
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial	
de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías:	
notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales,	
esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales	
sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional	
del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional	
de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia¹

César Rodríguez Garavito
Diana Rodríguez Franco

Introducción. 1. Un giro en el debate constitucional: hacia los estudios de impacto judicial y diseño institucional. 1.1. El punto ciego en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos: la implementación de los fallos. 1.2. El derecho constitucional como imaginación institucional: el punto ciego en los debates sobre litigio estructural y activismo judicial. 1.3. El bloqueo institucional y la justificación del activismo judicial en las “democracias realmente existentes”. 1.4. La implementación de los fallos por medio de la jurisprudencia dialógica: la promoción de la democracia deliberativa y experimental. 1.5. La tipología de efectos y la sentencia T-025. 2. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El 22 de enero de 2004, la Corte Constitucional colombiana dictó el fallo más ambicioso de sus casi dos décadas de existencia: la sentencia T-025 de 2004 (Corte Constitucional, 2004). En ella, declaró que la dramática situación de los más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en

1 Este texto reproduce parcialmente dos trabajos anteriores. El marco teórico proviene de Rodríguez Garavito (2010). El estudio de caso de la jurisprudencia colombiana sobre desplazamiento tiene su origen en Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009). La presente versión fue preparada originalmente para publicación en Arcidiácono, Espejo y Rodríguez Garavito (2009).

Colombia —la segunda cifra más alta en el mundo, después de Sudán (ACNUR 2009)— constituye un “estado de cosas inconstitucional”. Al aplicar esta figura jurisprudencial, estableció que existe una violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada, y que las fallas estructurales de las políticas del Estado colombiano son un factor central que contribuye a ella.

En este capítulo ofrecemos una síntesis un estudio de caso detallado sobre esta sentencia fundamental². Para los propósitos de este libro —esto es, indagar, en perspectiva comparada, temas centrales de la discusión sobre los derechos sociales, económicos y culturales (DESC)—, hemos escogido un foco y un objeto de estudio que, creemos, obligan a expandir los límites convencionales de esa discusión.

En cuanto al foco del análisis, a diferencia de la gran mayoría de la bibliografía, nos concentramos en los *efectos* de la sentencia. Como explicamos más adelante, los trabajos existentes se han centrado en la fase de *producción* de los fallos —ya sea para debatir su fundamento teórico o sus detalles técnicos jurídicos. Con ello, han tendido a pasar de largo una cuestión igualmente importante para la protección eficaz de los derechos: la *implementación* de las sentencias, fase en la que se juegan sus efectos prácticos. Con el fin de llenar este vacío, esbozamos una perspectiva analítica y metodológica para examinar la implementación de fallos constitucionales y la aplicamos al estudio de la sentencia T-025 de 2004 (en adelante, T-025).

En cuanto al objeto del estudio, la T-025 presenta cuatro características que la hacen particularmente útil para la discusión latinoamericana y global sobre la aplicación judicial de los DESC. Primero, el alcance del fallo es particularmente amplio. Se trata de una verdadera “macro sentencia” por (1) el tamaño de la población beneficiaria, (2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, (3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y (4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes del fallo, que ha durado seis años y sigue abierto. La envergadura del caso amplía, como por un efecto de lupa, los retos y las oportunidades para la garantía de los derechos sociales en las condiciones de países latinoamericanos (y de otras partes del mundo) en los que se combinan la

2 La versión completa del estudio de caso se encuentra en Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009).

presencia de cortes activistas, el litigio y la movilización social a favor de los DESC, y la existencia de estados fragmentados y burocracias con capacidad (y voluntad) limitadas para aplicar esos derechos.

En segundo lugar, la T-025 es tal vez el intento judicial latinoamericano más explícito y sistemático por asegurar la implementación de una macro-sentencia. Como se verá, la Corte Constitucional ha mantenido jurisdicción sobre el caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, por medio de 80 decisiones de seguimiento (autos) y 12 audiencias públicas de discusión, que han hecho balances del trabajo del Gobierno y dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada.

Una tercera particularidad relevante es el tipo de órdenes dictadas por la Corte. En lugar de fijar los detalles de las medidas que las autoridades públicas deben tomar para atender a los desplazados –como lo había hecho en otras sentencias que habían sido criticadas por numerosos economistas y juristas³–, el Tribunal Constitucional expidió órdenes de procedimiento que involucran al Estado y la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento. Al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. Como se verá, la combinación de este tipo de órdenes con mecanismos de seguimiento públicos creó espacios de deliberación que ofrecen alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los DESC.

Por último, la T-025 resulta especialmente sugestiva para la discusión internacional propuesta en este libro porque hace parte de una jurisprudencia –la de la Corte Constitucional colombiana– que se ha ganado un lugar prominente en el constitucionalismo comparado. En un giro paradójico de la historia social y jurídica, precisamente uno de los países con violaciones más graves de los derechos humanos ha pasado a ser exportador neto de jurisper-

3 El caso más conocido, y también más criticado, fue la sentencia C-700/99, en la que la Corte declaró inconstitucional el sistema de financiación de vivienda (UPAC) y ordenó reemplazarlo por uno nuevo cuyos parámetros detallados ella misma fijó. Para evaluaciones críticas del activismo detallado de estas sentencias, desde visiones muy distintas, véase Clavijo (2001), Kalmanovitz (2001), Uprimny (2000). Para un análisis del impacto de esta jurisprudencia, véase Rodríguez Garavito (2010).

dencia constitucional y de innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de decisiones ambiciosas sobre DESC. Hoy en día, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es citada con entusiasmo por tribunales latinoamericanos y de otras partes del mundo, y suele ser incluida en los estudios comparados sobre jurisprudencia constitucional (Comisión Internacional de Juristas, 2008; Coomans, 2006; Gargarella, Domingo y Roux, 2006; Langford, 2008).

La colombiana, por supuesto, no es la única corte constitucional que ha avanzado en esta dirección. La T-025 y la jurisprudencia colombiana se inscribe en una tendencia internacional hacia el protagonismo de los jueces constitucionales en la realización de los derechos. En las últimas décadas se han multiplicado los ejemplos de este “neoconstitucionalismo progresista” (Rodríguez Garavito, 2009a). Entre los más conocidos está la jurisprudencia de la Corte Suprema de India, que ha abordado temas sociales estructurales como el hambre y el analfabetismo, y ha sido acompañada de la creación de comisiones judiciales de consulta que le hacen seguimiento a la implementación de los fallos (Muralidhar, 2008; Shankar y Mehta, 2008). Asimismo, la Corte Constitucional surafricana se ha convertido en un espacio institucional fundamental para la promoción de derechos tales como la vivienda y la salud, y para obligar al Estado a tomar acciones en contra del legado económico y social del apartheid (Berger, 2008; Liebenberg, 2008). Y algunas cortes argentinas han venido desarrollando una jurisprudencia protectora de derechos tales como la seguridad social en salud y pensiones (Comisión Internacional de Juristas, 2008), al mismo tiempo han experimentado con mecanismos públicos de seguimiento a la implementación de sentencias activistas en temas tales como los derechos de las personas detenidas y la protección del medio ambiente (Abramovich y Pautassi, 2009; Bergallo, 2005; Courtis, 2009; Filippini, 2005; Puga, 2008).

La selección de la T-025 para el estudio implica una opción deliberada por el análisis de un tipo específico de casos, al que denominamos “litigio estructural” o “casos estructurales” (Rodríguez Garavito, 2010). Se trata de casos caracterizados por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o por medio de organizaciones que litigan su causa; (2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas e

(3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto). En este sentido, cuando hablamos de activismo judicial, nos referimos principalmente a la intervención de los jueces en este tipo de casos⁴.

Con este foco analítico y este objeto de estudio en mente, en este capítulo desarrollamos tres argumentos centrales: uno relacionado con la *justificación* de la intervención de los jueces en asuntos estructurales de políticas públicas (como aquéllos en los que se juega la protección de los DESC), otro relativo al *procedimiento* adecuado para dicha intervención, y otro sobre los *efectos* de esa intervención.

En cuanto a lo primero, frente a las críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del ejecutivo y el legislativo que son elegidos popularmente —y, por tanto, resulta injustificado en una democracia—, señalamos casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los DESC. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional —que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes—, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos. Desde una concepción de la democracia que enfatiza la importancia de la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público, sostenemos, además, que ese tipo de intervenciones judiciales

4 Esta denominación y caracterización del litigio estructural está inspirada en la literatura sobre el activismo judicial a través de sentencias de ejecución compleja (*complex enforcement*) que ordenan “re-medios estructurales” a casos de este tipo (ver Chayes, 1976). En América Latina, este tipo de litigio ha tomado fuerza en las últimas décadas de la mano del “litigio estratégico”, (Abramovich y Pautassi 2009; CELS 2008), los “casos colectivos” (Maurino, Nino y Sigal, 2005), o el “derecho de interés público” (González, 2004). Por supuesto, al concentrarnos en estos macrocasos, no sugerimos que sean los únicos o los más importantes para garantizar los DESC. De hecho, como varios lo han mostrado, la suerte de los DESC depende igualmente de una multitud de casos individuales y cotidianos (que pueden no llegar nunca a las cortes), desde el pago de una pensión adeudada a un jubilado hasta la provisión de un servicio público sin discriminación de género, raza, origen nacional u otros motivos (ver Abramovich, 2005; Comisión Internacional de Juristas, 2008).

profundiza la democracia, en lugar de erosionarla. Ilustramos este argumento con evidencia del caso T-025, que muestra cómo la sentencia fue dictada justamente para romper el estancamiento burocrático que impedía prestar atención básica a la población desplazada, y cómo la intervención de la Corte complementó, en lugar de reemplazar, el papel del Gobierno y el Congreso colombianos.

En relación con el procedimiento adecuado para cumplir este rol, acogemos las críticas hechas contra algunas decisiones judiciales activistas, que cuestionan la legitimidad democrática y la utilidad práctica de sentencias que contienen órdenes muy detalladas que dejan poco margen de maniobra a los hacedores de políticas públicas y que, frecuentemente, no van acompañadas de mecanismos de seguimiento del cumplimiento del fallo. Con base en los hallazgos del estudio de la T-025, argumentamos a favor de órdenes y procedimientos que abran espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos estructurales que involucren a todos los afectados y que, al mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados.

En cuanto a los efectos de los fallos estructurales, defendemos una aproximación teórica y metodológica amplia que captura no sólo sus efectos materiales inmediatos, sino también sus consecuencias indirectas y sus efectos simbólicos (Rodríguez Garavito, 2010). Desde esta perspectiva, sostenemos que el tipo de intervención judicial que defendemos tiene múltiples efectos, que van desde el impacto material directo (en nuestro caso, cambios en la política pública y la situación de los desplazados) hasta efectos simbólicos indirectos (p. ej., la transformación de la opinión pública sobre el desplazamiento). A partir de la evidencia del fallo sobre desplazamiento en Colombia, resaltamos un efecto poco discutido del activismo judicial, que es particularmente importante para la concepción deliberativa de la democracia que defendemos: la promoción de un debate público sobre las violaciones de los DESC y las alternativas de solución a ellas.

Para sustentar estos argumentos, organizamos el resto de este capítulo en tres secciones. En la primera, delineamos el marco analítico y la metodología del estudio de caso que le sirve de base. En la segunda, desarrollamos los argumentos sobre la justificación del activismo judicial en circunstancias de estancamiento institucional, a la luz de la evidencia de cerca de seis años

de implementación de la T-025. En la tercera parte, esbozamos los efectos de esta sentencia —y del activismo estructural en general—. Al hacerlo, por razones de espacio y de afinidad con los temas de este libro, seleccionamos para un tratamiento más detenido dos efectos que tienen conexión directa con los temas de la justificación, legitimidad y capacidad de las cortes para intervenir en casos estructurales sobre DESC: de un lado, el efecto potencial de los fallos judiciales para “desbloquear” burocracias estatales impermeables a las exigencias de los derechos sociales y, del otro, la posibilidad de que dichos fallos impulsen procesos participativos que profundicen la deliberación democrática y promuevan políticas públicas que garanticen los DESC⁵. Finalmente, en la última sección, extraemos algunas conclusiones del estudio.

1. Un giro en el debate constitucional: hacia los estudios de impacto judicial y diseño institucional

En términos teóricos y analíticos, el giro propuesto está construido en diálogo con dos líneas de investigación que han recibido escasa atención en la literatura latinoamericana y revelan dos de sus puntos ciegos. De un lado, existe una fructífera tradición internacional de estudios sociojurídicos que indaga empíricamente el impacto político, económico y social de las sentencias judiciales. De otro lado, una de las áreas más dinámicas del derecho constitucional comparado ha sido construida alrededor del debate sobre la legitimidad, la utilidad y el funcionamiento del activismo de las cortes en relación con problemas sociales estructurales, a la luz del creciente protagonismo de los jueces en la protección de los derechos en diferentes partes del mundo en las últimas dos décadas.

En esta sección ofrecemos una discusión crítica de estas dos líneas de trabajo, como telón de fondo para la presentación, en las secciones posteriores, de los argumentos y la evidencia sobre las intervenciones judiciales en casos estructurales.

5 Para un análisis detallado de los demás efectos del caso, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009).

1.1. El punto ciego en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos: la implementación de los fallos

La copiosa bibliografía sobre la aplicación judicial de los DESC en América Latina y otras regiones del mundo ha estado dominada por dos ángulos de análisis. De un lado, algunos aportes esenciales al debate se han concentrado en el problema teórico de cómo fundamentar la justiciabilidad de estos derechos, a la luz de la teoría democrática y de la realidad de contextos sociales atravesados por profundas desigualdades económicas y políticas (Arango, 2005; Bilchitz, 2007; Gargarella, 2007; Fredman, 2008). De otro lado, un buen número de trabajos ha intervenido en la discusión desde la dogmática de los derechos humanos, con el fin de dar mayor precisión a los estándares judiciales de aplicación de los derechos sociales e impulsar su utilización por parte de los órganos judiciales y de monitoreo, tanto en la escala nacional como en la escala internacional (Abramovich y Courtis, 2004; Abramovich, Añón y Courtis, 2003; COHRE, 2003; Coomans 2006; Langford, 2008).

Las perspectivas teóricas y dogmáticas dominantes han avanzado considerablemente en la elucidación conceptual y el impulso práctico de la justiciabilidad de los DESC. Su énfasis casi exclusivo en la fase de producción de sentencias, sin embargo, ha creado un punto ciego, tanto analítico como práctico: la etapa de implementación de los fallos. Por esta razón, no contamos con estudios sistemáticos sobre la suerte que corren las decisiones activistas una vez quedan impresas en papel oficial. ¿Qué pasa con las órdenes contenidas en esos fallos? ¿En qué medida las autoridades públicas y los ciudadanos adoptan la conducta requerida por los tribunales para proteger un derecho social? ¿Qué impacto tienen los fallos sobre el Estado, las organizaciones de la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? ¿Sirven, en últimas, para proteger los derechos sociales en la práctica?

1.1.1. El debate sobre los tipos de efectos de los fallos

Con base en un trabajo más amplio (Rodríguez Garavito, 2010), en este capítulo giramos el lente analítico hacia estas preguntas. Para ello, recurrimos a herramientas de los estudios sociojurídicos internacionales, que han indagado el impacto de grandes fallos del activismo judicial en asuntos tan variados

como la desigualdad de género en el mercado laboral (McCann, 1994), la discriminación racial (Rosenberg, 1991; Klarman, 2007) y las condiciones de hacinamiento en las prisiones (Feeley y Rubin, 1998). Desde diferentes perspectivas, estos estudios han teorizado y evaluado empíricamente los efectos de la “revolución de los derechos” (Epp, 1998) provocada por la intervención creciente de los jueces en el manejo de problemas sociales estructurales.

La pregunta más recurrente (y controvertida) de esta bibliografía es: ¿cómo evaluar el impacto de una decisión judicial? En términos más amplios, ¿cómo determinar los efectos de la judicialización de problemas sociales? ¿Cómo medir el impacto de la transformación de una controversia política, económica o moral en un litigio?

Las respuestas a estos interrogantes pueden ser clasificadas en dos grupos, de acuerdo con el tipo de efectos que privilegian. De un lado, algunos autores centran su atención en los efectos directos y palpables de los fallos judiciales. Desde una perspectiva neorrealista que ve el derecho como un conjunto de normas que moldea la conducta humana, aplican un “test” estricto de causalidad para medir el impacto de una intervención judicial: una sentencia es eficaz si ha generado un cambio constatable en la conducta de sus destinatarios inmediatos, es decir, los individuos, los grupos o las instituciones que los litigantes y los jueces buscan influir con sus estrategias y decisiones. Por ejemplo, la pregunta sobre los efectos de la sentencia T-025 sería resuelta con un análisis de su impacto sobre la conducta de los funcionarios públicos y las instituciones encargadas de las políticas públicas sobre el tema y, en últimas, con una evaluación de sus consecuencias sobre la situación de la población desplazada.

El trabajo seminal de esta corriente es el de Gerald Rosenberg (1991), sobre los efectos del conocido fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Brown* de 1954, que inició una ola de intervenciones judiciales para desmontar la segregación racial en escuelas, establecimientos públicos y otros espacios. Contra la opinión dominante sobre *Brown* –según la cual el fallo revolucionó las relaciones raciales en ese país y contribuyó al surgimiento del movimiento de derechos civiles de las década de los sesenta–, el estudio empírico de Rosenberg concluyó que la sentencia había tenido escasos efectos y que la fe en las cortes como motores de cambio social era una “esperanza vacía”. Según Rosenberg, las autoridades públicas de los estados

del sur de Estados Unidos se resistieron a cumplir el fallo, de tal forma que fue la movilización política de los años sesenta y la legislación antidiscriminación que resultó de ella (y no la sentencia), las que lograron la desegregación racial. El autor llega a la misma conclusión al estudiar el impacto el impacto del litigio para despenalizar el aborto en Estados Unidos a comienzos de los setenta (en el caso *Roe v. Wade*) y, recientemente, en su análisis de los efectos de los casos y los fallos a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo (Rosenberg, 2008).

De otro lado, autores inspirados en una visión constructivista de la relación entre derecho y sociedad han criticado a Rosenberg y los neorrealistas por centrarse sólo en los efectos instrumentales y directos de los fallos y el litigio de derechos humanos. De acuerdo con la crítica, el derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones sociales no sólo cuando inducen cambios en la conducta de individuos y grupos directamente involucrados en el caso, sino también cuando provocan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman las visiones del mundo que promueven los activistas y litigantes que acuden a las cortes (véase Bourdieu, 2000). Para volver al caso de la sentencia T-025, más allá de sus efectos instrumentales directos (esto es, el cumplimiento efectivo de sus órdenes), es posible que ella haya generado efectos indirectos o efectos simbólicos igualmente importantes. Por ejemplo, puede haber contribuido a cambiar la percepción pública sobre la urgencia y gravedad del desplazamiento en Colombia, o puede haber legitimado las denuncias y reforzado el poder de negociación de las ONG de derechos humanos y las entidades internacionales que venían presionado al gobierno colombiano para hacer más por la población desplazada.

El aporte fundamental a esta aproximación constructivista es el estudio de Michael McCann (1994) sobre los efectos de las estrategias jurídicas del movimiento feminista por la equidad salarial en Estados Unidos. Contra Rosenberg, McCann sostiene que los efectos indirectos del litigio y el activismo judicial son, a menudo, más importantes que los efectos directos en los que se concentran los neorrealistas. En este sentido, “aunque, con frecuencia, las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las disputas entre grupos

sociales, tanto en el corto como en el largo plazo” (McCann, 1994:283). Y pueden tener profundos efectos simbólicos, al modificar la percepción del problema y de las alternativas de solución que tienen distintos actores sociales (los funcionarios públicos, las víctimas de la violación de derechos de que se trate, la opinión pública, etc.). Todo esto implica que, incluso cuando los jueces fallan en contra de las pretensiones de quienes promueven un cambio social, el proceso judicial puede generar efectos transformadores al darle visibilidad al problema en los medios de comunicación o crear lazos perdurables entre organizaciones activistas que pueden sobrevivir al fallo y derivar en acciones políticas colectivas a favor de la misma causa en escenarios distintos de las cortes (p. ej. el Congreso, las calles, o las instancias internacionales de derechos humanos).

Para aclarar y marcar el contraste entre estas dos visiones, resulta útil construir una tipología de los tipos de efectos que consideran (Tabla 1).

Tabla 1
Tipos y ejemplos de efectos de las decisiones judiciales

	Directos	Indirectos
Instrumentales	Diseño de política pública ordenada por sentencia	Formación de coaliciones activistas para incluir en el tema sentencia
Simbólicos	Definición y percepción del problema como violación de derechos	Transformación de la opinión pública sobre la urgencia y gravedad del problema

Fuente: Rodríguez Garavito (2010)

De un lado, como se muestra en el eje horizontal de la tabla, las sentencias pueden tener efectos directos o indirectos. Los directos consisten en las conductas ordenadas por el fallo y afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes. En el caso de la T-025, por ejemplo, algunos efectos directos han sido la formulación e implementación de nuevas normas y políticas públicas por parte de las autori-

dades a las que están dirigidas las órdenes del fallo, la inclusión de las ONG litigantes en las audiencias y el proceso de seguimiento, y la mejoría en la financiación y prestación de algunos servicios a los desplazados, que son los beneficiarios últimos de la decisión.

Los efectos indirectos son toda clase de consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no sólo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social. Como se verá más adelante, en la T-025 algunos efectos de este tipo han sido el surgimiento de coaliciones de organizaciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento de la sentencia, y la transformación de la manera como los medios de comunicación informan sobre el tema.

De otro lado, como se representa en el eje vertical de la tabla, las decisiones judiciales pueden generar efectos instrumentales o simbólicos (García Villegas, 1993). Los instrumentales implican cambios materiales en la conducta de individuos o grupos. En nuestro caso, algunos efectos de este tipo han consistido en la creación de programas de atención a la población desplazada, la actuación de entidades internacionales como financiadoras o supervisoras del proceso de seguimiento y la formación de organizaciones de desplazados para intervenir en ese proceso.

Los efectos simbólicos consisten en cambios en las ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. En términos sociológicos, implican cambios culturales o ideológicos en relación con el problema del caso⁶. Como se verá, entre los efectos de este tipo provocados por la T-025 están la transformación de la percepción pública del desplazamiento (que ahora tiende a ser visto como un problema de violación de derechos humanos, antes que una consecuencia del conflicto armado), así como la “juridización” del discurso de las organizaciones de desplazados a medida que se apropiaron de lenguaje de derechos utilizado por la Corte Constitucional (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009).

Como se aprecia en la tabla, el cruce de las dos clasificaciones da lugar a cuatro tipos tipos: (I) efectos instrumentales directos (p. ej. la expedición de una norma, el diseño de política o la ejecución de una obra pública ordenada por el juez); (II) efectos instrumentales indirectos (p. ej., la entrada al debate

6 Para los conceptos y la distinción entre cultura e ideología, véase Swidler (1986).

de nuevos actores sociales –ONG, financiadores, entidades públicas– atraídos por las oportunidades de incidencia abiertas por la sentencia); (III) efectos simbólicos directos (p. ej., la modificación de la percepción pública del problema, cuando pasa a ser concebido en el lenguaje de derechos humanos utilizado por las cortes); y (IV) efectos simbólicos indirectos (p. ej., la legitimación de la visión del problema social propuesta por los litigantes o la transformación de la opinión pública sobre la gravedad o urgencia del problema).

Con esta tipología en mente, volvamos al contraste entre los enfoques neorrealistas y constructivista. Mientras que los neorrealistas como Rosenberg se centran en los efectos instrumentales (principalmente los directos), los constructivistas cuentan entre los impactos de los fallos los cuatro tipos de efectos. Esto explica que una misma sentencia pueda ser ineficaz para los neorrealistas y eficaz para los constructivistas, en la medida en que lo que cuenta como impacto para estos es un conjunto de efectos más amplio.

Esta diferencia en la evaluación de los efectos surge de divergencias teóricas más profundas entre las dos aproximaciones. Como se señaló, la perspectiva neorrealista parte de una concepción positivista del derecho (como conjunto de normas coercitivas cuyo cumplimiento modifica la conducta humana) y de las ciencias sociales (como conocimiento sobre el comportamiento externo observable). Sus críticos, entre tanto, se basan en una concepción constructivista del derecho (como conjunto de normas y símbolos que modifican y son modificados por las relaciones sociales) y una visión interpretativa de las ciencias sociales (como conocimiento sobre la conducta humana y los marcos culturales que le dan sentido) (McCann, 1994: 290).

Otra diferencia teórica –que ha pasado prácticamente desapercibida en el debate entre las dos aproximaciones– tiene que ver con el concepto de poder que subyace a cada una. En términos de la tipología clásica de las tres caras del poder de Lukes (2007), los realistas tienden a adoptar una visión unidimensional: un actor social (en este caso, las cortes) tiene poder si logra que otro actor social (en nuestro caso, las autoridades públicas obligadas por la sentencia) cumplan lo que aquél ordena, incluso contra el querer de éste (ver Weber, 1944). Como se ve, se trata del poder evidente en los efectos instrumentales directos de los fallos.

Los constructivistas, en cambio, adoptan la crítica de Lukes y utilizan un concepto tridimensional del poder, que añade dos tipos: (1) el que se

ejerce mediante la inacción –p. ej., el que ejercen las cortes cuando deciden no abordar un caso y, así, mantienen las relaciones de poder existentes–, y (2) el poder estructural de los actores sociales cuyos intereses son protegidos por las reglas jurídicas, las instituciones sociales y la ideología dominantes, que delimitan los temas que están abiertos a discusión y la forma de discutirlos –p. ej., las reglas de procedimiento jurídico que exigen la presentación de demandas individuales y limitan las reclamaciones colectivas ante las cortes⁷. Como se puede advertir, estas dos dimensiones adicionales del poder capturan los efectos simbólicos e indirectos de las decisiones judiciales y del derecho en general.

Nuestro estudio de caso de la T-025 tomó como punto de partida la crítica constructivista a la teoría neorrealista del derecho y la sociedad, y sus resultados ofrecen razones empíricas y metodológicas que la respaldan. Desde el punto de vista empírico, las entrevistas con los actores del caso, los documentos analizados y la observación del proceso de implementación del fallo muestran que, como lo sugiere McCann, los efectos indirectos y los efectos simbólicos tienen consecuencias jurídicas y sociales tan profundas como los efectos instrumentales directos. De hecho, la situación de la población desplazada no ha cambiado sustancialmente desde 2004, y las autoridades han hecho a medias las tareas ordenadas por la Corte (véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009). En este sentido, un neorrealista como Rosenberg podría concluir que la esperanza que activistas y desplazados han puesto en la Corte ha sido vana.

Esta conclusión, sin embargo, deja por fuera importantes consecuencias del fallo que son invocadas recurrentemente por los entrevistados: la aparición del problema del desplazamiento en la agenda pública, la movilización social a favor de los derechos de los desplazados, el cambio de la percepción de la urgencia y gravedad del desplazamiento en la opinión pública, y la transformación gradual del aparato estatal que atiende a la población desplazada, entre otros.

7 El tratamiento más explícito y agudo de estas diferentes concepciones del poder y sus consecuencias para los estudios sociojurídicos se encuentra en McCann (2007).

1.1.2. El debate sobre la evaluación de los efectos: la metodología del estudio de caso de la T-025

Desde un punto de vista metodológico, la epistemología positivista de los neorrealistas implica un énfasis casi exclusivo en técnicas de investigación cuantitativas que permitan medir los efectos instrumentales directos privilegiados por esa visión. Ello es evidente en los estudios de impacto inspirados en el análisis económico del derecho, cuyas conclusiones tienden a ser tan estrechas y pesimistas como las de Rosenberg. Así ha ocurrido con los análisis económicos sobre el activismo judicial colombiano, que, de hecho, han sido la fuente de algunas de las críticas más persistentes contra la Corte Constitucional⁸.

Contra esta metodología unidimensional, el enfoque constructivista que adoptamos en este trabajo abre el abanico investigativo para incluir, a la par con técnicas cuantitativas (p. ej., análisis de indicadores sociales de la población desplazada, medición del cubrimiento de prensa del tema antes y después de la sentencia, etc.), técnicas cualitativas que capturen los efectos indirectos y simbólicos del fallo (p. ej., entrevistas a profundidad con funcionarios públicos, activistas y personas desplazadas para indagar el impacto del fallo en su percepción del desplazamiento y sus estrategias frente a él).

Ello explica la combinación de métodos utilizados en nuestro estudio de caso. Primero, el análisis está basado en 40 entrevistas semiestructuradas, de una duración promedio de una hora, con actores clave del caso, incluyendo (1) funcionarios estatales a cargo de la política de desplazamiento en entidades como el Departamento Nacional de Planeación, la Alta Consejería para Acción Social y la Cooperación Internacional, los ministerios del Interior y de Hacienda y la Defensoría del Pueblo; (2) representantes de organizaciones internacionales involucradas en el seguimiento a la sentencia, como la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); (3) miembros de ONG que han sido activas en el impulso del caso, como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes); (4) líderes de organizaciones de desplazados o de organizaciones de base que trabajan en el tema, como la Asociación de Afrocolombianos Desplazados

8 Entre las críticas de los economistas a la Corte, véase Clavijo (2001) y Kalmanovitz (2001). Para un análisis del enfrentamiento entre economistas y constitucionalistas alrededor del activismo judicial en Colombia, véase Rodríguez Garavito (2009a).

(Afrodes) y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y la Mesa de Mujeres, y (5) magistrados y funcionarios de la Corte Constitucional involucrados en el caso.

Segundo, el trabajo de campo incluyó observación participativa en diversos espacios de seguimiento de la sentencia, desde las audiencias públicas celebradas en la sede de la Corte Constitucional hasta comisiones de expertos conformados para producir información técnica para la Corte, pasando por reuniones de la coalición de organizaciones de la sociedad civil que acompañan el caso (la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado).

Tercero, el estudio implicó un análisis sistemático de la copiosa documentación producida por la Corte en el seguimiento del caso, así como los numerosos informes y publicaciones elaborados por las entidades públicas y por las organizaciones de la sociedad civil en respuesta a peticiones de información de la Corte a lo largo de los seis años de seguimiento de la sentencia.

Cuarto, analizamos las cifras e indicadores producidos por los diferentes actores del caso para medir la evolución de la situación de la población desplazada, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte en la T-025 y los autos posteriores. Para este componente cuantitativo, fueron especialmente útiles los datos de las encuestas nacionales de verificación del nivel de goce efectivo de derechos de la población desplazada, hechas en 2007 y 2008 por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y la Universidad Nacional (Comisión de Seguimiento, 2008, 2009)

Finalmente, dado nuestro interés en examinar los efectos simbólicos e indirectos a la par con los instrumentales y directos, el estudio incluyó un conteo y un análisis de contenido sistemáticos de las notas de prensa sobre el desplazamiento publicadas en el período comprendido entre los años 2000 y 2008, en los dos medios escritos de mayor difusión nacional (el diario *El Tiempo* y la revista *Semana*)⁹. El lapso de observación fue escogido para que el momento de expedición de la sentencia estuviese ubicado hacia la mitad

9 Como se explica más adelante, el análisis de prensa comprendió tanto las noticias como las columnas de opinión. Además del criterio de difusión e impacto, los dos medios fueron escogidos por ser los únicos que cuentan con bases de datos sistemáticas y accesibles durante para todos los años del período escogido. Reconocemos agradecidos el excelente trabajo de Magnolia Prada en este componente de la investigación.

del período, de tal forma que fuera posible comparar el volumen y el contenido del cubrimiento de prensa antes y después del fallo y, así, evaluar el posible impacto de éste sobre la forma como los medios y los formadores de opinión tratan el tema del desplazamiento.

En suma, al aplicar esta aproximación teórica y metodológica al análisis de la sentencia T-025, nos proponemos expandir la discusión sobre el activismo judicial y la aplicación de los derechos de dos formas distintas. Por un lado, buscamos ampliar la literatura internacional sobre la judicialización de la política y el uso del derecho por parte de los movimientos sociales, bibliografía que —como lo muestra el rápido panorama dibujado en esta sección— se concentra en la realidad legal y social estadounidense (y, en menor medida, europea)¹⁰. Como se muestra en otro lugar (Rodríguez Garavito, 2010), la discusión de la bibliografía del Norte global a la luz los contextos sociojurídicos del Sur abre nuevas posibilidades analíticas en los dos contextos y revela tanto el potencial como las limitaciones de la literatura existente¹¹.

Por otro lado, este enfoque busca impulsar los estudios sobre el impacto del activismo judicial y sobre la implementación de las sentencias en países de América Latina y otras partes del mundo en los que los tribunales han adquirido un lugar protagónico en la protección de los DESC. En este sentido, se une a una bibliografía aún muy escasa sobre el tema (ver García Villegas y Uprimny, 2004). El aporte más sistemático a esta línea de investigación es el trabajo coordinado por Gauri y Brinks (2008a) sobre la ejecución de fallos sobre DESC en Brasil, India, Sudáfrica, Nigeria e Indonesia. Aunque nuestro trabajo discute y toma algunos elementos de este valioso aporte, va más allá de él al examinar un conjunto más amplio de efectos (incluyendo los simbólicos, que reciben poca atención en los casos compilados por Gauri y Brinks) y complementar su estrategia analítica —basada en estudios nacionales panorámicos de la jurisprudencia sobre DESC— con una estrategia de estudio detenido de un caso, que permite sacar a la luz detalles empíricos y elementos analíticos que escapan a los sondeos nacionales.

10 Un balance sistemático de esta bibliografía, que confirma ese énfasis geográfico, se encuentra en McCann (2006). Una excepción notable a esta tendencia es el trabajo de García Villegas y Uprimny (2004).

11 Para una propuesta más amplia de diálogo internacional de los estudios sobre derecho y cambio social, véase Santos y Rodríguez Garavito (2007).

Sin embargo, como se mencionó, la propuesta de examinar la implementación de los fallos no se limita a ampliar el debate de la sociología jurídica sobre los efectos del activismo judicial. El énfasis que proponemos implica también un giro analítico más amplio en un debate central en el derecho constitucional comparado y la teoría política: la discusión sobre la naturaleza, la legitimidad y la utilidad de la intervención de los jueces en la solución de problemas sociales estructurales, como los que están en juego en los casos sobre derechos sociales. Dedicamos el resto de este capítulo a esbozar esta controversia más general y fijar la posición y los argumentos que surgen del análisis del caso T-025. Para ilustrar la discusión y los argumentos, presentamos a lo largo de la sección los hechos centrales del caso.

1.2. El derecho constitucional como imaginación institucional: el punto ciego en los debates sobre litigio estructural y activismo judicial

1.2.1. El problema del esencialismo de los derechos

No es casual la omisión del tema de la ejecución y el impacto de las sentencias en la bibliografía sobre los DESC. Por el contrario, tiene raíces profundas en la visión del papel del derecho y la decisión judicial que predomina en la teoría jurídica y la teoría constitucional (incluso en sus versiones más garantistas y progresistas).

En esa visión, como lo sostiene Levinson (1999), la tarea del jurista consiste en establecer si el derecho y los derechos han sido violados en una circunstancia específica. Tanto los abogados como los jueces cumplen esta tarea. La diferencia entre ellos es que mientras los primeros defienden una posición y, desde ella, argumentan que la ley ha sido vulnerada o no, los segundos deciden con autoridad si ha existido la violación. Por tanto, según lo enseñan los manuales jurídicos de todas las tendencias ideológicas, el momento jurídico por excelencia es el de la *declaración* de la existencia o ausencia de una violación del derecho y los derechos. De hecho, toda la doctrina jurídica y los métodos de interpretación legales están encaminados a esclarecer si, en un caso concreto, se ha vulnerado un derecho, y a establecer si alguien es responsable por esa vulneración.

El problema con este “esencialismo de los derechos” (Levinson 1999) es que subordina o relega al olvido la otra función central del derecho: la fijación de los *remedios* para la violación de la ley y los derechos. Dado que la visión dominante considera que se trata de una tarea extrajurídica que compete a otros (la administración pública, las autoridades de policía, etc.), los abogados y los jueces no son entrenados para diseñar medidas eficaces que garanticen el cumplimiento de las decisiones judiciales. Como lo argumenta Unger (1996) en su crítica certera a esta visión, el resultado es que la teoría y la práctica del derecho (tanto en las versiones formalistas como en las antiformalistas) han abandonado la tarea de pensar las medidas apropiadas para restablecer el derecho, tanto en el corto como en el largo plazo. En términos más generales, la consecuencia ha sido que el derecho ha dejado de servir como fuente de “imaginación institucional”, de la que surjan propuestas de arreglos institucionales que sean más promisorios que las existentes para hacer realidad la promesa transformadora que albergan el derecho y los derechos (Unger, 1996).

Un grupo creciente de trabajos sobre el litigio de derechos humanos y el activismo judicial han formulado críticas al esencialismo de los derechos y tomado el giro hacia la reflexión sobre los remedios y los diseños institucionales. En América Latina, los estudios de este tipo han reflexionado sobre casos estructurales prominentes como *Verbitsky y Riachuelo* en Argentina (Abramovich y Pautassi, 2009; Bergallo, 2005; CELS, 2008; Courtis, 2009; Filippini, 2005) y los casos de la Corte Constitucional colombiana sobre “estados de cosas inconstitucional” (Rodríguez Garavito, 2009c, 2010) y, en general, los casos sobre DESC que involucran a los jueces en problemas estructurales de políticas públicas. En Estados Unidos, una tendencia similar ha dado lugar a propuestas para recuperar el papel del derecho y los jueces en la transformación de las instituciones y prácticas sociales, que han reevaluado la tradición del litigio de interés público, los remedios estructurales y la intervención de las cortes en las políticas públicas (Balkin y Siegel, 2009; Sabel y Simon, 2004; Unger, 1996).

El ímpetu para el resurgimiento de este tipo de estudios ha provenido, en buena parte, de las innovaciones del constitucionalismo del Sur global. La movilización social y la jurisprudencia sobre DESC en países como Sudáfrica e India han sido especialmente influyentes, como lo muestran el interés por el estudio y el trasplante de esas innovaciones al constitucionalismo

y la teoría constitucional estadounidenses y europeas (Michaelman, 2009, Sunstein, 2004; Dixon, 2007; Fredman, 2008).

Este artículo se inserta en este diálogo transnacional y aporta a él los elementos empíricos y analíticos que resultan del estudio de caso de la T-025. En esta sección emprendemos esta tarea en dos pasos. Primero, señalamos las críticas tradicionales al activismo judicial sobre DESC y otros derechos. Enseguida, exponemos las respuestas que han dado a ellas los defensores del nuevo litigio estructural y de la revitalización y revisión del activismo judicial. Al hacerlo, resaltamos la conexión entre esas respuestas y los argumentos que resultan del estudio de caso.

1.2.2. Las críticas contra las intervenciones judiciales estructurales y el surgimiento del nuevo activismo judicial

Los recientes esfuerzos por reivindicar el rol de los jueces en las políticas públicas han surgido, en buena parte, como respuesta a las críticas que influyentes sectores jurídicos y políticos han formulado contra el activismo judicial favorable a los DESC. Las críticas han surgido en círculos académicos y políticos muy diversos. Algunas han provenido de académicos progresistas y favorables a la realización de los derechos constitucionales, pero preocupados por sus posibles efectos antidemocráticos (Tushnet, 2008; Waldron, 2001). Otras han venido de juristas y economistas que defienden una visión restrictiva del derecho y los derechos y que han dirigido sus argumentos críticos contra la idea misma de los DESC y del cambio social por vía judicial, como lo muestra la historia del movimiento jurídico conservador estadounidense de las últimas dos décadas (Teles, 2008), o las mencionadas críticas de abogados y economistas al activismo de la Corte Constitucional en Colombia.

Para los efectos de este capítulo, interesa resaltar dos señalamientos que son recurrentes en las críticas de estas diferentes tendencias: el argumento del carácter antidemocrático del activismo judicial y el argumento de la incapacidad de las cortes para impulsar transformaciones sociales como las exigidas por la realización de los DESC¹².

12 Dado el propósito específico de esta sección, no exploramos sistemáticamente estos argumentos ni la diversidad de posturas académicas y políticas desde las cuales son formulados. Para síntesis recientes de la bibliografía inmensa sobre este tema, véase Tushnet (2008) y Fredman (2008). Espe-

Aunque usualmente es tratado como si fuese uno sólo, el primer argumento comprende, en realidad, dos críticas distintas. De un lado, la objeción tradicional al activismo judicial se concentra en el *origen* no democrático de los jueces. De acuerdo con ella, los jueces, al no ser elegidos popularmente e interferir en asuntos de políticas públicas que competen órganos que sí lo son (p. ej., el Congreso o la Presidencia), erosionan los dos pilares de la democracia: la legitimidad basada en elecciones y la separación de poderes que está edificada sobre ella. La crítica ha sido complementada con un argumento de rendición de cuentas (*accountability*): dado que la gestión de los jueces no está sometida al control ciudadano mediante nuevas elecciones que premien o castiguen con el voto su desempeño, los jueces activistas estarían asumiendo un poder considerable sin tener que rendir cuentas sobre cómo lo ejercen.

De otro lado, algunos críticos se centran en los posibles *efectos* antidemocráticos del activismo judicial. La versión convencional de este argumento es la que señala que la intervención de los jueces puede terminar sustituyendo el debate público y la movilización social como canales de solución de controversias y toma de decisiones democráticas (Rosenberg, 1991). Una variación reciente e influyente de este argumento, basada en estudios empíricos del activismo judicial en el Norte global, sostiene que la “juristocracia” es, en realidad, una estrategia de un sector de la élite para hacerse con nichos de poder (los tribunales constitucionales, las facultades de derecho, etc.) que están protegidos de la competencia electoral (Hirschl, 2004).

El segundo argumento central contra el activismo judicial sostiene que, incluso si tuviesen legitimidad democrática, “las cortes no cuentan con las herramientas para desarrollar políticas públicas apropiadas e implementar las sentencias que ordenen reformas sociales significativas” (Rosenberg, 1991:21). Por diseño institucional, las cortes se ocupan generalmente de casos individuales, tienen conocimientos limitados sobre asuntos de política pública y dependen de las otras ramas del poder estatal para hacer cumplir sus fallos. Por tanto, según esta crítica, carecen de la visión de conjunto, la planeación a largo plazo, la información técnica y el poder coercitivo para resolver problemas colectivos.

cíficamente en relación con los DESC, véase Abramovich y Courtis (2002) y Courtis (2009).

El blanco favorito de estas críticas fueron los fallos altamente activistas de jueces constitucionales de diferentes partes del mundo que acometieron reformas detalladas de instituciones complejas y que tuvieron resultados fueron ambiguos. En Colombia, por ejemplo, los casos estructurales que corrieron esta suerte incluyen el intento de la Corte Constitucional por impulsar la reforma el sistema carcelario¹³, así como su decisión de declarar inconstitucional el sistema de financiación de vivienda y su orden de sustituirlo por uno nuevo, cuyos parámetros ella misma definió¹⁴. En Estados Unidos, fallos igualmente ambiciosos y polémicos ordenaron reformas estructurales en el sistema educativo, de vivienda y de prisiones, entre otros (Feeley y Rubin, 1999). En ambos contextos, aunque los fallos provocaron una reacción airada de los críticos de las cortes, estudios empíricos de impacto han mostrado que sus efectos fueron limitados debido al intento contradictorio de las cortes de dictar órdenes muy detalladas y rígidas, por un lado, sin establecer mecanismos viables y eficaces de seguimiento de sus fallos, por el otro (Feeley y Rubin, 1999; Rodríguez Garavito, 2010).

A pesar de que las consecuencias de los fallos fueron menos profundas de lo que se pensaba, las críticas han hecho mella y han puesto a la defensiva a los jueces activistas y a los litigantes de derechos humanos. El balance de esa primera ola de activismo detallado y directo ha sido insatisfactorio, entonces, tanto para sus defensores como para sus detractores.

Contra el telón de fondo de este cuestionamiento del activismo judicial (y de la evidencia empírica de los estudios sociojurídicos de impacto reseñados en la sección anterior), han surgido los recientes intentos por repensar la justificación, el procedimiento y los efectos de los fallos estructurales. En las siguientes tres secciones nos ocupamos de estos temas, respectivamente, a la luz de las lecciones del caso T-025.

13 Sentencia T-153 de 1998. Este fue uno de los primeros casos en los que la Corte aplicó la figura del “estado de cosas inconstitucional” y dictó órdenes complejas para solucionarlo. Sin embargo, la falta de un mecanismo de seguimiento como el utilizado en el caso T-025 hizo que, en últimas, el fallo tuviera sólo efectos temporales y limitados.

14 Sentencia C-700 de 1999.

1.3. El bloqueo institucional y la justificación del activismo judicial en las “democracias realmente existentes”

Los defensores contemporáneos del activismo judicial tienden a aceptar la crítica del riesgo antidemocrático de la intervención de los jueces en asuntos de políticas públicas (ver Gargarella, 2007). Su respuesta no ha sido, sin embargo, el abandono de la concepción del derecho como catalizador del cambio social, sino una reformulación de la justificación y los mecanismos intervenciones judiciales que pretenden profundizar, antes que erosionar, la democracia.

Frente a la crítica del origen no democrático de los jueces, el nuevo activismo judicial responde, a su vez, con una crítica a la concepción idealizada y limitada de la democracia que subyace a aquélla. En efecto, los defensores del pasivismo de los jueces asumen que, al contrario del poder judicial, las otras ramas del poder público gozan de legitimidad democrática y están sujetas a mecanismos democráticos de rendición de cuentas (*accountability*).

La práctica política e institucional, sin embargo, pone en tela de juicio este presupuesto. Basta repasar las noticias sobre los escándalos de tráfico de influencias (legales e ilegales) en los parlamentos o de los intentos presidenciales por manipular las reglas constitucionales en beneficio propio (p. ej., con el fin de perpetuarse en el poder o emprender aventuras bélicas), para desvirtuar la visión idealizada de los órganos de elección popular que tienden a abrazar los críticos del activismo judicial¹⁵. La legitimidad de la “democracia realmente existente” –por parafrasear un concepto de la Guerra Fría– es mucho más compleja y problemática de lo que sugieren los críticos.

A las dificultades prácticas se suman problemas de diseño institucional. Como lo ha mostrado O’Donnell (2008), los canales tradicionales de rendi-

15 Para limitarnos al país de nuestro estudio de caso, un informe reciente sobre el Congreso colombiano muestra que el 40% de los parlamentarios han sido investigados, se encuentran en juicio o han perdido sus curules por acusaciones de vínculos con grupos paramilitares (Semana, 2009). Por su lado, el Presidente de la República –como lo han hecho en las últimas décadas otros gobernantes latinoamericanos–, impulsó una reforma constitucional exitosa para hacerse reelegir. La situación de Colombia dista de ser excepcional en el contexto regional y, de hecho, los datos sobre juicios a congresistas reflejan la relativa solidez e independencia de su poder judicial. Y, por supuesto, la injerencia de dineros privados en la política mediante el *lobby* y múltiples canales de corrupción no es un mal exclusivo de América Latina o del Sur global.

ción de cuentas —el mecanismo “vertical” del voto, mediante el cual los electores controlan a los funcionarios elegidos— son demasiado esporádicos y manipulables como para garantizar, por sí mismos, la vigencia del orden democrático y los derechos constitucionales. Para el mantenimiento de la democracia y el Estado de derecho, son igualmente importantes los mecanismos “horizontales” de rendición de cuentas, que suponen “la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones legales e *impeachment*, en relación con actuaciones u omisiones de otros funcionarios o instituciones del Estado que pueden... ser calificados como ilícitos” (O’Donnell, 2008:38)¹⁶. Se trata, entonces, del control *entre* entidades estatales, como el que ejercen las cortes frente al ejecutivo y el legislativo.

Esta dimensión de la democracia exige de las cortes precisamente el tipo de actuación que los críticos condenan, incluyendo la intervención judicial para hacer valer los DESC y otros derechos, frente a las acciones u omisiones de la administración pública o el legislativo. Especialmente en burocracias complejas como las del Estado democrático contemporáneo, la transparencia y la responsabilidad de los poderes públicos frente a los ciudadanos no pueden ser garantizadas sólo mediante el mecanismo de las elecciones. Como lo sostienen Sabel y Simon en una de las defensas más influyentes del nuevo activismo judicial, “el litigio de derecho público rechaza la idea de que la rendición de cuentas puede darse por descontada por el sólo hecho de que una entidad estatal está inserta en una estructura administrativa más amplia que está formalmente encabezada por un funcionario elegido popularmente. Se mejante supuesto convertiría la doctrina de separación de poderes en una formalidad vacía” (Sabel y Simon, 2004:1094).

El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para la cumplir la tarea, aparece como el único ór-

16 O’Donnell agrega un tercer tipo de rendición de cuentas o *accountability*: la societal, que consiste en el control de la gestión de los poderes públicos mediante la movilización colectiva de sectores sociales.

gano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia.

¿Cuáles son esas circunstancias y esos mecanismos? Veamos unos y otros a la luz de la evidencia de la sentencia T-025.

1.3.1. Los bloqueos democráticos y los derechos desestabilizadores: las condiciones del litigio estructural y su función de desbloqueo institucional

Es llamativo que la Corte Constitucional colombiana, al determinar las situaciones que justifican su intervención por medio de fallos estructurales, haya llegado a una definición del “estado de cosas inconstitucional” (ECI) muy similar a la definición de casos estructurales utilizada por los proponentes del nuevo activismo judicial en el derecho constitucional comparado. En efecto, al tiempo que la Corte dictaba la sentencia que sistematizaba la doctrina del ECI (la T-025 de 2004), autores como Sabel y Simon (2004) desencadenaban la ola actual de estudios sobre el litigio estructural en el derecho comparado. La convergencia entre estos dos procesos es particularmente impactante si se tiene en cuenta que, como lo comentaron en nuestras entrevistas los miembros del despacho que elaboró la ponencia de la T-025¹⁷, la Corte no estaba al tanto de ese debate internacional y, de hecho, ha continuado impulsando su jurisprudencia estructural sin referencia a él.

Tanto en la doctrina del ECI como en la discusión comparada, los casos estructurales están marcados por (1) una situación de fracaso generalizado de las políticas públicas y de violación reiterada y masiva de derechos, y (2) un bloqueo del proceso político o institucional que parece inmune a los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas (Corte Constitucional, 2004; Sabel y Simon, 2004:1062). Mientras que el primer rasgo tiene que ver con la ausencia de *resultados* mínimamente aceptables de las políticas públicas, el segundo atañe a fallas sistemáticas en el

17 Entrevista con Manuel José Cepeda, Bogotá, junio de 2008; entrevista con Clara Elena Reales, Bogotá, diciembre de 2008; entrevista con Aquiles Arrieta, Bogotá, julio de 2009.

proceso de políticas públicas que contribuye a esos resultados. Veamos cada factor y su presencia en el litigio constitucional de la T-025.

1.3.1.1. El fracaso de la política pública y la violación masiva y reiterada de derechos

Uno de los hallazgos más impactantes de los estudios sobre casos estructurales es que, con frecuencia, la violación masiva de derechos se debe no tanto a la insuficiencia de las políticas públicas, sino a la realidad, aún más grave, de la *ausencia* total de políticas públicas que merezcan ese nombre. Como lo anotan Sabel y Simon:

es impresionante constatar que muy rara vez las prácticas denunciadas por los litigantes [de casos estructurales] resultan, en absoluto, de la acción de alguna autoridad. Lo más común es que la situación sea consecuencia de la renuencia o de intentos fracasados de crear una política pública. El componente más característico de los fallos estructurales es la exigencia a los demandados para que simplemente promulguen *alguna* política, a menudo con condiciones mínimas o incontrovertibles sobre qué tipo de política debe ser (Sabel y Simon, 2004:1092; cursivas dentro del texto)

Esa era la situación de la atención a la población desplazada antes de la sentencia T-025. Aunque, sobre el papel, existían un marco jurídico y unos documentos preliminares de política que regulaban el tema, en la práctica, como concluyó un estudio del Brookings Institute (2008), había una profunda brecha profunda “entre enunciaciones de política que sonaban maravillosas y la realidad”.

En efecto, siete años antes de la T-025, la Ley 387 de 1997 había contemplado medidas para la prevención, atención, protección, consolidación y estabilización económica de la población desplazada. Con base en ella, el Gobierno –por medio del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes)– había expedido un documento (el Conpes 3057 de 1999) con un “plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado”¹⁸. Además, el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada

18 El Conpes había dictado otros tres documentos de política sobre el tema, relacionados con aspectos específicos del desplazamiento: el 2804 de 1995, el 2924 de 1997 y el 3115 de 2001.

(SNAIPD), establecido por la mencionada Ley 387, existía sobre el papel como un conjunto de entidades públicas y privadas destinadas a atender a la población desplazada. Y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la ONU, más conocidos como los Principios Deng, habían sido reconocidos como obligatorios por la Corte Constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad¹⁹.

Sin embargo, tanto funcionarios públicos como miembros de ONG que han litigado el caso reconocen que el grado de ineficacia de estos documentos era tal que no equivalían, en la práctica, a una política pública. Así lo dice, por ejemplo, el Director de Codhes, una de las primeras ONG que se involucraron en el tema del desplazamiento en Colombia:

Los procesos de política pública preexistentes a la sentencia T-025 eran absolutamente precarios. Nunca existió una política. Había documentos... Hasta ese momento había documentos Conpes, y cosas así muy genéricas, [pero] no había una política pública. (...)Digamos que... buena parte de las políticas que hoy existen son gracias a esa sentencia. La ley 387 fue la base... para reconocer el desplazamiento por parte de Estado, pero evidentemente el salto cualitativo más importante que se ha dado en la política pública es la sentencia... Casi no hay un programa importante hoy que no sea producto de la sentencia T-025, por el hecho que antes de la sentencia T-025 solo había una atención parcial de ayuda humanitaria²⁰.

De forma similar, la funcionaria del Departamento Nacional de Planeación que por más de diez años ha estado encargada del tema, anotó:

Cuando llega la sentencia T-025 aquí a Planeación Nacional en febrero de 2004, para ser sincera, el tema de desplazamiento era un tema que no tenía mucha trascendencia; era un tema más de Planeación Nacional. Unos tres o cuatro [documentos Conpes de política pública] ya se habían formulado, [pero eran] documentos que no eran vinculantes... Para ser sincera, el Consejo [de Atención Integral a la Población Desplazada²¹] ni se reunía²².

19 Véase, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 y T-1635 de 2000.

20 Entrevista con Marco Romero, Director de Codhes, 19 de diciembre de 2008.

21 El Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD) está integrado por la Presidencia de la República; la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación In-

Los efectos de este vacío de políticas públicas fueron constatados por la Corte en el fallo, a partir de la información remitida por las propias entidades estatales encargadas de hacer cumplir las normas de atención a la población desplazada. Aunque los datos eran fragmentarios –precisamente por la falta de mecanismos serios de seguimiento a los programas sobre desplazamiento–, mostraban que los resultados habían sido pobrísimos. Un pasaje de la T-025 permite hacerse una idea de la situación:

[L]os estudios de la propia Red de Solidaridad Social [reconocen que]... el 61% de la población desplazada no recibió ayuda del gobierno en el período comprendido entre enero de 2000 y junio de 2001. Igualmente, sólo el 30% de las personas que se desplazaron individualmente o en grupos pequeños recibieron asistencia gubernamental en los primeros once meses del gobierno actual. Los niveles de cobertura de todos los componentes de la política son insuficientes. La atención humanitaria de emergencia... entre 1998 y 2002 tuvo una cobertura del 43% de hogares desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social.

(...) Al analizar únicamente los casos de desplazamiento individual, se observa que los datos son peores. En este caso, la cobertura es del 33% de los desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, y del 15.32% de los reconocidos por CODHES.

Los resultados de los proyectos de generación de ingresos por cuenta propia son aún más bajos. Frente a la población desplazada registrada por la Red de Solidaridad Social la cobertura es del 19.5%.

(...) En el resto de los componentes, los resultados son inferiores. Por ejemplo, la Unidad Técnica Conjunta estima que en el período 1998-2002, los programas en materia de vivienda han cumplido solamente el 11.4% de las metas planteadas y se ha satisfecho el 3.7% de la demanda. Sentencia T-025 de 2004:50)

ternacional; el Ministerio del Interior y de Justicia; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Ministerio de Defensa Nacional; el Ministerio de Protección Social; el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Ministerio de Educación Nacional; el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; el Departamento Nacional de Planeación; la Defensoría del Pueblo; el Alto Comisionado para la Paz; y la Vicepresidencia de la República.

22 Entrevista con María Angélica Alvarado, Departamento Nacional de Planeación, 9 de enero de 2009.

En últimas, un punto de vista constitucional, un vacío de política pública de este tipo es relevante en la medida en que contribuya a perpetuar (o, incluso, profundizar) violaciones graves y reiteradas de derechos humanos. Desde la T-025, la Corte colombiana enmarcó en estos términos –de vulneración masiva de derechos– la existencia de un estado de cosas inconstitucional en relación con las personas desplazadas por la violencia. De nuevo echando mano de la escasa información que existía sobre el tema en ese entonces, la Corte ilustró el panorama de los DESC y otros derechos de los desplazados:

El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada, y el 49% no cuenta con servicios idóneos.

En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la “brecha en calorías” de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el Programa Mundial de Alimentos. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años [que han sido] desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo.

(...) En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%. Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional (Sentencia T-025 de 2004: 45; notas de pie omitidas).

Este “enfoque de derechos” (según lo llamó la misma Corte) vendría a informar todo el proceso de seguimiento de la sentencia y se convertiría en la *lingua franca* de los actores públicos y privados que han participado en dicho proceso. Desde un comienzo, los indicadores sobre DESC y otros derechos fueron el parámetro para determinar la existencia de la primera condición (de resultado) un caso estructural, y la consecuente declaratoria de la existencia de un ECI. Veamos ahora la segunda condición, relacionada con el proceso de políticas públicas.

1.3.1.2. Las fallas sistémicas de políticas públicas y el bloqueo institucional

1.3.1.2.1. La situación antes de la T-025

En la sentencia, la Corte muestra que esta situación de violación de derechos estaba acompañada (y agravada) por fallas estructurales en la actuación del Estado. Entre las falencias a las que la Corte dedica mayor atención se encuentran (i) las prolongadas omisiones de las autoridades competentes en la implementación de las leyes y documentos de política sobre el tema, (ii) las prácticas estatales inconstitucionales, como la política de restringir la atención a los desplazados a la ayuda humanitaria de emergencia, (iii) la falta de medidas administrativas, legislativas o presupuestales requeridas para atender el problema, tales como la apropiación de fondos suficientes para proteger los derechos de la población desplazada, y (iv) la falta de intervención y coordinación de las múltiples entidades relevantes, desde las del orden nacional agrupadas en el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD) hasta las entidades territoriales de los niveles departamental y municipal.

Pero la Corte fue más allá. De hecho, hizo una larga lista de fallas estatales que se convirtió en la vara con la cual midió posteriormente el avance del Estado en la atención a los desplazados. Para ello, combinó el aparato conceptual de los derechos humanos con el de las políticas públicas, como lo muestra el hecho de haber clasificado las fallas bajo las categorías clásicas del ciclo de políticas públicas, esto es, diseño, implementación y evaluación. A estas categorías agrega una igualmente importante –la asignación de recursos para cumplir con las metas de política pública– que había preocupado a la Corte desde las primeras sentencias sobre ECI²³. La Tabla 2 presenta una síntesis de las fallas detectadas por la Corte con base en estas categorías.

²³ Véase, por ejemplo, el fallo SU-090 de 2000.

Tabla 2
Fallas de proceso en las políticas públicas sobre la población desplazada

<p>Fallas en etapas del ciclo de políticas públicas</p>	<p>Diseño y desarrollo de la política pública</p>	<p>No existe plan de acción actualizado sobre el funcionamiento del SNAIPD, que permita una mirada integral a la política.</p>
		<p>No se han fijado metas e indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido.</p>
		<p>La asignación de funciones y responsabilidades es difusa.</p>
		<p>Algunos elementos fundamentales de las políticas son inexistentes o insuficientes: (i) no existen plazos para el cumplimiento de los objetivos, (ii) no se señala un nivel necesario de apropiaciones, (iii) no se prevé el equipo humano necesario para la implementación de las políticas, y (iv) no se disponen los recursos administrativos idóneos para la ejecución de políticas.</p>
		<p>Varias de las políticas de atención no han sido suficientemente desarrolladas, particularmente en relación con (i) la participación de la población desplazada (PD) el diseño y la ejecución de las políticas, (ii) la información oportuna y completa para la PD sobre sus derechos, las instituciones responsables de prestarlos y los mecanismos para exigirlos, (iii) el manejo ordenado de recursos provenientes de la cooperación internacional, (iv) las políticas tendientes a buscar mayor conciencia y compromiso de la población civil no desplazada, (v) programas de preparación para los funcionarios, y (vi) reglamentación sobre acceso a la oferta institucional de la PD más vulnerable.</p>
		<p>Los tiempos previstos para la atención humanitaria de emergencia son demasiado rígidos.</p>
		<p>No es clara la asignación de funciones en los proyectos productivos urbanos y en la adjudicación de tierras.</p>

Tabla 2 (continuación)
Fallas de proceso en las políticas públicas sobre la población desplazada

Fallas en etapas del ciclo de políticas públicas		Son insuficientes las acciones por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones (p. ej. algunas entidades del SNAIPD no han creado programas especiales para la PD, otros no asignan los recursos financieros o humanos necesarios).
		Los medios utilizados para alcanzar los fines de las políticas no son idóneos (p. ej. para acceder algunos programas ofrecidos de estabilización socioeconómica la PD debía probar ser propietaria de vivienda o tierra en la cual desarrollaría el proyecto productivo).
		Existen demoras prolongadas y recurrentes en la prestación de servicios a la PD.
	Implementación de la política pública	Los trámites para la implementación de la política son excesivamente rígidos (p. ej. los trámites de contratación).
		Algunos trámites y mecanismos de implementación han sido contraproducentes (p. ej. en salud, la Circular 042 de 2002, que buscaba evitar duplicidad de pagos generó una barrera en el acceso a la salud).
		Existen fallas en los sistemas de información, en particular: (i) persiste el subregistro de la PD, (ii) el Sistema Único de Registro (SUR) no incluye datos sobre ayudas que no son entregadas por Acción Social, (iii) no se recogen datos sobre variables de género, edad, raza, etnia, etc.), (iv) no existen datos sobre tierras abandonadas por la PD, y (v) faltan datos sobre las posibilidades de generación autónoma de ingresos de la PD.
No existen sistemas de evaluación de la política.		
Seguimiento y evaluación política pública		

Tabla 2 (continuación)
Fallas de proceso en las políticas públicas sobre la población desplazada

<p>Fallas en la asignación de recursos</p>		<p>Los montos asignados son insuficientes para: (a) satisfacer la demanda de la PD, (b) proteger los derechos de la PD, y (c) desarrollar las políticas establecidas en la Ley y en los documentos Conpes.</p>
---	--	--

Fuente: Rodríguez Garavito (2009c), a partir del fallo T-025 de 2004 (sección 6.3.1.)

Además de las múltiples fallas en estos cuatro componentes centrales de las políticas públicas, la Corte advirtió un vacío estructural común a todos ellos: la falta de *coordinación* entre un sinnúmero de entidades estatales que tenían roles y programas que se sobreponían y que difuminaban la responsabilidad y la eficiencia de las políticas públicas sobre el tema. Por un lado, la Corte estableció vacíos en la asignación de funciones y responsabilidades de las distintas instituciones que hacen parte del Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD). Por otro lado, constató la duplicación de funciones entre las entidades nacionales y las entidades locales.

Las entrevistas con actores del caso ilustran esta situación de descoordinación estructural. En este sentido, es representativa la observación de un funcionario del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:

Antes [de la sentencia y el proceso de seguimiento], por la tradición administrativa que se tenía en el Estado, por la independencia de cada uno [de los ministerios]..., se manejaba el tema del desplazamiento muy desarticuladamente. Entonces, difícilmente se encontraba que para responder a una población objetivo con una dificultad se metieran todos los productos de la oferta institucional en una bolsa. Cada uno lo ofertaba por su lado, se atendía separadamente²⁴.

Este diagnóstico llevó a la Corte a asumir un rol activo en la promoción y coordinación de las políticas sobre el desplazamiento. Como lo mencionó un fun-

²⁴ Entrevista con Luis Domingo Gómez, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo, 13 de enero de 2009.

cionario de ACNUR que ha participado y seguido de cerca el proceso, “cuando se mete la Corte, dice ‘no señor acá tenemos que tener unas metas de corto, mediano y largo plazo usted tiene que definirlas, tiene que definir sus políticas, tiene que saber para donde va’. Entonces eso cambia necesariamente la visión que pueda tener un diseñador y un implementador de política”²⁵.

La situación diagnosticada por la Corte ilustra los patrones de bloqueo institucional comunes a los casos estructurales. El bloqueo puede tener varios orígenes (Sabel y Simon, 2004:1064-65). Puede surgir de una situación de “dilema de prisionero”, como la evidente en la actuación del Estado colombiano antes de la T-025, en la que las entidades encargadas estaban enfrascadas en una maraña burocrática que no era óptima para ninguna de ellas y que podía ser resuelta sólo mediante un esfuerzo explícito de coordinación general que ninguna de ellas podía emprender. El bloqueo también puede surgir cuando alguna entidad estatal o grupo social poderoso tiene “capturado” el proceso político o las políticas públicas sobre un tema, en detrimento de los intereses y derechos de grupos menos poderosos.

La T-025 ilustra un tercer factor de bloqueo institucional que es común en los casos estructurales en el Sur global, pero que permanece invisible en los estudios sobre el tema que se centran en la práctica jurídica e institucional de Europa o Estados Unidos (Sabel y Simon, 2004; McCann, 1994; Rosenberg, 1991). Mientras que estos se centran en fallas de coordinación o receptividad (*accountability*) de las instituciones, los problemas que derivan en litigios estructurales surgen, con frecuencia, de la falta de *capacidad* de las entidades estatales. En otras palabras, los estudios existentes dan por descontado que las instituciones tienen la infraestructura básica, los recursos y la capacidad técnica para atender el problema y, por tanto, ven las intervenciones judiciales como formas de afinar su funcionamiento y articulación con otras instituciones que también cuentan con esa capacidad. Pero un denominador común de los casos recientes de litigio estructural en América Latina y otras partes del Sur global (y también del Norte) es que surgen de falta de capacidades básicas de las instituciones encargadas de la política pública sobre el tema. En términos de sociología del Estado (Mann 1993:60), se trata, entonces, de ausencia de “poder infraestructural” de las instituciones

25 Entrevista con Andres Celis, oficial de ACNUR, 17 de enero de 2008.

para implementar eficazmente una política pública y llegar a todo el territorio nacional.

Como lo muestran tanto la T-025 como otros fallos prominentes de la ola reciente de litigio estructural (como los mencionados casos *Verbitsky y Riachuelo* en Argentina), las cortes han tenido que comenzar por promover procesos de fortalecimiento de la capacidad o poder infraestructural de las instituciones relevantes. Contra los escépticos de la capacidad de las cortes, hay que recordar, entonces, que en las “democracias realmente existentes” los problemas de capacidad institucional pueden ser endémicos también en la administración pública.

De ahí que, como veremos enseguida, parte del efecto de desbloqueo institucional generado por la sentencia haya consistido en incentivar la construcción de capacidades institucionales básicas, como el levantamiento de información, la apropiación de recursos y la articulación entre el Estado central y los gobiernos provinciales y locales. Todo esto dentro del contexto de un Estado que se caracteriza por una combinación singular de, por un lado, nichos de excelencia en algunos sectores de la burocracia nacional y, por otro lado, una marcada debilidad y captura institucional en otros sectores de esa burocracia y, sobre todo, de las administraciones provinciales y municipales.

1.3.1.2.2. El efecto desbloqueador

Llegamos, entonces, al primer efecto de la intervención judicial en casos estructurales: sacudir el aparato estatal que se encuentra enfrascado en alguna de las situaciones de estancamiento mencionadas. Se trata de una función desestabilizadora del derecho y los derechos: lo que se busca desestabilizar es precisamente el equilibrio institucional perverso que bloquea el funcionamiento de la democracia y el cumplimiento de los derechos. Estos “derechos desestabilizadores” (Unger 1987) justifican el activismo judicial estructural en la medida en que pretenden “estremecer y abrir las instituciones públicas que han tenido fallas crónicas en el cumplimiento de sus obligaciones y que se muestran impermeables a los mecanismos usuales de responsabilidad política (*accountability*)” (Sabel y Simon, 2004:1020).

El efecto desbloqueador opera mediante varios mecanismos²⁶. Por ejemplo, la sola sentencia, al darle la razón a los demandantes y responsabilizar públicamente a las entidades estatales por violaciones graves de derechos, altera el balance de poder entre demandantes y demandados. En este nuevo terreno político, es probable que se abran nuevas posibilidades de negociación, colaboración y discusión entre los actores del caso, que deriven en soluciones que habrían sido inviables bajo las condiciones del balance de poder previo al fallo. Por ejemplo, la Corte Constitucional –al condenar al Estado colombiano con la declaración del ECI y darle legitimidad a las ONG y organizaciones de desplazados como parte del proceso de seguimiento a la T-025– alteró el terreno político de la discusión sobre el desplazamiento y, al hacerlo, desencadenó procesos impensables antes de la sentencia (p. ej., la construcción conjunta, entre el Estado y las ONG, de indicadores de goce de derechos de la población desplazada para evaluar la evolución de las políticas públicas).

Los mecanismos de desbloqueo son tan variados como las fallas estructurales de las políticas públicas. En general, las reacciones inmediatas del Estado a la T-025 muestran que la sentencia remeció, por lo menos parcialmente, la inercia institucional en temas como el presupuesto dedicado a la atención a los desplazados, la reactivación del inoperante sistema de coordinación interinstitucional y la expedición de algunos programas de emergencia.

Este efecto despertador de la durmiente burocracia estatal fue descrito por varios de los entrevistados. Una de las magistradas auxiliares del despacho de la Corte que hizo la ponencia de la T-025 comentó, por ejemplo, que inicialmente las entidades estatales intentaron mantener la inercia y prolongar el plazo para cumplir órdenes elementales de la sentencia, como la de calcular el monto que sería necesario para atender adecuadamente a la población desplazada. En un comienzo, entonces, la respuesta del Gobierno a la Corte fue “vamos a hacer un esfuerzo presupuestal pero necesitamos dos años para ver cuánto necesitamos. Entonces [en la Corte] dijimos no. No necesitan dos años, necesitan un mes... Y efectivamente en un mes salió [el cálculo de la cifra], de cinco billones [de pesos]”²⁷. Un comentario del funcionario de la Defensoría del Pueblo encargado del tema ilustra el mismo efecto sobre la burocracia estatal: “en reu-

26 Para un análisis detallado de este efecto, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009).

27 Para ser precisos, el presupuesto que el Gobierno calculó que sería necesario para cumplir con el fallo de la Corte y proteger los derechos de la población desplazada, fue 4,7 billones de pesos.

niones preparatorias de las sesiones de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, uno escucha funcionarios del orden nacional como de orden territorial que dicen que se tienen que apurar porque tienen sesión con la Corte, o porque se les va a vencer el plazo que la Corte expidió”²⁸.

En síntesis, como lo reconoció el editorial de un diario nacional en 2007, la sentencia “fue clave para dinamizar la actitud estatal. Autos periódicos del alto tribunal, que llegó a pedir a un juez abrir proceso por desacato contra funcionarios del Gobierno –y críticos informes de la Procuraduría, la Contraloría y la Defensoría sobre las falencias en la atención–, que han mantenido la presión para que el Estado cumpla sus obligaciones” (El Tiempo, 2007).

La inercia institucional y el efecto desbloqueador analizados en esta sección responden la pregunta sobre la *justificación* del activismo judicial estructural. En otras palabras, aportan argumentos para determinar cuándo procede este tipo de intervención de los jueces. Sin embargo, dejan en pie un interrogante igualmente importante, sobre el procedimiento mediante el cual debe ser hecha la intervención para que sea a la vez eficaz y legítima en una democracia. A esta cuestión sobre el *cómo* de los fallos estructurales está dedicada la siguiente sección.

1.4. La implementación de los fallos por medio de la jurisprudencia dialógica: la promoción de la democracia deliberativa y experimental

1.4.1. Capacidad, legitimidad y deliberación

Como se vio, las dos críticas clásicas contra el activismo judicial cuestionan la capacidad institucional y la legitimidad política de las cortes para involucrarse en proyectos de transformación social. El estudio de la implementación de fallos estructurales contemporáneos, como el T-025, apunta a respuestas novedosas a dichas objeciones.

En relación con la pregunta por la capacidad, nuestro estudio de caso lleva a replantear sus términos: ¿capacidad para qué? Como se explica en otro lugar (Rodríguez Garavito, 2010), detrás del argumento de autores como

28 Entrevista con Hernando Toro, coordinador de la Oficina de Atención al Desplazamiento de la Defensoría del Pueblo, 22 de enero de 2009.

Rosenberg sobre la incapacidad de las cortes, es posible advertir dos supuestos controvertibles. Primero, Rosenberg y los críticos tienen en mente el tipo de activismo judicial que marcó la jurisprudencia estadounidense entre los años cincuenta y ochenta del siglo pasado, caracterizado por fallos que ordenaban reformas muy detalladas de las políticas y las instituciones públicas. En este sentido, la capacidad a la que se refieren tiene que ver con la realización de este tipo de reformas desde las mismas cortes. En efecto, como lo muestran las muchas intervenciones judiciales que buscaron reformar el disfuncional sistema carcelario estadounidense, los jueces no sólo declararon que existía una violación estructural de los derechos de los detenidos, sino que intentaron enfrentarla mediante órdenes directas y minuciosas sobre asuntos tan específicos como el número de guardias que debían ser contratados o los detalles del diseño de las instalaciones carcelarias (Feeley y Rubin, 1998). Se trata del mismo tipo de activismo judicial reflejado en algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana de la década de los noventa, como el mencionado fallo C-700 de 1999, que no sólo declaró inconstitucional el sistema de financiación de vivienda sino que estableció los parámetros de la nueva legislación que, de acuerdo con las órdenes de la Corte, debía ser expedida por el Congreso para reemplazar el sistema existente.

Segundo, cuando señalan la incapacidad de los jueces para hacer cumplir sus decisiones, los críticos dan por descontado que el proceso de ejecución de los fallos es el predominante en ese tipo de activismo judicial, en el que las cortes suelen enfrentarse, solitarias, a burocracias impermeables y resistentes al cambio. Se trata de un proceso antagónico cuyos participantes usualmente son sólo las cortes y las instituciones estatales relevantes. En esas condiciones, no sorprende que la capacidad de los jueces haya sido insuficiente para, por sí solos, hacer cumplir sus fallos. Sin embargo, es esa capacidad heroica la que autores como Rosenberg parecen echar de menos al criticar el activismo judicial.

Los escépticos de esta variante del activismo judicial no fueron los únicos en objetarlo. A pesar de su contribución al derecho constitucional y a la garantía de los DESC y otros derechos, ese tipo de intervención se topó con problemas de eficacia y legitimidad que lo hicieron blanco de críticas provenientes de defensores de un rol proactivo de los jueces en las democracias. En la práctica, las órdenes minuciosas y verticales generaron transformaciones

mucho menos ambiciosas que las contempladas por las cortes, en buena medida por la resistencia y la inercia de las burocracias disfuncionales que eran las destinatarias de las órdenes.

Pero la opción de los jueces activistas por órdenes muy detalladas fue, en parte, responsable de la ineficacia de los fallos. Al definir desde la sentencia misma las reformas a implementar, las cortes se expusieron a acusaciones de usurpación de funciones de los otros poderes públicos y cerraron el paso a procesos públicos de deliberación que incluyeran al Estado y la sociedad civil –procesos que, además de tener un obvio beneficio democrático, tienen claras ventajas prácticas para la búsqueda de soluciones eficaces a problemas complejos de políticas públicas que las cortes (ni ningún otro poder público) tienen capacidad para encontrar por sí mismas.

En parte por estas razones –y en parte por la oscilación del péndulo ideológico hacia el conservadurismo jurídico y político (en los ochenta en Estados Unidos y parte de América Latina, y a finales de los noventa en Colombia)–, el activismo vertical y minucioso de los jueces disminuyó en los países donde había tomado vuelo. Y no despegó nunca en aquellos países, como la mayor parte de los latinoamericanos, donde el formalismo jurídico había impedido su avance.

Estos motivos han convergido para alentar un nuevo tipo de activismo judicial, frente al cual las objeciones de Rosenberg y los críticos clásicos parecen mucho menos plausibles. Se trata de un “activismo dialógico”, que intenta responder dichas objeciones con mecanismos institucionales que se diferencian de los preferidos por el activismo que le precedió (Abramovich, 2005; Bergallo, 2005; Dixon, 2007; Gauri y Brinks, 2008b; Gargarella, 2007; Sabel y Simon, 2004).

Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales “fuertes” de los “débiles” –esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo–, sus remedios tienen a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el trans-

curso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.

Segundo, la implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas.

Tercero, por esa razón, los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquéllos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.

Por supuesto, no todos los fallos del activismo contemporáneo, ni siquiera los explícitamente dialógicos, se ajustan a estas condiciones. Además, las decisiones de las cortes activistas varían mucho en la fortaleza o debilidad de los remedios que establecen. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha rehusado fijar plazos y condiciones estrictas para el cumplimiento de sus órdenes en casos icónicos como *Grootboom*²⁹ y *Treatment Action Campaign*³⁰. Por el contrario, la Corte colombiana de la T-025, aunque ha tendido a dejar la definición de los detalles de las políticas al proceso de seguimiento, ha dictado decisiones y fijado plazos mucho más estrictos. En el medio se encuentran otros tribunales, como la Corte Suprema argentina en el mencionado caso *Verbistky*.

29 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) [declara la violación del derecho a la vivienda de habitantes de asentamientos informales en Ciudad del Cabo].

30 *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*, 2002 (10) BCLR 1033 (CC) [declara la violación del derecho a la salud por obstáculos para el acceso de pacientes con VIH/Sida a un medicamento antirretroviral].

Estas variaciones prácticas no desvirtúan la utilidad del concepto de activismo dialógico, que postulamos como tipo ideal weberiano para analizar las tendencias evidentes en fallos estructurales contemporáneos, caracterizados por los tres rasgos que señalamos. Además de su utilidad descriptiva, el concepto de activismo dialógico ha ido acumulando defensores por razones prescriptivas de teoría política y constitucional. A medio camino entre el activismo clásico y sus críticos, los defensores del activismo dialógico abogan por fallos judiciales que intervengan para declarar la violación de derechos, pero les dejen a los poderes democráticamente elegidos la responsabilidad de decidir cómo corregir la situación (Dixon, 2007; Gargarella, 2007). De esta forma, se lograría un punto medio entre el deber de proteger los derechos, de un lado, y el imperativo democrático de la separación de poderes y la deliberación sobre asuntos complejos de políticas públicas, del otro (Nino, 1996).

En este sentido, el modelo preferido por la mayoría de los defensores del activismo dialógico parece acercarse a la solución intermedia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, con su combinación de “derechos fuertes” reconocidos por sus sentencias y “remedios débiles” que dejan la realización de esos derechos, en la práctica, al arbitrio del Gobierno y la legislatura (Dixon, 2007; Tushnet, 2008). En este modelo, el parlamento y, en menor medida, la administración pública parecerían ser los únicos espacios verdaderamente deliberativos en las democracias contemporáneas. En él, el activismo dialógico, se limitaría a mantener las reglas de deliberación democrática (por ejemplo, invalidando leyes que no fueron objeto de deliberación juiciosa en el parlamento) y, en casos estructurales de violaciones de derechos, se limitaría a declarar la existencia de la violación y la responsabilidad estatal, y a remitir su solución a los poderes elegidos.

Nuestra posición es parcialmente distinta. El estudio de caso de la T-025 sugiere que esta posición se queda corta frente al potencial del activismo dialógico para promover la democracia deliberativa. En efecto, mientras que la literatura existente tiende a defender el pasivismo judicial en la etapa de implementación de los fallos, nuestro análisis sugiere que las cortes mismas pueden propiciar escenarios de deliberación eficaces que complementan, en lugar de reemplazar, los atrofiados espacios de los parlamentos de las “democracias realmente existentes”. A una conclusión similar han llegado los

escasos estudios empíricos comparados sobre el impacto de la aplicación judicial de los derechos sociales, que muestran que los tribunales han ofrecido instancias adicionales de discusión sobre las políticas sociales cuestionadas en los fallos (Brinks y Gauri, 2008b: 343).

1.4.2. El efecto deliberativo

Estas observaciones nos llevan a postular una segunda consecuencia del activismo estructural de tipo dialógico: el efecto deliberativo. Más allá de la evidencia detallada sobre el contenido de este efecto (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009), para los propósitos específicos de este capítulo, nos limitamos a ilustrar la presencia de los tres rasgos señalados en la sentencia sobre desplazamiento forzado.

En primer lugar, en cuanto al grado de fortaleza de los remedios judiciales, la T-025 sigue el patrón del activismo dialógico al establecer obligaciones más generales y procedimentales que las de muchas sentencias activistas previas de la Corte Constitucional. Sin embargo, a diferencia de otros tribunales, el colombiano fijó plazos perentorios e identificó con precisión las entidades y los funcionarios responsables por el cumplimiento de esas obligaciones.

La Corte dictó tres órdenes centrales:

- (1) *La creación de un plan de acción* para superar el estado de cosas inconstitucional, ante la ausencia de políticas públicas sobre el desplazamiento. El plan debía incluir la recolección y sistematización de información básica sobre la situación de la población desplazada; el cálculo del presupuesto que sería necesario para superar la situación crítica; la identificación de las fuentes potenciales de ese presupuesto; y la distribución del esfuerzo presupuestal entre el Estado central, los departamentos, los municipios y las entidades de cooperación internacional. Estas órdenes fueron dirigidas tanto a las entidades públicas nacionales encargadas de la política sobre desplazamiento, como a los gobiernos locales, y para su cumplimiento la Corte fijó un exigente plazo de dos meses.
- (2) *La realización de todos los esfuerzos posibles para conseguir el presupuesto* requerido para atender a los desplazados, según el cálculo exigido al mismo Gobierno. Para el cumplimiento de esta orden se fijó un plazo de un año.
- (3) *La garantía del goce efectivo del contenido esencial de los derechos básicos de*

la población desplazada. Con base en las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, la Corte estableció que esos derechos son el derecho a la vida; el derecho a la dignidad y a la integridad personal; el derecho a la familia y la unidad familiar; el derecho a la subsistencia; el derecho a la salud básica; el derecho a la no discriminación; el derecho de los niños a la educación básica; el derecho a la asesoría para la estabilización socioeconómica; y el derecho a decidir libremente sobre el retorno al lugar de origen o la permanencia en el lugar de desplazamiento. Para el cumplimiento de estas obligaciones, fijó un plazo de seis meses.

Como se ve, la Corte siguió un camino intermedio al definir la severidad de los remedios. Por un lado, la mayoría de sus órdenes fueron de medios, antes que de resultado: en lugar de fijar los detalles de las reformas, exigió al Gobierno diseñar un plan de acción para llevarlas a cabo. Por otro lado, estableció plazos perentorios y dictó un remedio fuerte, de resultado: la garantía eficaz de los derechos mínimos de las personas desplazadas.

A lo largo del proceso de seguimiento, la Corte ha intentado sostener este difícil balance. Ha insistido en mantener el poder de decisión sobre las políticas en cabeza del Gobierno nacional, pero, a medida que ha transcurrido el tiempo y ha aumentado la urgencia de la situación de los desplazados (especialmente de grupos vulnerables como los indígenas, los afrocolombianos, los menores de edad y las mujeres víctimas de violencia sexual), ha venido dictando un buen número de decisiones que fijan remedios fuertes, con obligaciones de resultado detalladas. Y los indicadores de goce efectivo de derechos surgidos del mismo proceso de seguimiento, han sido utilizados por la Corte para hacer mediciones cada vez más estrictas de los resultados de la gestión del Gobierno.

En segundo lugar, la T-025 es una clara ilustración de los mecanismos que caracterizan el activismo dialógico. En efecto, entre febrero de 2004 y julio de 2009, la Corte dictó 80 decisiones (autos) para darle continuidad a las órdenes impartidas en la sentencia, solicitar informes y acciones concretas, hacer seguimientos puntuales y establecer indicadores de evaluación del grado de realización de los derechos de los desplazados. Los autos han sido acompañados de 12 audiencias abiertas en las que se han discutido aspectos centrales de la política sobre el tema y se han rendido cuentas públicas del desempeño de las entidades estatales destinatarias de las órdenes de la Corte.

Por medio de ellos, por ejemplo, se construyeron los mencionados indicadores de goce efectivo de derechos que resultaron de propuestas del Gobierno y la sociedad civil, y que se convirtieron en el parámetro consensual con el que se miden los avances y retrocesos en la situación de los desplazados. Estas audiencias son la ilustración más clara del efecto deliberativo del activismo dialógico en *sede judicial*, que ha escapado a la mayor parte de los defensores de este tipo de intervención de las cortes que están inspirados en la democracia deliberativa.

Finalmente, la T-025 amplió el abanico de actores, públicos y privados, que participan en el proceso de discusión de políticas públicas sobre el desplazamiento. En efecto, sostenemos que uno de los resultados indirectos de las audiencias y el proceso de seguimiento ha sido la conformación de un verdadero campo sociojurídico (Bourdieu, 2000) —que llamamos el “campo del desplazamiento”—, en el que actores muy diversos —desde las organizaciones de desplazados y ONG hasta decenas de entidades estatales y organismos como ACNUR— interactúan, colaboran y chocan a diario para definir las normas, las políticas y los programas sobre el desplazamiento en Colombia (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009).

Mediante este proceso deliberativo, como lo sostuvo ACNUR en un reciente informe, la Corte ha sido fijado una “hoja de ruta” para el aparato estatal (ACNUR, 2007: 121). Esta conclusión es compartida por la subdirectora de atención a la población desplazada de Acción Social, la entidad gubernamental encargada de coordinar la política sobre desplazamiento:

Lo que ha sido el punto realmente de esta sentencia ha sido el seguimiento porque la Corte en ese [proceso] ha empezado a delinear una ruta y ha acompañado al Gobierno en la delimitación de esa ruta. Ese ha sido el aporte. No ha sido sólo “cumpla” y que el Gobierno verá qué hace, sino que también ha sido “cumpla pero creo que usted debería mirar estos parámetros para cumplir”. Eso no lo tiene ninguna sentencia³¹.

31 Entrevista con Viviana Ferro, subdirectora de atención a la población desplazada de Acción Social, 8 de enero de 2009. En el mismo sentido, la revista *Semana* sintetizó los cuatro primeros años de la sentencia: “en el año 2004 la Corte tomó una serie de decisiones que desde entonces tienen contra las cuerdas al gobierno nacional —sentencia T-025—, las cuales han sido objeto de seguimiento de-

En síntesis, el efecto desbloqueador y el efecto deliberativo de la sentencia responden las objeciones clásicas contra el activismo judicial y ayudan a caracterizar el nuevo activismo dialógico. En conjunto, abren las puertas a un proceso más o menos deliberativo de experimentación democrática alentado por las cortes, en el que un espectro expandido de actores sociales interactúan y establecen relaciones —a veces colaborativas, otras veces antagónicas— mediante las cuales pueden surgir propuestas de solución a problemas sociales complejos.

Este tipo de intervención judicial no garantiza la solución³². Pero, comparada con las alternativas ofrecidas por las democracias realmente existentes, ofrece un canal propicio para promover la deliberación sobre posibilidades de solución que muy probablemente no habrían surgido del bloqueo institucional que caracteriza los casos estructurales.

Dados los propósitos específicos de este capítulo, nos hemos concentrado en los efectos de desbloqueo y deliberativo. Pero estos no son las únicas consecuencias de la T-025 y de este tipo de intervención judicial. Antes de concluir, entonces, mencionamos brevemente los otros efectos que documentamos en la versión extensa de este estudio de caso (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009) y los ubicamos en la tipología propuesta anteriormente.

1.5. La tipología de efectos y la sentencia T-025

Volviendo a la clasificación propuesta, la Tabla 3 ubica los efectos de la T-025 en ese mapa conceptual.

tallado por la propia Corte por medio de audiencias y autos posteriores. Esta novedosa manera judicial de operar es valiosa en muchos sentidos y le ha permitido a los organismos de control de la actividad estatal y a las propias organizaciones sociales, articular importantes esfuerzos para apoyar las decisiones de la Corte y tratar de hacerlas efectivas (Semana, 2008).

32 De hecho, las cifras muestran que los avances en la garantía de los derechos de los desplazados son aún muy limitados (Comisión de Seguimiento, 2008).

Tabla 3
Efectos de la sentencia T-025

	Directos	Indirectos
Instrumentales	Efecto de desbloqueo	Efecto coordinador Efecto de políticas públicas Efecto deliberativo
Simbólicos	Efecto social	Efecto creador

Comenzando con los tipos de impacto en los que nos hemos centrado, la tabla muestra que el *efecto de desbloqueo* es una consecuencia instrumental directa del fallo, en la medida en que afecta la estructura del aparato estatal que la Corte intenta desestancar con sus órdenes. En cuanto al *efecto deliberativo*, sostenemos que se trata de una repercusión directa del fallo –en cuanto surge del mecanismo de seguimiento diseñado explícitamente por la Corte para provocar este tipo de impacto–, que tiene dimensiones instrumentales y simbólicas. Instrumentales en la medida en que ha resultado en mecanismos concretos de políticas públicas (p.ej., los indicadores de goce efectivo de derechos que han surgido de la deliberación alrededor de las audiencias y los autos). Simbólicos en cuanto ha alterado la comprensión del problema y las percepciones sobre el proceso de políticas públicas, tanto de los actores involucrados como de terceros (ver Tabla 2).

El estudio de caso muestra, además, que la Corte “creó” el problema del desplazamiento forzado, como un asunto público y urgente de derechos humanos. Mediante este *efecto creador*, sostenemos, la Corte contribuyó a enmarcar la situación de los desplazados –que antes había sido vista como un efecto colateral del conflicto armado– como un problema de violación de derechos humanos que requería una reacción inmediata. Se trata de una consecuencia indirecta del fallo, en la medida en que afecta a un conjunto de actores mucho más amplio que los afectados por sus órdenes, desde organismos internacionales de derechos humanos hasta los medios de comunicación y la opinión pública. Al contribuir a transformar la percepción pública del problema y crear el campo sociojurídico del desplazamiento, este efecto

incluye dimensiones simbólicas e instrumentales por igual, como se muestra en la Tabla 2.

El estudio del proceso documenta el *efecto coordinador* que ha tenido el fallo sobre la burocracia pública. Como se vio, las fallas estructurales de las políticas tienen que ver no sólo con las deficiencias de las instituciones relevantes, sino con la falta de coordinación entre ellas. Mostramos, entonces, que la Corte ha terminado jugando un rol racionalizador de la política pública al promover este tipo de coordinación, tanto entre las entidades directamente involucradas por el fallo como entre las entidades indirectamente relacionadas con el caso. De ahí que, en la tabla, este efecto se encuentre a medio camino entre los impactos directos e indirectos.

El análisis de impacto de cualquier sentencia sobre DESC debe incluir la pregunta básica sobre el impacto sobre la población beneficiaria. En últimas, ¿qué cambios ha habido en las políticas públicas y en la situación de los desplazados después de la sentencia? Tras advertir la dificultad de trazar nexos causales nítidos entre el fallo y estos efectos directos e indirectos, nuestro estudio intenta responder las dos partes de esta pregunta. Por un lado, mediante el *efecto de políticas públicas*, documenta el considerable impacto de la sentencia en el diseño, la implementación y el seguimiento de planes de acción sobre el desplazamiento emprendidos tanto por las entidades directamente involucradas en el caso como por aquéllas que han recibido el impacto mediato de las mismas. De otro lado, examinamos el limitado *efecto social* del fallo, en términos de la evolución de la situación de los derechos de los desplazados. Este último efecto tiene también una connotación simbólica, por cuanto afecta la percepción de las propias víctimas del desplazamiento sobre su situación.

2. Conclusiones

En este artículo, hemos propuesto un giro de los estudios sobre derechos sociales hacia un tema que ha recibido escasa atención: la implementación y el impacto de los fallos. Para ello, nos hemos concentrado en sentencias que encaran problemas sociales estructurales, a partir de un estudio del caso más complejo, prolongado y ambicioso de la Corte Constitucional colombiana:

la sentencia T-025 de 2004. En esta decisión, la Corte declaró la existencia de una violación masiva de los derechos de la población desplazada y abrió un proceso de seguimiento y construcción de políticas públicas que ha durado seis años y continúa en curso.

Con base en los hallazgos del estudio de caso, y de un marco teórico que combina elementos de derecho constitucional comparado y sociología jurídica, el artículo ha intentado sustentar tres argumentos sobre sendos temas centrales de la discusión sobre los DESC. Primero, en relación con la justificación del activismo judicial sobre los DESC, nuestro estudio parte de un análisis realista del rol de los jueces en las “democracias realmente existentes”. En ese contexto, el estudio mostró que las cortes pueden ser una instancia adecuada para desbloquear los procesos de políticas públicas de los que depende la realización de los derechos sociales. Segundo, en cuanto al procedimiento de intervención judicial en estos casos, el análisis revela que los procesos de seguimiento e implementación de fallos que incluyen oportunidades de participación y de deliberación pública para todos los actores pertinentes, tienen el potencial de profundizar la democracia y generar soluciones eficaces a problemas estructurales de política pública. Finalmente, en relación con el impacto del activismo judicial sobre DESC, nuestro estudio abre el campo de visión analítico para incluir no sólo los efectos instrumentales y directos de los fallos, sino también los efectos indirectos y los efectos simbólicos.

Más allá de los detalles del estudio de caso, nuestro trabajo busca contribuir a una línea naciente de análisis de implementación e impacto sobre DESC en América Latina y otras partes del mundo. Una línea que intenta recuperar la pregunta básica que motiva a los litigantes y estudiosos preocupados por hacer realidad la promesa de los derechos sociales: en últimas, ¿para qué sirven los fallos judiciales?

Bibliografía

ACNUR, 2009. *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*. Disponible en: <http://www.unhcr.org/4a375c426.html>

- Abramovich, Víctor, 2005. “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados”. En *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos* 2 2: 195-232.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abramovich, Víctor y Laura Pautassi, eds. 2009. *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Arcidiácono, Pilar, Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito, eds. 2009. *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá, Buenos Aires y Santiago: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, CELS y Universidad Diego Portales.
- Balkin, Jack y Reva Siegel (eds.). 2009. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press.
- Bergallo, Paola .2005. “Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina,” trabajo presentado en el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Rio de Janeiro, 2005. Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/lsela/sela2005.htm>
- Berger, Jonathan. 2008. “Litigation for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education”. En *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 38-99. Nueva York: Cambridge University Press.
- Bourdieu, Pierre. 2000. “La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico”. En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Brinks, Daniel y Varun Gauri (eds.). 2008a. *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing world*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 303-352. Nueva York: Cambridge University Press.
- _____. 2008b. “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World”. En *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 303-352. Nueva York: Cambridge University Press.

- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). 2008. *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Chayes, Abram. 1976. "The Role of the Judge in Public Law Litigation". En *Harvard Law Review* 89 7: 1281-1302.
- Clavijo, Sergio. 2001. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfa-omega.
- Comisión Internacional de Juristas. 2008. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*. Ginebra: CIJ.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. 2009. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Garantizar la observancia de los derechos de la población desplazada*. Vol. 2. Bogotá: Comisión de Seguimiento.
- _____. 2008. *Verificando el cumplimiento de los derechos. Primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional*. Bogotá: Comisión de Seguimiento.
- Coomans, Fons, ed. 2006. *Justiciability of Economic Rights*. Oxford: Intersentia.
- Courtis, Christian. 2009. *Ecos cercanos: escritos sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.
- Dixon, Rosalind. 2007. "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited". *International Journal of Constitutional Law* 5 3: 391-418.
- El Tiempo. 2007. "El año de los desplazados", abril 8.
- Epp, Charles. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and the Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press.
- Feeley, Malcolm y Edward Rubin. 1998. *Judicial Policymaking and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Filippini, Leonardo. 2005. "Superpoblación carcelaria y *habeas corpus* colectivo", en *Revista Lexis-Nexis*, No. 2.
- Fiss, Owen. 2003. *The Law as It Could Be*. Nueva York: NYU Press.
- Fredman, Sandra. 2008. *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.
- García Villegas, Mauricio. 1993. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Gargarella, Roberto. 2006. "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?". En *Perfiles Latinoamericanos* 28: 9-32.
- Gargarella, Roberto. 2007. "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?" En *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, editado por Rodolfo Arango, 377-407. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.
- Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux, eds. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate.
- Gauri, Varun y Daniel Brinks (eds). 2008. *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Nueva York: Cambridge University Press.
- _____. "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights". En *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 1-37. Nueva York: Cambridge University Press.
- González, Felipe. 2004. *El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- Klarman, Michael. 2007. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Oxford: Oxford University Press.
- Kalmanovitz, Salomón (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Langford, Malcom (ed.). 2008. *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Levinson, Daryl. 1999. "Rights Essentialism and Remedial Equilibration". En *Columbia Law Review* 99 4: 857-940.
- Liebenberg, Sandra. 2008. "South Africa". En *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, editado por Malcom Langford, 75-101. Cambridge: Cambridge University Press.

- Lukes, Steven. 2005. *Power. A Radical View*. New York: Palgrave MacMillan.
- Mann, Michael. 1993. *The Sources of Social Power. The Rise of Classes and Nation-states, 1760-1914*. Vol II. Cambridge: Cambridge University Press.
- Maurino, Gustavo, Ezequiel Nino y Martín Sigal. 2005. *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional y comparado*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- McCann, Michael. 2007. “Dr. Strangelove: Or How I Learned to Stop Worrying and Love Methodology”, en *Studies in Law, Politics, and Society*, _____2006. “Law and Social Movements: Contemporary Perspectives”, en *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2: 17-38.
- _____. 1994. *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Michaelman, Frank. 2009. “Economic Power and the Constitution”. En Jack Balkin y Reva Siegel (eds.). 2009. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press.
- Muralidhar, S. 2008. “India”. En *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, editado por Malcom Langford, 102-124. Cambridge: Cambridge University Press.
- O’Donnell, Guillermo. 2008. “Hacia un Estado de y para la democracia”, en *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un estado de y para la democracia en América Latina*, editado por PNUD, Lima: Mirza Editores e Impresores.
- Puga, Mariela. 2007. “La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’”. Trabajo realizado en el marco de la Beca-estimulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina.
- Rodríguez Garavito. 2010. *Un país inconstitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- _____. 2009a. *La globalización del Estado de derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- _____. 2009b (ed.). *Más allá del desplazamiento: la Corte, la política pública y la superación del desplazamiento forzado*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- _____. 2009c. “Más allá del desplazamiento, o cómo se supera un estado de cosas inconstitucional”. En César Rodríguez Garavito, ed. *Más allá del desplazamiento: la Corte, la política pública y la superación del desplazamiento forzado*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2009. *Corte de cuentas: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago Press.
- Sabel, Charles y William Simon. 2004. "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds". En *Harvard Law Review* 117: 1016-1101.
- Santos, Boaventura de Sousa y César Rodríguez Garavito, eds. 2007. *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita subalterna*. Barcelona: Anthropos.
- Semana. 2009. "La Corte contraataca", septiembre 7.
- _____. 2008. "El viaje de la Corte", febrero 9.
- Shankar, Shylashri y Pratap Bhanu Mehta. 2008. "Courts and Socioeconomic Rights in Brazil". En *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 146-182. Nueva York: Cambridge University Press.
- Swidler, Ann. 1986. "Culture in Action: Symbols and Strategies" En *American Sociological Review*, Vol. 51, No. 2.
- Sunstein, Cass. 2004. *The Second Bill of Rights*. Nueva York: Basic Books.
- Teles, Steven. 2008. *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, Mark. 2008. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Unger, Roberto. 1987. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. Londres: Verso.
- _____. 1996. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso.
- Uprimny, Rodrigo y Mauricio García Villegas. 2004. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia" en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura Santos y Mauricio García, eds., 463-514. Bogotá: Editorial Norma.
- Waldron, Jeremy. 2001. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Weber, Max. 1987. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.