Resumen

Condenado en sus orígenes a servir como "boca de la ley", el poder judicial al interior de la tradición continental ha venido reclamando espacios de participación cada vez mas relevantes a nivel político, social y económico; cobrando un protagonismo que permite pensar, que sí el siglo XIX fue el sigo de los parlamentos, el siglo XX el de los presidencialismos, el siglo XXI será el siglo del poder judicial. El presente trabajo expone esta evolución, haciendo énfasis en las condiciones políticas y económicas que han posibilitado este desarrollo hacia lo que se ha dado en denominar: la Revolución Judicial o el Gobierno de lo Jueces.

Palabras clave

Poder Judicial, Estado Moderno, Ley, Modelo económico, Constitución, Justicia Distributiva.

Abstract

Sentenced originally to serve as "mouth of the law," the judiciary within the continental tradition has been calling for participation spaces increasingly relevant to political, social and economic development; taking a leadership that suggests, yes the nineteenth century was still parliaments, the twentieth century of presidential systems, the twenty-first century be the century of the judiciary. The present study describes these developments with emphasis on political and economic conditions that have enabled this development to what is now called: Judicial Revolution or the Government of Judges.
Key words

Judiciary, Modern State, Law, Economic Model, Constitution, Distributive Justice.

Aproximación a los orígenes de la "Revolución Judicial": justicia, mercado y poder judicial al interior del Estado moderno*

Approach to the origins of the "judicial revolution": justice, market and power into the modern State

(Recibido: julio 27 de 2010. Aprobado: septiembre 6 de 2010)

Daniel E. Florez Muñoz**

Introducción

El presente trabajo pretende una aproximación histórica tomando como referente la evolución económica del Estado Nación, de desarrollo de las competencias del poder judicial al interior del Estado Moderno, el cual es entendido por la filosofía política de la ilustración como la forma de organización racional del hombre en sociedad, en ese sentido, la primera parte del trabajo, se ocupará de caracterizar el periodo de la historia denominado Modernidad, explicando la forma en que solo al interior de este tiempo, con las promesas y valores que promovió fue posible pensar el Estado de Derecho y la Democracia, haciendo énfasis en el rol que el juez ocupaba en este modelo clásico, para luego, conforme se desarrollen las dinámicas económicas y políticas del siglo

* El presente artículo constituye la primera parte del Marco Teórico de la investigación intitulada "Poder Judicial, ciudadanía y Democracia Constitucional" adscrita al Grupo de Investigación de "Filosofía del Derecho, Derecho internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos". En la cual el autor se desempeña como investigador principal y cuya finalización se encuentra proyectada en el mes de Enero del 2011. En la elaboración del presente artículo debo agradecer la disposición al diálogo por parte de mi maestro Yezid Carrillo de la Rosa, igualmente a los miembros del Grupo de Investigación con quienes discutí las principales tesis del presente trabajo. Finalmente debo agradecer a Laura Quintero Carbonell, por siempre haber estado ahí.

** Daniel E. Florez Muñoz. Estudiante de Derecho, Universidad de Cartagena. Coordinador del Grupo de Investigación "Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos". Clasificado en B por Colciencias y liderado por el doctor Yezid Carrillo de la Rosa. Ha sido ponente en diversos Congresos nacionales e internacionales en materias de Derecho Constitucional, Filosofía Política y Filosofía del Derecho. Tiene publicaciones en revistas indexadas nacionales e internacionales en las materias referidas. Correo: daniel.florez@hotmail.es

XX, al interior de la permanente evolución de las distintas formas que desde la economía ha adoptado el Estado Moderno (Estado Liberal, Intervencionista y Neoliberal), reclame un rol mucho mas protagónico al interior del orden político y social, como causa de este protagonismo judicial, se encuentra la judicialización de la política, la garantía judicial de la justicia distributiva así como con las denominadas crisis de representatividad política (crisis de legitimidad parlamentaria).

Para realizar este análisis histórico, tomaremos como principales referencias la obra de sociología del derecho del profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, la teoría económica moderna y los análisis de la justicia realizados por el investigador colombiano Mauricio García Villegas (2004).

En qué consiste la Modernidad

En "*El Discurso Filosófico de la Modernidad*", Jurgen Habermas (1993) explica los requisitos históricos que dieron como resultado la configuración de la *Neue Zeit* o Época Moderna, entendiéndola desde quien fue su más grande exponente, es decir, quien no solo la vivió sino que además la *elevo al concepto* mismo; para Hegel - nos comenta Habermas - el "*Espíritu de la Época*" propio de este tiempo "*caracteriza a la actualidad como un momento de tránsito que se consume en la conciencia de la aceleración del presente y en la expectativa de la heterogeneidad del futuro: «No es difícil ver», dice Hegel en el prefacio a la Fenomenología del Espíritu,*

> *«que nuestro tiempo es un tiempo de nacimiento y de tránsito a un nuevo período. El espíritu ha roto con el mundo de su existencia y mundo de ideas vigentes hasta aquí y está en trance de hundirlo en el pasado y anda entregado al trabajo de su transformación... La frivolidad y aburrimiento que desgarran lo existente, la añoranza indeterminada de algo desconocido, son los mensajeros de que algo nuevo se aproxima. Este gradual desmoronamiento... queda interrumpido por un orto que cual relámpago pinta de un golpe la imagen de un nuevo mundo»*" (Habermas, 1993: 16).

Este nuevo mundo se edifica sobre un pilar o principio fundamental: *La Subjetividad Humana,* el cual entraría a caracterizar la nueva época como un tiempo propenso a la crisis, un tiempo en el cual "*todo lo solidó se desvanece en el aire",* pero también como un mundo construido alrededor de la arrogancia de su superioridad frente al pasado, por lo tanto categorías como *destino* y *naturaleza humana*, carecerían de sentido en los *temps modernes* en virtud que el individuo es el dueño y señor de su historia, el encargado de poner un orden racional a la vida humana y para tal propósito nada lo ata al pasado ni mucho menos al

futuro, el cual debe ser entendido, como el resultado de su accionar en el presente, mas nunca, de aquí en adelante, como un plan prefabricado dado con antelación al cual es ineludible escapar.

Dicho principio de subjetividad, que ejemplificara Kant con tal sutileza que haría de la *Critica de la Razón Pura* – junto con la *Metafísica* de Aristóteles el libro más importante del pensamiento occidental – un tratado en el cual este nuevo espíritu moderno, irrumpe en la ciencia y la filosofía, con una característica auto constatación y sobre todo una lapidaria vocación critica en la cual según lo expresa el *filosofo de Königsberg*, desde las primeras páginas de tan vasta e importante obra,

> "*nuestra época es la propia de la crítica a la cual todo debe someterse. En vano pretenderán escapar de ella la religión por su santidad y la legislación por su majestuosidad que excitarán entonces motivadas sospechas y no podrán exigir el sincero respeto que sólo considera la razón a lo que puede soportar su examen público y libre*" (Kant, 2006).

La subjetividad, como pilar fundante de la modernidad, solo fue posible gracias a la confluencia de tres acontecimientos que permitieron la gestación del Individuo Moderno, *La revolución Francesa, La Reforma Protestante y La Ilustración* (Habermas, 1993: 29). Cada uno de estos hechos contribuyo de forma decisiva en la formación de lo que hoy se conoce como sujeto moderno, es decir, como aquel sujeto con el "*invaluable conocimiento de su propia identidad*."

Vemos como con Kant, este Individuo hijo de la Nueva Época, reclama la *crítica* como su derecho mas legitimo, y desconoce o desconfía de todo aquello que no se mantendrá en pie frente al juicio que el tribunal de la razón le hiciera de forma pública y libre; de igual forma, con Hegel, dicho Individuo adquiere una *conciencia histórica* que lo motiva a mirar al pasado y construir desde sí mismo su futuro, atreverse a cuestionar su historia hasta el punto de encontrar su lugar en la misma. Comenta al respecto el Maestro Rubén Jaramillo Vélez, que "*la subjetividad aparece como el principio de la modernidad y Hegel lo determina en los siguientes términos: "El principio del mundo reciente es en general la libertad de la subjetividad, el que pueda desarrollarse, el que reconozca su derecho a todos los aspectos esenciales que están presentes en la totalidad espiritual".* (Jaramillo, 2007)

Toda esta renovación del pensamiento que daría como origen un nuevo mundo, en el cual el hombre pudiera hacer ejercicio de su *razón* y por tanto de su *libertad*. Esta nueva forma de pensar creo la imperiosa necesidad de construir un modelo económico y por lo tanto político, en el cual dicho hombre pudiese *desplegar su ser en el existir* de la forma en la que bien lo tuviese. En conclusión la sociedad feudal basada en la acrítica religiosidad y socialmente estamentaria en la cual la cuna

determinaría el lugar del hombre al interior de la sociedad por el resto de su vida; y un derecho que era creado y aplicado al arbitrio del monarca (*Derecho Casuístico)* debía de llegar a su fin.

Las ideas contractualistas, que entrarían desde Francia (Montesquieu, Rousseau) y de Inglaterra (Hobbes, Locke), constituían en menor o mayor grado una crítica frente al modelo político existente en el siglo XVIII. Los denominados filósofos contractualistas, en su mayoría reivindicando el *Uso Público de la Razón,* abogaban por un modelo que partía de una ficción (*Estado de Naturaleza)* y concluía en un imperativo (*Estado Civil* o *Estado de Derecho)*. Para los contractualistas, el hombre originario existía en un estado de naturaleza caracterizado por el sentimiento de constante asedio y amenaza de muerte constante, al interior del cual se imponía la ley del más fuerte y donde la vida y la propiedad se mostraban mas como conquistas productos de combates que como garantías mínimamente reconocidas. Los hombres libres en dicho estado de naturaleza deciden constituir un orden racional, para lo cual se limitan a sí mismos y de esta forma reconocen las libertades y derechos del otro, amplificando las primeras – según Rousseau – y constituyendo los segundos a partir de la construcción de un Estado civil; al cual delegan la posibilidad de castigar (*Ius Puniendi)* y reconocen como orden colectivo legitimo, en el cual al materializarse la voluntad general se materializa la libertad misma de los asociados. Por tal razón la narrativa del contrato Social, constituye la "*metáfora fundadora de la racionalidad social y política de la modernidad occidental"* (Santos y García, 2004: 13), en la medida en que crea – en términos kantianos – las condiciones de posibilidad para que el derecho, el individuo y la libertad sean los motores de una sociedad en la cual el hombre desde su particularidad pueda ser entendido antes que como un *medio*, como un *verdadero fin en si mismo.*

La Revolución Francesa era entendida para Walter Benjamín como la Roma revivida, como si la Revolución Francesa citara paso a paso a Roma tal cual como la moda cita un traje del pasado; era en sus palabras "*el salto de tigre al pasado"* pero más que revivir el pasado, se trataba más bien de re-actualizar este ultimo según los nuevos imperativos que la razón demandara, dado que en la edad media al apoyarse en la fe hizo de la razón, en términos prácticos un segundo camino al pecado; la barbarie jacobina, que tanto escandalizo a Hegel, se veía claramente justificada frente al nuevo mundo que detrás de ésta se iba gestando.

Este nuevo orden se caracterizaba, por el tránsito de un poder personalizado hacia un poder institucional (*Instituciones públicas*), por la construcción racional de ley por parte de órganos de elección popular (*democracia representativa*), por la aplicación de dicha ley por parte de organismos autónomos e imparciales (*autonomía legislativa y judicial*) y por último, por la construcción de un modelo político que permitiera la libre circulación de bienes y servicios así como el libre aumento

de las riquezas de sus asociados, mediante el reconocimiento en la ley del derecho a la Propiedad y sus derivados (*Estado Liberal-Capitalista*).

Los jueces al interior de este nuevo orden tenían la misión fundamental de aplicar la ley - creada por los órganos representativos del pueblo - en los casos concretos. Pero conforme la sociedad capitalista moderna se desarrolla en la historia y florecen nuevos antagonismos y disputas de otras naturalezas más complejas, está aparentemente sencilla misión de los jueces al interior de la función pública también iba adquiriendo más relevancia. En este capítulo entraremos a examinar la forma en que dicho juez ha evolucionado a lo largo de los modelos estatales hasta hoy existentes, buscando desde esta aproximación genealógica, entender la profunda relacion que existe entre Estado Moderno y Poder Judicial y de esta forma evaluar cual es la importancia y naturaleza de la autonomía judicial al interior de las sociedades modernas y por lo tanto hasta qué punto las sistemáticos ataques frente a dicha autonomía por parte de otras ramas del poder público, pueden ser entendidos como atentados contra la modernidad misma y por tanto como una apología al absolutismo monárquico antes que un fortalecimiento o radicalización de la democracia y el Estado de Derecho.

La forma en que las trasformaciones sociales han determinado los modelos estatales y por tanto la manera en que estos administran justicia, es una clara evidencia de que *el derecho más que ser un dictado universal es una creación colectiva* que lejos de ser ajeno a las dinámicas propia de la sociedad las reproduce en su seno, mientras lucha ya sea para mantenerlas o para superarlas, pero preso al fin y al cabo de la realidad social variante y en constante mutación al interior de la cual se desarrolla, aunque hay que reconocer que precisamente:

> *"de la mano de estas mutaciones, el derecho se ha librado del monopolio de la ley. Sin dejarla de lado, apelando a un entendimiento más profundo del principio democrático y de las exigencias de la justicia, el derecho definitivamente se abre a una variedad de fuentes, modifica sus métodos y formas de aprehender la realidad y de reaccionar a su entorno. El juez se ve obligado a imprimir un giro a su quehacer, puesto que debe resolver las controversias y cada vez con mayor nitidez es manifiesto que la ley ha dejado de ser la única cantera de la que puede extraer sin más las reglas o principios que determinen su solución. La absoluta separación de derecho y moral, a la postre solo ha servido para infiltrar bajo un manto formalista y sin ningún control social el cuadro axiológico más afín a los intereses dominantes; se impone ahora romper esa brecha frígida y reconocer la legitimidad y necesidad de articular críticamente discursos morales que potencien los valores de la convivencia en el marco de la libertad, la igualdad, la dignidad y el respeto a la diferencia. El proceso*

> *hermenéutico debe colocarse a la altura de los problemas y ello ya no puede llevarse a cabo sin reconocer la creatividad del intérprete y su necesario trasegar entre diversas fuentes, discursos y protocolos, precisamente con el objeto de que el derecho pueda ofrecer una respuesta, siempre histórica y, por ende, superable y debatible, pero razonable y adecuada a la demandas crecientes de justicia provenientes de la sociedad, las cuales, entre otros lugares se dan cita en el proceso"* (Lopez Medina, 2007: XII).

Precisamente dicha evolución del operador jurídico al interior de la realidad social, es la que permitirá a este, llegar a constituirse en el fundamento mismo de la estabilidad del orden social y político, en pocas palabras tendremos como conclusión de este capítulo y como objeto de estudio del capítulo dos, la forma en que a partir de la evolución del juez al interior del estado de derecho, amplificando las fuentes del derecho y judicializando realidades que anteriormente se entendía como incuestionables en virtud de su respaldo mayoritario, el poder judicial ha llegado a constituirse en la principal fuente de legitimidad del sistema político.

Veamos ahora la evolución que el juez ha tenido a lo largo de las diferentes formas de estado, tomando como referencia de evolución, el desarrollo económico que este ha tenido como ente regulador (o desregulador) de la economía al interior de su fase moderna (Capitalista); iniciando con el Estado Liberal, propio de las teorías económicas de Adam Smith y David Ricardo (Escuela Clásica de Manchester), evolucionando ante la crisis producida por la caída de la bolsa de New York entre los años 1929 y 1930, que permitieron la instauración de un modelo de estado denominado *Welfare State* o Estado Bienestar, caracterizado principalmente por la intervención del Estado en la economía, al interior del modelo denominado *demanda agregada* (Keynes, 1986), para finalizar con la última etapa de evolución estatal, y es el producto de la crisis de 1973 y la instauración del modelo estructurado por la Escuela de Chicago y el Consenso de Washington, cuya postura política se materializó con la administración de Reagan y Thatcher, dando nacimiento al denominado Neoliberalismo (Hayek, 1986). Definiendo de esta forma una postura analítica y metodológica que entiende que a nivel de las denominadas *"Reforma a la Administración de Justicia"* y los ataques contra la autonomía judicial subyacen fenómenos políticos y económicos antes que una simple problemática técnica y de gestión del aparato judicial, que es el nivel al interior del cual se tienden a dar los debates.

El poder judicial en el Estado Liberal

Este primer periodo comprende la totalidad del siglo XIX y se extiende hasta la Primera Guerra Mundial, entendiendo el lapso de entre la Primera y Segunda Guerra, como un tiempo de transición de un modelo a

otro (Santos y García, 2004: 90). En virtud de su larga extensión este modelo de Estado y de administración de justicia (Poder Judicial) fue determinante en los futuros rumbos que en su momento tomarían los jueces frente a problemáticas tan complejas como la judicialización de la política y el control de constitucionalidad de las leyes aprobadas en el Congreso o Parlamento.

Este periodo es caracterizado principalmente por el abandono de la jurisprudencia a una suerte de pensamiento deductivo en sistemas cerrados, "*que fue especialmente válido en la ciencia y que aun hoy rige para algunos. Las grandes codificaciones "iusnaturalistas" de inicios del siglo XIX* – ejemplo el código de Napoleón de 1804 – *entran en escena con la pretensión de ser una obra legislativa cerrada, acabada, no necesitada de explicación y que responde a todos los problemas jurídicos posibles*" de ahí que el juez debía "*atarse a la rigurosa y desnuda letra de la ley"* en virtud que en su función de aplicador del derecho "*su actuación no debe ser nada distinto a comparar el caso dado con su letra y, sin consideración al sentido del espíritu de la ley, condenar cuando el texto literalmente condena y absolver cuando absuelve"* (Kaufmann, 1999: 114) a eso debía reducirse la función judicial, a subsumir llenamente el caso en la norma y darle vida al derecho desde tal mecánica e ingenua visión del poder judicial y de la naturaleza pretoriana del derecho.

Esta visión es comprensible al interior del contexto social y científico de la época, sin los adelantos en la física tales como el *principio de la Incertidumbre* ni siquiera la *teoría de la Relatividad*, la ciencia se mantenía presa al interior del paradigma profético y objetivizante; su función no era otra que desde la llana objetividad entender las leyes que rigen la naturaleza e indiscriminadamente la sociedad, y de esta forma lograr predecir su futuros comportamientos. Era necesario por lo tanto hacer del derecho algo objetivo para que de esta forma lograr constituirlo como un objeto de conocimiento científico, y la mejor forma de hacer al derecho una entidad objetiva era reduciéndolo al enunciado normativo, es decir haciendo del Derecho sinónimo de la Ley en su sentido más estricto.

Según Arthur Kaufmann, es Montesquieu quien mejor delinea dicha esclavitud anteriormente señalada del juez a la ley y lo hace de forma tajante y categórica, al respecto comenta como para el pensador francés padre de la Teoría de los Pesos y Contrapesos,

> "*la actividad de decisión judicial solo tiene el significado de un Puovoui Neutre* – poder neutral – *El juez realmente puede ser excluido del poder del estado por que él no es un órgano dotado con voluntad propia. Pues las sentencias no pueden ser nada diferente a "una copia de la Ley" y para eso "solo necesita ojos" el juez es únicamente la "Bouche qui prononce les paroles de la*

> *loi"* – la voz que pronuncia las palabras de la ley –"*una criatura sin voluntad", que puede atenuar la validez y rigor de la ley, y el poder judicial es, en consecuencia, "en cierto sentido igual a cero".* (Kaufmann, 1999: 114)

En este orden de ideas, podríamos considerar que son seis las principales características de este primer periodo, en relacion al poder judicial. Siguiendo a Santos (Santos y García, 2004: 90), dichas características son:

1. Poder Judicial neutralizado políticamente por el fuerte predominio o hegemonía del poder legislativo al interior del la Teoría de la Separación de Poderes según la cual se configura el poder político al interior del Estado de Derecho.
2. Rígido Principio de Legalidad, mediante el cual es posible realizar la neutralización política antes señalada, en virtud que se limita la función judicial a la simple "*subsunción lógica de hechos a normas"* por lo que se pretendía apartar del fallo a la persona del juez, entendida esta como el sujeto detrás de la toga provisto de referencias sociales, políticas, económicas, filosóficas y éticas determinadas. "*el poder de los jueces es retroactivo o es accionado de forma retroactiva, es decir, con el objetivo de reconstruir una realidad normativa plenamente constituida"* y es esta la principal razón por la cual el poder judicial es entendido al interior de este periodo como el garante del monopolio de la violencia legítimamente ejercida.
3. Además de Retrospectivo, el Poder Judicial es Reactivo, es decir que solo funciona a petición, bien sea de las partes o de los órganos del estado. Manteniéndose alejado de la realidad y limitándose a participar solo a partir de invitación expresa por parte de los asociados o por parte del estado mismo.
4. Individualización del Litigio, los litigios que llegan a los jueces son doblemente individualizados: "*tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica, y suceden entre individuos. Por otro lado, la decisión judicial sobre un litigio solo es válida para el caso en concreto al cual se aplica."*
5. Seguridad Jurídica como principio absoluto en la solución de litigios, lo cual implica que por el hecho de ser la ley la manifestación racional, universal y general, esta debe garantizar un tipo de aplicación automática que asegure que la observancia del proceso presente a los mismos parámetros y disposiciones a las que se ceñirán los procesos futuros. Hay que evitar al máximo las excepciones y respetar los casos juzgados.
6. La independencia de los jueces reside en estar sometidos al imperio de la ley, dicho sometimiento es exclusivo y absoluto, por lo que

la independencia en este periodo es entendida como la garantía más eficaz de protección de la libertad "*entendida como vinculo negativo, o sea, como prerrogativa de no interferencia. La independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa de los jueces ante los poderes legislativo y ejecutivo.*"

Vemos como aun cuando la época estudiada corresponde con el periodo de expansión del capitalismo industrial, y sus repercusiones a nivel social y económico, es decir, los desplazamientos de los campos y el fortalecimiento de las ciudades, así como los primeros brotes de conflictos colectivos derivados de las escasas medidas de seguridad existentes en la incipiente industria que ocasionaba constantes daños, lesiones y enfermedades en sus operadores, la radicalización del movimiento obrero después de 1848 con la publicación del "Manifiesto Comunista" por Marx y Engels. Frente a todas estas problemáticas y reconstrucciones de la realidad social, parece contradictoria o paradójica la forma en que el poder político del juez es neutralizado, quedando al margen de las grandes luchas políticas acerca del modelo o patrón de Justicia distributivo que habría de acogerse al interior de la nueva sociedad. "*la nueva sociedad… de tanto romper con la sociedad anterior parecía traer en su seno una nueva civilización con la exigencia de nuevos criterios de sociabilidad. Confinados como estaban – los jueces – a la administración de Justicia Retributiva, tuvieron que aceptar como dados los patrones de Justicia Distributiva adoptados por los otros poderes. Fue así como la justicia retributiva se transformo en una cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política.*" (Santos y García, 2004: 91. *énfasis agregado*)

Para concluir podríamos considerar que la independencia judicial, en esta época se encontraba determinada por tres fuertes cadenas. La primera de estas era precisamente el férreo principio de Legalidad, que sometía al juez a ser mas allá de aplicador racional de la ley, a ser una pseudo-maquina que se limitara a pronunciar las palabras que la ley consagraba. La segunda cadena, es la dependencia de la iniciativa, la función del juez quedaba sometida a la voluntad del ciudadano que acudía a este, constituyendo de este modo su tan característico carácter reactivo y retributivo. Y en tercer lugar, podemos considerar la dependencia presupuestal como un elemento mas dentro de los cuales la administración de justicia del Estado Liberal, veía su independencia mientras abrasaba sus cadenas. Es por esta razón que en palabras de Santos, "*la independencia de los jueces representa el otro lado de su desarme político. Una vez neutralizados políticamente los jueces independientes pasaron a ser un ingrediente esencial de la legitimidad política de los otros poderes, al garantizar que la producción legislativa de estos llegara a los ciudadanos "sin distorsiones"."* (Santos y García, 2004: 92)

El poder judicial en el Estado de Bienestar

Las problemáticas sociales anteriormente señaladas, desembocaron en una suerte de crisis paradigmática del Estado de Derecho Clásico. Crisis motivada principalmente por el auge y fuerte propagación de las ideas marxistas en relacion a la contundente critica que se la hacia a la democracia liberal y a la totalidad del sistema existente. Denunciaban entre otras cosas, la forma en que a partir de la denominada *igualdad formal,* se disfrazaba un fuerte sistema de antagonismos y exclusiones que lejos de constituir una sociedad igualitaria reproducían las desigualdades y sometimientos de los hombres por una minoría que detenta los medios de producción.

Con la crisis económica de 1929, dicha problemática social se agudizó mucho mas, y con el avance del denominado socialismo real desde las tierras de la URSS hasta el continente latinoamericano y Europa central, el sistema capitalista se vio en la imperiosa necesidad de revolucionar internamente gran parte de sus estructuras, practicas e instituciones, buscando de esta forma desvirtuar la utopía marxista y garantizar su existencia.

Es de esta forma en la que comienza, el denominado "Capitalismo Social", después de la Segunda Guerra Mundial. Dicho sistema tiene como origen el modelo keynesiano de economía intervencionista. Para J. M. Keynes, el Estado debía estar vinculado directamente en la economía y de esta forma garantizar la protección de los consumidores frente a los abusos de lo que podrían llegar a ser victimas por parte de los sectores comerciales e industriales nacionales. Se construye una política económica destinada a la protección del consumo antes que en garantizar la producción. Este nuevo estado naturalmente venia acompañado de un nuevo catalogo de garantías reconocidas bajo el nombre de derechos, que llevaron a los jueces a entender otros tipos de conflictos y actores de una naturaleza muy distinta a la del periodo anterior.

En el ámbito socio-político la justicia – nos comenta Boaventura de Sousa Santos – se caracterizó por cuatro factores principalmente:

1. Colapso de la Teoria de Separación de Poderes, en virtud de que el poder ejecutivo adquiere un papel hegemónico. "*la gubernamentalización de la producción del derecho crea una nueva instrumentalización jurídica que, a cada instante, entra en confrontación con el sector judicial clásico."* (Santos y García, 2004: 92)
2. Sobre-juridicidad de la realidad social poniendo fin a la convicción ciega en la coherencia y unidad del derecho; imposibilitando la tan pretendida subsunción lógica del caso en la norma, entrando por lo tanto en un fuerte cuestionamiento el principio de legalidad tal como lo venían entendiendo en la etapa anterior.

3. Consagración a rango Constitucional de los derechos sociales y económicos, esto conllevo a un proceso de judicialización de la justicia retributiva, permitiendo de esta forma que el Estado se encargue de limar las asperezas producidas por la tensión que existe entre igualdad formal y justicia social, construyendo todo un andamiaje destinado a la protección y promoción de dichos derechos.
4. Surgimiento de actores colectivos, derivados de la proliferación de derechos y fuertes procesos de agremiación, llevando a los intereses particulares estar conectados directamente con los intereses de una colectividad determinada. Por lo tanto se dificulta la distinción entre litigios individuales y litigios colectivos.

Comenta Boaventura de Sousa Santos, como la juridisación del bienestar social, permitió que todo un abanico de campos de litigios cobraran vida propia, tal es el caso, por ejemplo, de la jurisdicción laboral, la protección de la seguridad social, nuevas actuaciones procesales, en materia como Derecho administrativo y Derecho civil, así como múltiples reformas destinadas a la informalidad de la justicia. Lo cual entre otras cosas produjo una explosión de litigios y un considerable aumento de la demanda judicial; generando este fenómeno un aumento en la visibilidad de la justicia en ciertas zonas en las que anteriormente pasaba desapercibida, así como al estar envestido los jueces ahora de la potestad de brindar bienestar social, y garantizar el efectivo reconocimiento de los derechos de los asociados, el poder judicial adquiere una cuota de responsabilidad política, la cual lo lleva a entenderse de tu a tu con los otros dos poderes públicos, comprometiendo las relaciones simbióticas existentes en el periodo anterior, a saber, la neutralidad política era el precio que la independencia debía de pagar para efectivamente existir (Santos y García, 2004: 93)

Durante este periodo el desempeño del poder judicial "*dejo de ser exclusivamente retrospectivo para pasar a tener una dimensión prospectiva*" (Santos y García, 2004: 94), en la medida en que los jueces no se limitaron a fallar el caso tal cual como era presentado ante ellos, sino que se tenía en cuenta a la hora de medir el desempeño judicial los efectos extra-judiciales de sus respectivas providencias. En este sentido existía un seguimiento que garantizaba no solo la reparación del daño, sino el pleno goce y garantía de sus derechos y la seguridad de no repetición en relación a su violabilidad.

Este *Giro Copernicano* del derecho a partir de la judicialización del bienestar social, estriba en que ya no solo corresponde al juez el reconocimiento de los derechos que aleguen en su momento los accionantes del proceso, sino más que eso, el juez se constituye en un actor político de primer orden, a partir de la naturaleza prestacional y política de los asuntos de su competencia y sobre todo en virtud

del polémico *Control de Constitucionalidad* mediante el cual recuerda a las mayorías que existen criterios y márgenes para sus decisiones (carácter contra-mayoritario de la decisión judicial), los cuales son definidos por el espíritu fundador del pacto *social* originario que reposa sobre los valores constitucionales, a los que libremente puede acudir, aun sin que medie ley alguna entre el caso y a Constitución. "*El antiguo esclavo de la ley ha tenido que cambiar. Sin abjurar de la democracia, por el contrario, sirviéndola con ahínco, ha tenido que aceptar que es ante todo operador responsable del Derecho y la de la Justicia y que las fuentes no se limitan a la ley.*"(Lopez Medina, 2007: XVIII) Por tanto es este periodo el de mayor riqueza para el poder judicial, ya que se permite al mismo que antes era considerado escueto, técnico o mecánico, levantarse frente a los demás poderes públicos con igual dignidad y como garante al lado de estos de las garantías democráticas y el bienestar común. Pero siempre teniendo presente la forma en que "*la judicialización de la política entraña una politización de la justicia que puede afectar su desempeño e independencia.*" (Rodríguez y Uprimny, 2007: 15)

Por tanto el poder judicial, frente a los avances y reestructuraciones que la sociedad contemporánea iba adquiriendo con el pasar de los tiempos, se encontraba en un serio dilema en virtud de que

> "si continuaban aceptando la neutralidad política del periodo anterior, perseverando en el mismo patrón de desempeño clásico, reactivo, de micro-litigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes y, con eso, podrían ser vistos por los ciudadanos como dependientes, de hecho, de los poderes ejecutivo y legislativo. Por el contrario, si aceptaban su parte de cuota de responsabilidad política en la actuación de promoción del Estado – en especial a través de una vinculación más estrecha del derecho ordinario a la Constitución, para garantizar una protección más eficaz de los derechos de la ciudadanía – corrían el riesgo de entrar en competencia con los otros poderes y de comenzar, como poder más débil, a sufrir las presiones del control externo, sea por parte del poder ejecutivo o del poder legislativo, presiones ejercidas para los tribunales superiores, vías: nombramientos de los jueces para los tribunales superiores.

La independencia de los jueces solo se convirtió en una verdadera e importante cuestión política cuando el sistema judicial, o algunos de sus sectores, decidió optar por la segunda alternativa." (Santos y García, 2004: 94)

El poder judicial en la era del capitalismo global

El modelo económico keynesiano, desarrollado por el estado benefactor, entra en una profunda crisis, llevando a un fuerte debate público la sostenibilidad de las tesis de la doctrina keynesiana, específicamente las relacionadas con el estimulo de la demanda y el papel activo del Estado en la economía al interior del paradigma interventor. A esta crisis teórica debe sumársele también los serios problemas de corrupción y degeneración del que el modelo intervencionista presuntamente padecía. La respuesta a esta crisis mundial, fue la construcción de un modelo aparentemente sostenible que permitiera el desarrollo y aumentara la tasa de utilidad significativamente en relación al modelo anterior, como respuesta a esta necesidad se impone el Neoliberalismo, como doctrina iniciada en la Universidad de Chicago con el profesor de Teoría Económica Milton Friedman, que en su cátedra va a postular un retorno a los principios fundamentales de Adam Smith, pero adaptándolos al moderno mundo industrializado. Con la teoría de Friedman, elaborada entre 1972 y 1975, empieza el movimiento que se conoce como "*Chicago's Boys*", los alumnos de Friedman son quienes van a ocupar importantes puestos en diferentes gobiernos de diferentes países, especialmente en Latino América. Dando nacimiento de esta forma a un nuevo periodo ante la crisis del estado benefactor y asenso del pensamiento y practica Neoliberal.

El Neoliberalismo puede ser entendido como un proceso ideológico que sostiene que el Estado no debe ser dueño de nada, todo debe pertenecer a "*los particulares y solo los particulares*" por lo que "*todos deben ser propietarios*". Por tanto, entra en choque directo con todo el Modelo Intervensionista. Los neoliberales sostiene que todo el Estado debe sacar a la venta todos los activos que compró con la deuda pública para que pase a manos de particulares (Privatización); y si no los hay, que definitivamente se cierren dichos establecimientos para no castigar al pueblo con impuestos para mantener la ineficacia. El énfasis de Friedman y los neoliberalista está en la Oferta, y no en la Demanda como en el Intervencionismo; y se permite la libre competencia, pero no solo nacional, sino mundial pues de esta manera se beneficiará al consumidor que podrá obtener el mejor precio con una mayor calidad. El Estado sencillamente debe proteger a los consumidores para que el mercado opere libremente.

Estas medidas empezaron aplicarse en Estados Unidos cuando Ronald Reagan llega al poder en 1981 y desmonta los gastos para programas sociales, desmonta los subsidios, congela los salario y realiza una reforma fiscal. En Inglaterra empieza con la tristemente célebre Margaret Thatcher o *Dama de Hierro*, que implanta el sistema neoliberal desmontando el Estado de bienestar puesto por predecesores.

El primer país latinoamericano en aplicar las medidas neoliberales es Chile, después del golpe de Estado que el general Augusto Pinochet le perpetró a Salvador Allende y de ahí en adelante fue consolidándose en toda Latinoamérica.

Por tanto vemos como genealogía de esta nueva etapa dos hechos fundamentales, el primero es el abandono de los Estados Unidos en 1971 del patrón oro, dando origen a una etapa en la cual lo primordial será el capital financiero; y segundo la crisis mundial del petróleo de 1973.

Por ahora, es importante anotar, como la bibliografía existente acerca de la naturaleza del Neoliberalismo es bastante amplia y ricas en enfoques multidisciplinarios, en general inspirados en el

> *"trabajo clásico de Karl Polanyi (1944), estos estudios buscan explicar el resurgimiento en las últimas tres décadas de las ideas políticas centradas en el mercado como mecanismo de coordinación social, que habían dominado en el siglo XIX y en las dos primeras décadas del siglo XX, pero que fueron desplazadas por las teorías keynesianas y de "liberalismo regulado" entre los años treinta y setenta. Entendido de esta manera, lo neo y lo liberal del neoliberalismo adquiere un sentido y una utilidad analítica, como lo muestra la amplia gama de nuevos estudios que hacen uso del concepto."* (Rodríguez y Uprimny, 2007: 112)

Las políticas de corte neoliberal, son identificadas con los "dictados" de lo que John Williamson a denominado *Consenso de Washington* (Williamson, 1990), dichos dictados corresponden a las políticas de "ajuste estructural" destinadas a ser requisitos de aplicación de aquellos países que pretendan ser beneficiarios de los prestamos provenientes de los Estados Unidos y de los organismo financieros multilaterales (FMI, BM); los principales solicitantes de los prestamos y por tanto aplacadores del paquete de reformas fueron los países latinoamericanos, sumergidos en su gran mayoría a regímenes autoritarios, alta militarización y descontrolado endeudamiento.

Las diez recomendaciones del *Consenso de Washington* eran: 1. *Disciplina Fiscal,* 2. *Prioridad de Gasto publico,* 3. *Reforma Tributaria*, 4*. Tasa de Interés,* 5. *Tasa de Cambio,* 6*. Apertura Comercial, 7. Inversión Extranjera Directa,* 8*. Privatización,* 9. *Desregulación,* 10. *Derechos de Propiedad.*

Comentan los profesores Cesar Rodríguez y Rodrigo Uprimny, en el segundo capítulo de su obra conjunta con Mauricio García Villegas, publicada en el 2007 e intitulada *"¿Justicia para Todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia"* la forma en que ante la crisis asiática de 1997 producto de la des-regularización promovida por el *Consenso de Washington* inicialmente, llevó a un cambio de pos-

tura en sus principales gestores, entre ellos el propio Williamson, los cuales pasaron a abogar por la creación de regulaciones e instituciones de supervisión con mayor grado de eficiencia destinada a los mercados financieros, encaminada a evitar que una situación similar nuevamente ocurriera. Por lo tanto a la lista, ya bastante nociva para las clases medias y bajas de los países que aplicaron la receta del C*onsenso*, se agregaron elementos tomados de las teorías neoinstitucionalistas ampliando considerablemente la agenda de reformas típicamente amplias e imprecisas, tales como *"flexibilización del derecho laboral, el establecimiento de códigos y estándares financieros, el fortalecimiento de las instituciones de vigilancia (pero no de intervención) de la economía y la promoción de políticas sociales muy selectivas"*

Por tanto al énfasis inicialmente puesto en un sistema judicial eficaz en la protección al derecho a la propiedad, se le sumó el fortalecimiento de la potestad de los juzgados y diferentes cortes para investigar y penalizar la denominada corrupción publica, así como para resolver de manera expedita las distintas clases de controversias de naturaleza comercial y adelantar con celeridad los procesos judiciales.

Para Boaventura de Sousa Santos, las características socio-políticas del poder judicial al interior de esta nueva etapa, que el denomina *Periodo de la crisis del Estado de Bienestar* (Santos y García, 2004: 96), son principalmente cuatro:

1. La sobre-juridizacion de las prácticas sociales, aun cuando esta característica venia en aumento desde el periodo antecesor, en este periodo las causas de dicha sobre-juridizacion es otra, en virtud que se trata de la paradoja que plantea el hecho de des-regular a partir del aumento de la regulación misma. al respecto comenta Boaventura de Sousa Santos, "*la des-regulación en la actualidad solo puede hacerse mediante una producción legislativa especifica y, a veces, bastante elaborada. O sea, la des-regulación significa, en cierto sentido, una re-reglamentación, y por eso una sobrecarga legislativa adicional."* (Santos y García, 2004: 97); de igual forma influye el hecho de la apertura económica y la globalización de la economía, dado que este fenómeno genera a su paso una ola de innovaciones jurídicas que al ser consideradas con la magnitud sin precedentes del actual fenómeno global, hace que aparezca un *nuevo derecho trasnacional* denominado *Lex Mercatoria* destinada a regular el comercio internacional, pero que a nivel interno (nacional) genera un caos normativo en virtud que muchas veces su coexistencia conlleva a contradicciones entre los dos tipos de ordenamientos.
2. El arbitraje internacional constituye la instancia por excelencia de solución de conflictos al interior de la economía globalizada, el papel del juez es visto mas como un anacronismo que antes que garantizar la celeridad y disponibilidad de los derechos propios del

comercio contemporáneos, retarda y aumenta los tan repudiados costos de transacción.

3. La alteración del litigio civil, en virtud de la aparición al interior de este tercer momento de una legalidad negociada asentada en *"normas programáticas, contratos-programas, cláusulas generales y conceptos indeterminados"* generando una reestructuración de las fuentes del conocimiento requerido por el juez para fallar el caso, movilizando conocimiento de tipo técnico en materias tales como economía, ciencia y tecnología. Así como desnaturalización de los derechos sociales y económicos en virtud del impacto en la economía, siendo vistos como actos de benevolencia que impedían el sano y pleno desarrollo de la economía antes que como garantías mínimas reconocidas constitucionalmente.
4. El aumento de la corrupción política, generando una crisis de representación política, generando tensiones muy profundas en cuanto a la responsabilidad del poder judicial en relacion a su función de control social. "*Creadas las condiciones para la corrupción, esta es susceptible de extenderse más rápidamente en las sociedades democráticas debido a tres razones principales. En primer lugar, en estas sociedades la clase política es mas amplia porque es menor la concentración de poder; en esta medida, siendo más numerosos los agentes políticos son más numerosas las relaciones entre ellos y los agentes económicos y, por eso, son mayores las probabilidades y oportunidades para que se presente la corrupción. Tal presencia es tanto más posible cuanto más larga es la permanencia en el poder de un mismo partido o grupo de partidos…En segundo lugar, la comunicación social en las sociedades democráticas es un auxiliar precioso en la investigación de la gran criminalidad política y lo es más cuanto menos activa es la investigación por parte de los órganos competentes del estado. En tercer lugar, la competencia por el poder político entre los diferentes partidos y grupos de presión crea divisiones que pueden dar origen a denuncias reciprocas, sobre todo en la carrera política, o cuando por diferentes razones, tales relaciones se vuelven conflictivas"* (Santos y García, 2004: 101)

Vemos como la voluntad política y la capacidad técnica en la lucha contra la corrupción son los principales vectores más determinantes para la neutralidad o falta de neutralidad política de los jueces al interior de esta etapa. "*son ellos los que determinan los términos en que se traba la lucha política alrededor de la independencia de la justicia… en el tercer periodo los argumentos más decisivos en pro y en contra de la independencia judicial se juegan en el campo de combate contra la corrupción y es también aquí donde se discute mas agudeza las otras dos cuestiones* –irradiación constitucional al derecho ordinario y refuerzo de garantías para la protección judicial de derechos- *que atraviesan el*

poder judicial desde el primer periodo: la de la legitimidad y la de la capacidad" (Santos y García, 2004: 102). En este periodo se dispara la intervención de los jueces en asuntos de alta política, estando no solo en tensión directa con los poderes elegidos democráticamente, sino que también siendo objeto de las principales noticias en los medios de comunicación, degenerando la administración de justicia en un proceso de *show-jurídico* propio de la tan peligrosa Justicia Mediática. Dicho espectáculo derivado de la alta popularidad de los jueces en los medios de comunicación de masas, genera principalmente un ocultamiento de un tipo de corrupción específica, la cual no es denunciada y por lo tanto se tiene como inexistente, obviando el hecho de que la corrupción que llega a oídos de la opinión pública a través de los medios de comunicación no es más que aquella, que en el "combate" previo al interior de las estructuras de poder resulto perdedora y por tanto se hizo públicamente denunciada. Evidenciando por lo tanto, solo una de las esferas en la que, en virtud de las patologías del sistema político representativo, tales como la corrupción y el clientelismo; la función del poder judicial, es hacer de placebo para las masas sedientas de justicia social y purificación política. Los jueces por tanto han evolucionado desde el poder mínimo frente a la estructura estatal en el periodo liberal hasta constituirse en la base misma de legitimidad política del sistema.

Bibliografía

Jaramillo, R. (2007). *Modernidad y Postmodernidad, Memorias del VI Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.* Popayán: Universidad del Cauca.

Habermas, J. (1993). *Discurso Filosófico de la Modernidad, Madrid, Taurus..*

Kant, E. (1986). *Respuesta a la Pregunta Qué Es la Ilustración,* Revista Argumentos. N° 14/15. Bogotá: Editorial Argumentos.

Kant, E. (2006). *Critica de la Razón Pura.* Prologo, traducción, notas e índices Pedro Ribas. México: Editorial Taurus.

López Medina, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho.* 3° Reimpresión. Bogotá: Legis.

López Medina, D., (2006). *El Derecho de los Jueces.* 4° Reimpresión. 2° Edición. Bogotá: Legis.

García Villegas, M. y Santos, B. (2004). *El Calidoscopio de las Justicias en Colombia.* Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Universidad de Coimbra.

Florez Muñoz, D. (2008a). *Del contractualismo al fascismo. Ponencia presentada en III Congreso Iberoamericano de Filosofía.* Medellín.

Florez Muñoz, D. (2008b). *Justicia Transicional y Estado de Derecho en Colombia. Ponencia presentada en VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.* Barranquilla – Colombia.

Florez Muñoz, D. (2009a). *La Enfermedad del Contrato Social. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Filosofía Política.* Táchira – Venezuela.

Florez Muñoz, D. (2009b). *Estado de Derecho, Modernidad y Dialéctica de la ilustración. Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.* Manizales – Colombia.

Carrillo de la rosa, Y. (2005). *La Democracia Constitucional y el Control Racional al Ejercicio del Poder (Aproximación al caso colombiano),* Revista Cultural UniLibre. Año 3 N°4 Agosto. Pp. 76-101

Carrillo de la rosa, Y., (2009). *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Gargarella, R. (1996). *Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel.

Mercado Pérez, D. (2008). *Manual de Teoría Constitucional.* Bogotá D.C.: Rodríguez Quito Editores.

Rodríguez, C. (2009). *La Globalización del Estado de Derecho.* Bogotá: Uniandes-CIJUS.