desfavorables. Uribe atacó públicamente a los integrantes de la Corte Suprema e incluso los espió ilegalmente, pero jamás existió la posibilidad de que pudiera removerlos por un juicio en el Congreso. Y por eso terminó por aceptar que la Corte Constitucional le bloqueara una segunda reelección, a pesar de su inmensa popularidad.

Un punto interesante es que, en el papel, un magistrado de la Corte Suprema argentina tiene más independencia que su colega de Colombia, pues el primero goza de un cargo vitalicio, mientras que el segundo tiene un periodo de ocho años y ninguno de los dos puede ser removido ante el Congreso sino por *impeachment*. Sin embargo, en la realidad, por esa diferente cultura política, la independencia del magistrado colombiano parece más robusta y por eso su posibilidad de activismo judicial parece igualmente mayor, por cuanto no teme que pueda ser removido de su cargo por la decisión que tome. Puede temer otras cosas terribles, como atentados de organizaciones criminales, pero muy pocos magistrados están realmente preocupados por un juicio político ante el Congreso.



Finalmente, un tercer elemento que ha alimentado el activismo judicial ha sido un cierto desencanto frente a la política debido a la crisis de representación, que ha llevado a ciertos sectores a exigir del poder judicial respuestas a problemas que anteriormente eran debatidos y solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas. La apertura de algunos sectores de la judicatura a la defensa de los derechos humanos, por esos cambios culturales y esas modificaciones institucionales mencionadas en los párrafos precedentes, ha hecho que el aparato judicial, que no tiene origen popular, sea a veces percibido por la ciudadanía como más cercano y democrático que el Congreso o el ejecutivo, ya que frente a ciertos conflictos resulta más fácil acceder al sistema judicial, en la medida en que no son necesarios intermediarios políticos. Ese interés ciudadano en judicializar ciertos conflictos se ha visto a veces acompañado por un interés de ciertos actores en despolitizar y transferir a las cortes la decisión de ciertos temas sensibles. Todo esto, como lo explica el capítulo de Smulovitz, genera estructuras de oportunidad para que ciertos actores sociales y políticos acudan a los jueces en defensa de sus valores e intereses, lo cual alimenta la movilización jurídica, que consiste en que la ciudadanía y ciertos actores sociales y políticos recurran crecientemente a los jueces, en vez de usar instrumentos más clásicos de acción política, como las protestas callejeras, las huelgas o el *lobby* ante el ejecutivo y el legislativo.

Ahora bien, el desencanto con la política no ha sido igual en todos los países, lo cual explica que el grado de judicialización de la política sea mayor o menor. En algunos países, como Colombia (y excusen las permanentes referencias a mi país pero no solo es el que más conozco, sino además, creo yo, es el que ha vivido la judicialización más intensa en la región), ese desencanto de la política ha sido mayor, entre otras cosas por la persistencia del conflicto armado, por lo cual muchos grupos sociales han preferido el empleo de las argucias jurídicas, en vez de recurrir a la movilización social y política, que tiene enormes riesgos y costos en Colombia. En cambio, en otros países, como Ecuador o Bolivia, esa movilización social y política ha sido mayor, lo cual podría explicar una menor judicialización.



Termino con unas breves referencias a los otros dos componentes del marco conceptual que propongo: las estrategias de los jueces y las innovaciones jurídicas que ha asumido ese activismo.

A nivel de las estrategias, es muy sugestiva la metáfora de Pereira del juez activista como un funambulista en la cuerda floja que busca mantener el equilibrio entre dos fuerzas opuestas: una que lo lleva a ser asertivo frente a los poderes políticos para incrementar su legitimidad, y otra que lo impulsa a ser deferente y prudente para evitar reacciones negativas del gobierno. En este ejercicio de equilibrio, las cortes deben tomar en cuenta tanto los apoyos que puedan tener en la opinión pública como el margen de tolerancia que el poder político tendría frente a una sentencia adversa. La discrecionalidad que tienen los jueces para tomar distintas opciones en un caso difícil debido a los distintos tipos de herramientas que poseen (por ejemplo, recurrir a una orden cerrada imperativa al gobierno o, por el contrario, a una indicación más abierta) representa la barra de equilibrio con la que las cortes navegan esas tensiones.

Esta metáfora de Pereira ayuda igualmente a explicar la necesidad de innovaciones conceptuales, procesales e incluso rituales que han sido desarrolladas por los jueces activistas y equilibristas, algunas de las cuales son presentadas en algunos capítulos del libro. Así, el capítulo de Leticia Barrera, con una novedosa perspectiva metodológica para comprender la actividad judicial, que es la etnografía, describe y estudia la primera audiencia del mencionado caso Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina, y muestra cómo los jueces desarrollan no solo argumentos jurídicos, sino también rituales a fin construir una nueva legitimidad para ese tribunal en esa fase más activista. Por su parte, el capítulo de Karina Ansolabehere, Sandra Serrano y Jesús Espinal, aborda el papel del precedente que, a pesar de que nuestros países sean formalmente de la familia del derecho legislado, ha adquirido gran preponderancia en la región y está indudablemente vinculado al auge del activismo judicial. Las autoras examinan los posibles factores que hacen que unos precedentes sean más influyentes que otros, a pesar de tener formalmente una misma autoridad. El capítulo de Alexandra Huneeus y Pablo Rueda Sáiz aborda una innovación



conceptual asociada a formas particulares de activismo en el marco de la justicia transicional: el reconocimiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) –nacida del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y las FARC– del territorio como víctima del conflicto armado como una forma que ha tenido la JEP de reconocer y valorar la cosmovisión de los pueblos indígenas. Finalmente, varios capítulos, ya sea en estudios de caso, como en el análisis del caso Matanza-Riahuelo, o en estudios comparados, como el de Guzmán y Camacho, enfatizan que una de las grandes innovaciones del activismo judicial latinoamericano ha sido el uso de instrumentos dialógicos en el seguimiento de las órdenes de las sentencias estructurales.

### **Breve digresión sobre las potencialidades y riesgos del activismo judicial y la judicialización**

Los anteriores factores y dinámicas ayudan a explicar la mayor o menor intensidad de la judicialización de la política en los distintos países de América Latina y las diversas formas y estrategias que ha asumido el activismo judicial y la movilización legal de la ciudadanía. Unas breves reflexiones acerca de los impactos y efectos de esa judicialización, tanto sobre el goce de los derechos por las poblaciones más discriminadas como sobre la democracia y el propio Estado de derecho, permiten completar las imágenes del caleidoscopio del uso del derecho en la región.

La mayor parte de los capítulos que analizan impactos en este libro se centran, sobre todo, en la pregunta acerca de la eficacia o no de esas intervenciones judiciales, especialmente en las sentencias estructurales, a fin de analizar hasta qué punto, usando la distinción propuesta por Guzmán y Camacho, las órdenes judiciales son cumplidas o no, cuáles son sus impactos materiales y simbólicos más allá del caso concreto, y en qué medida estas decisiones han tenido efectos transformadores sobre los derechos y en beneficio de las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Esta discusión es importantísima pues tiene que ver con las potencialidades democráticas de esos usos del derecho, y creo que este libro aporta muchos elementos, mostrando en casos

concretos los efectos transformadores positivos de muchas de esas intervenciones judiciales. Por ejemplo, como ya lo reseñé, el estudio de Nader documentó los impactos positivos de la sentencia Matanza-Riachuelo de la Corte Suprema argentina sobre el problema enfrentado, que era la contaminación de esa cuenca, la cual afectaba la salud de miles de habitantes ya que la decisión judicial desbloqueó la inercia institucional, a través de la creación de una institución interjurisdiccional (Acumar) encargada del saneamiento de la cuenca. Pero eso no es todo; según Nader, esa sentencia nacional tuvo un “efecto irradiador” sobre otros casos subnacionales pues les confirió mayor dinámica. Igualmente, como lo mencioné, otro capítulo que documenta impactos positivos de esas intervenciones judiciales es el estudio de Marino sobre la protección del derecho a la vivienda en Buenos Aires, pues mostró que, con el apoyo de la defensa pública, personas en situación de vulnerabilidad lograron obtener los subsidios que les habían sido negados en sede administrativa. La autora muestra además que, en este caso, dada la homogeneidad de los litigantes y el apoyo de la defensoría pública, este litigio masivo individual no tuvo los efectos socialmente regresivos que algunos autores han constatado en la protección individual masiva de otros derechos sociales, como la salud. Un tercer estudio que muestra esas potencialidades del activismo judicial a favor de poblaciones discriminadas es el capítulo de Sandra Botero y Juliana Jaramillo acerca del impacto de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que protegieron los derechos de la población trans e intersex. Este estudio es complementario al de Marino, pues no se centra tanto en los beneficios individuales, sino en los impactos más colectivos y generales de esas decisiones, tanto a nivel jurídico como político y social. Las autoras destacan que un factor esencial que explica que esas decisiones hayan tenido efectos reales y positivos ha sido el activo papel que han tenido organizaciones de esas poblaciones y de otras instituciones, como ONG o universidades, en la implementación de las sentencias.

Estos capítulos no solo muestran impactos transformadores positivos de ciertas formas de activismo judicial, sino que permiten detectar factores que potencian dichos impactos, como



la homogeneidad de las poblaciones beneficiadas en el caso de la protección individual masiva de derechos, o la existencia de actores sociales y organizaciones de la sociedad civil capaces de dinamizar la implementación de las decisiones judiciales más estructurales.

Frente a esas visiones si se quiere positivas sobre el activismo judicial y la protección judicial de los derechos sociales, encontramos el capítulo de Couso que, como ya lo señalamos, no solo es escéptico, sino muy crítico, del activismo judicial de las cortes, en especial de aquel que busca combatir desigualdades y avanzar en la justicia social a través de la protección judicial de los derechos sociales. Para sustentar su tesis, Couso recurre a la tipología evolutiva de Nonet y Selznick según la cual, el derecho atraviesa tres etapas: un derecho represivo, en el que este se encuentra subordinado a la política y a la represión estatal; un derecho autónomo, asociado al formalismo, al legalismo y a la independencia judicial; y un derecho empático, en que los jueces buscan la justicia material con interpretaciones finalistas. El problema de América Latina es que estaríamos intentando, a través del activismo de las cortes, alcanzar un derecho empático sin haber antes realmente consolidado la independencia judicial y un derecho autónomo. Según Couso, el riesgo es que esa tentativa termine en una grave afectación de la independencia judicial y del Estado de derecho, un riesgo que se acrecienta por cuanto vivimos en una época de erosión democrática.

Mi visión frente a las potencialidades y los riesgos del activismo judicial y la movilización legal, reseñados en esas posiciones diversas, está un poco en la mitad y corresponde a la posición que he mantenido hasta hoy, desde que comencé a escribir sobre este tema junto con Mauricio García hace más de 20 años, cuando evaluamos el potencial emancipador de las sentencias progresistas de la Corte Constitucional. Obviamente es una postura que ha experimentado ajustes y matices a partir de las nuevas evidencias empíricas y de las discusiones teóricas ulteriores, pero que en esencia es la misma: valoro positivamente el litigio estratégico y ciertas formas de intervención judicial vigorosa a favor de la justicia social y los derechos sociales de las poblaciones vulnerables, pero no mítico ni el

litigio estratégico ni a los jueces como paladines de la justicia por cuanto no solo reconozco los límites de esas formas de judicialización, sino también sus riesgos. Por eso termino este comentario recordando las virtudes del uso del derecho para la búsqueda de la justicia social, pero recordando igualmente sus límites y riesgos, para lo cual retomo apartes literales de textos precedentes por cuanto los considero aún apropiados.<sup>9</sup>

La judicialización parcial de la vida política tiene sin lugar a dudas virtudes. En particular, permite evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías, en contra de minorías estigmatizadas o de individuos. En esa medida, el lenguaje de los derechos ocupa un lugar importante en las democracias contemporáneas, al punto de que el reconocimiento y la protección judicial de esos derechos, a pesar de ser realizadas por órganos contramayoritarios, como lo son los jueces y los tribunales constitucionales, deben ser vistos no como limitaciones a la democracia, sino como garantías a las precondiciones de la misma.

La democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción puede conducir a una anulación de la propia democracia ya que una mayoría ocasional, aupada por un líder populista, podría tratar de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay pues aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático, por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, ya que representan el presupuesto de funcionamiento del principio de mayoría. Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, estos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático, y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas normas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que

---

9 Los siguientes párrafos son tomados casi literalmente de Uprimny (2007).



exista un guardián que las haga cumplir, que es función de los jueces constitucionales.

La anterior justificación de una cierta judicialización de la política se vincula además a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Muchos de esos derechos son, en primer término, presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantizan la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es, pues, un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones materiales mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos, lo cual justifica el reconocimiento y la protección de los derechos sociales. Los derechos fundamentales representan entonces esos bienes que se consideran que son indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales mal podríamos hablar de gobierno democrático. En tal contexto, si los derechos fundamentales son, y perdonen la redundancia, fundamentales para la democracia, entonces es obvio que al asegurar su realización, los jueces cumplen una función democrática esencial.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli (1985), aunque los jueces y los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático.

De otro lado, una cierta judicialización también parece ineludible cuando se producen bloqueos en el propio sistema político. En tales contextos, las intervenciones de la rama judicial –como un actor parcialmente externo al sistema político– pueden

desencadenar procesos de transformación que tal vez hubieran sido imposibles desde dentro del sistema político. En tal sentido, la judicialización no es en sí misma perjudicial, pues puede ser un catalizador que permita una renovación democrática de la política.

En tercer término, una cierta judicialización de la política, en especial aquella ligada a la lucha por los derechos, puede también operar, por paradójico que suene, como un mecanismo de movilización social y política, en la medida en que permite empoderar a ciertos grupos sociales discriminados y les facilita una mayor presencia en la vida pública.

Sin embargo, los riesgos de una judicialización excesiva de la vida política son también claros y pueden afectar la consolidación de nuestras precarias democracias.

De un lado, ella puede comportar una sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden totalmente. Así, la transferencia de la resolución de demasiados problemas a los jueces puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos. Y eso deriva no solo de la cantidad de problemas que empieza a resolver el sistema judicial, sino también al tipo de asuntos, por cuanto frente a determinados conflictos, la arena judicial puede no ser la más apropiada.

De otro lado, la judicialización de los conflictos políticos tiende casi inevitablemente a politizar, en el mal sentido del término, los conflictos judiciales, pues los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de actores políticos, lo cual desestabiliza en forma profunda el rol del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas de juego democráticas. El derecho deja de ser la regla general que toda la comunidad reconoce, pues el sentido de las normas se considera manipulable según los intereses. La opinión empieza entonces a desconfiar de toda decisión judicial, con lo cual se compromete la legitimidad misma de la administración de justicia.

Finalmente, si bien la judicialización se explica en parte por la debilidad de los movimientos sociales y podría favorecer una nueva política democrática, lo cierto es que también tiende a



acentuar la apatía ciudadana, pues la mayoría de los colombianos no se han sentido interpelados por la crisis, que ven como un conflicto entre actores que les son extraños. La población no parece interesada en incidir en estos procesos, sino que simplemente es espectadora de los mismos. A su vez, muchos de quienes participan tienden a utilizar las argucias judiciales en vez de buscar la formación de consensos democráticos, con lo cual fortalecen la impresión de que la solución de los fenómenos de corrupción y de los problemas políticos que le están asociados no depende de la participación democrática, sino de la actividad de jueces y fiscales providenciales. Esto es grave pues implica no solo una acentuación de la desmovilización ciudadana, sino incluso la puesta en cuestión de los propios principios democráticos, ya que es a los funcionarios judiciales –no electos– a quienes correspondería defender las eventuales virtudes de la democracia. En efecto, si los funcionarios de origen popular son por regla general corruptos, y los jueces no electos son quienes restauran la moral, entonces podría plantearse para qué sirven la democracia y las elecciones. Los riesgos de salidas autoritarias y antidemocráticas son entonces importantes, pues cada vez más la sociedad comenzaría a confiar en hombres providenciales para la restauración de la virtud.

Este examen lleva entonces a una conclusión que, no por obvia, es importante: la judicialización tiene potencialidades, pero igualmente riesgos. Las advertencias y cautelas formuladas por críticos del activismo judicial a favor de la justicia social deben ser tomadas seriamente. Las imágenes del caleidoscopio de ese uso intenso del derecho pueden ser muy esperanzadoras, cuando uno piensa en la Corte Suprema argentina en el caso Matanza-Riachuelo, o en la Corte Constitucional de Colombia amparando los derechos de la población LGBT; pero esas imágenes pueden también ser atroces, para lo cual basta pensar en los activismos judiciales de tribunales cooptados por líderes autoritarios, como las sentencias “audaces” del Tribunal Constitucional de Bolivia permitiendo la tercera reelección de Evo Morales, o las de la Sala Constitucional de El Salvador autorizando la reelección de Bukele, en ambos casos contra lo expresamente establecido en el texto constitucional.



De esta manera, el desafío es potenciar las posibilidades democráticas de esos usos del derecho y minimizar sus efectos perversos lo cual, desde el punto de vista académico, debería llevarnos a tratar de investigar más específicamente cuáles son las judicializaciones democratizantes y cuáles, por el contrario, son democráticamente riesgosas. Esto plantea una pregunta fundamental, que debería guiar estudios interdisciplinarios futuros: ¿cómo relacionar estos estudios empíricos y sociológicos sobre la judicialización de la política en la región con los debates más normativos en filosofía política y teoría constitucional acerca de las particularidades del Estado de derecho y del constitucionalismo en América Latina?

627

Caleidoscopio de los usos del derecho y de la judicialización de la política en América Latina

## Referencias

- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, 24(2).
- Domingo, P. (2006). Judicialization of politics: The changing political role of the judiciary in Mexico. En R. Sieder, R. Schjolden y A. Angell (Eds.), *The judicialisation of politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.
- Ferrajoli, L. (1985). *Razón y derecho*. Trotta.
- García-Villegas, M. (Ed.) (2010). *Normas de papel: la cultura del incumplimiento*. Siglo del Hombre Editores.
- García-Villegas, M. y Uprimny, R. (2002). Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. En B. Santos de Sousa (Org.), *Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa*. Editora Civilização Brasileira.
- Helmke, G. y Ríos Figueroa, J. (Eds.) (2011). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.
- Newman, V. (2023). *La lucha por el derecho y los derechos: Dejusticia y sus más de quince años de trabajo por la justicia socioambiental y el Estado de derecho*. Dejusticia.
- Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez-Franco, D. (2015). *Radical deprivation on trial: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in the global South*. Cambridge University Press.



Santos de Sousa, B. y García-Villegas, M. (Eds.) (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*. Siglo del Hombre.

Sieder, R., Schjolden, R. y Angell, A. (Eds.) (2007). *The judicialisation of politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.

Uprimny, R. (2007a). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, 4(6).

Uprimny, R. (2007b). La justice au cœur du politique: Potentialités et risques d'une judiciarisation en Colombie. En J. Commaille y M. Kaluszynski (Eds.), *La fonction politique de la justice*. La Découverte.

Uprimny, R. (2011). The recent transformation of constitutional law in Latin America: Trends and challenges. *Texas Law Review*, 89(7).

Las publicaciones de esta colección presentan hallazgos, argumentos y propuestas basadas en investigaciones adelantadas por los miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Los libros buscan ofrecer elementos de juicio útiles para los debates académicos y ciudadanos sobre temas de relevancia pública.

---

**El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer impulsa el diálogo y fortalece, de manera sostenible, la democracia, el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho en América Latina, buscando consolidar un ordenamiento jurídico eficaz y alineado con los principios fundamentales de la democracia.**

**Además, sus proyectos y actividades se estructuran en seis líneas de trabajo: derecho constitucional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pluralismo jurídico, derecho penal, mujeres y género, y empresas y derechos humanos.**

# El uso del derecho como herramienta de transformación en América Latina

Este libro ofrece una discusión interdisciplinaria sobre uno de los fenómenos más destacados de las democracias latinoamericanas de los últimos años: el uso del derecho, y especialmente del litigio, como herramienta de transformación social y política. Mucho se ha escrito sobre este fenómeno –conocido también como judicialización de la política– en el mundo académico anglosajón; sin embargo, en la región latinoamericana, los trabajos multidisciplinarios y comparativos sobre el mismo son escasos. Este volumen intenta subsanar este vacío incorporando no solo estas perspectivas al análisis del fenómeno, sino también la mirada de investigadores jóvenes y de otros más experimentados, así como la de autores provenientes de distintos países de la región.

Por otro lado, este volumen busca ser un punto de encuentro entre dos miradas sobre la judicialización de la política. El análisis de este fenómeno ha sido abordado de forma fragmentada en la región por la academia jurídica que ha buscado delinear los contornos conceptuales y procesales del fenómeno, y por sociólogos y politólogos que explicaron cómo el fenómeno jurídico interactúa con el entramado social, político y cultural en el cual se inscribe. Para ese fin, este libro incluye un conjunto de trabajos orientados a analizar y dimensionar los avances, retrocesos e innovaciones dogmáticas e institucionales que se han registrado en el derecho latinoamericano, así como la relación de los mismos con la expansión y el uso que adquirió el derecho como herramienta para la acción.

El trabajo de esta obra colectiva ha sido guiado por interrogantes tales como: ¿Qué factores determinan que algunos grupos sociales utilicen, o no, la estrategia del litigio para llevar adelante sus reclamos colectivos en situaciones particulares? ¿Qué dinámicas de los contextos políticos doméstico y regional determinan la extensión del activismo de jueces en casos específicos? O ¿cuáles han sido las consecuencias específicas y particulares de algunos de estos procesos?

ISBN: 978-628-7764-12-5



9 786287 776412 5