



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

¡Discutamos!
La intervención judicial en las políticas públicas
en el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales
(Análisis de caso Argentina, Colombia e India)

Camilo Augusto Delgado Rodríguez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2017

¡Discutamos!
La intervención judicial en las políticas públicas
en el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales
(Análisis de caso Argentina, Colombia e India)

Camilo Augusto Delgado Rodríguez

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Dr. Andrés Abel Rodríguez Villabona

Línea de investigación:
Maestría en Derecho –Perfil Investigativo–

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2017

A la Universidad Nacional de Colombia mi casa de estudios y mi segundo hogar, sin la que nada
hubiese sido posible

A la Corte Constitucional, institución que me permitió entender la compleja labor de construir el
Estado Social de Derecho

A Sofía, Olga y Estefanía, las mujeres que me dan fortaleza para seguir adelante

A mi EM, pues a pesar de ella hoy puedo decir que lo he logrado

Agradecimientos

Quisiera agradecer a todas las personas que influyeron en el presente trabajo de investigación. Soy afortunado al estar rodeado de muchas personas que animaron este proceso académico.

Inicialmente, agradezco al profesor Andrés Abel Rodríguez Villabona, director de esta Tesis de Maestría, por su acompañamiento en este trabajo y por soportar mi intensidad en diversos momentos. Además, reconozco su importante labor de contención ante mi ingenua pretensión de querer abarcarlo todo. De igual forma, profeso gratitud por Nathalia Carolina Sandoval Rojas por su dedicación y paciencia para delimitar el norte de esta investigación.

A Fernando Pardo, amigo y maestro, gracias por su tutela en mi proceso educativo y por hablar siempre con la verdad. Su presencia ha sido sinónimo de lealtad y un polo a tierra en mi vida.

A Myriam Ávila Roldán quién con su asertividad infinita y palabra perfecta, me enseñó la difícil tarea de fungir como juez constitucional y la forma de apaciguar mi espíritu imprudente.

A Andrés Felipe Ruíz Rivera amigo entrañable y compañero de mil batallas por su apoyo y francas opiniones, por servir de leal contendor en diversas discusiones y por sus consejos de vida. Nuestro afecto es un ejemplo de que la diferencia une a las personas en vez de separarlas o dividir las.

A Hernán Darío Herrera, Clara Juliana Neira, Natalia Alzate y Andrea Romero siempre tendré una gratitud inmensa por creer en mi capacidad, al igual que por permitirme ser su amigo.

A Adriana Beltrán, Catalina Martínez y Juan Manuel Ramírez Montes, quienes estuvieron pendientes de este proceso de investigación y constantemente me alentaron a seguir adelante. Lo propio hizo David Armando Rodríguez Rodríguez, labor que acompañó con la lectura acuciosa de este documento, aprecio infinito.

Por último, quiero realzar la templanza de Sofia Rodríguez, Olga Florez y Estefanía Delgado para ser mi refugio cada día frente a las adversidades y la fatiga. Ustedes me mostraron que la fortaleza tiene rostro de mujer.

Camilo Augusto Delgado Rodríguez
20 de junio de 2017

Resumen

Diferentes tribunales del Sur Global han intervenido en la administración para salvaguardar Derechos Sociales, Económicos y Culturales de una población marginada en el marco de casos estructurales. Académicos, políticos y juristas censuraron esa revisión judicial, al cuestionar la legitimidad, la competencia y la capacidad de los jueces en la mediación de los complejos problemas de la sociedad. El constitucionalismo dialógico respondió a esos reproches con una nueva concepción de democracia, de división de poderes y de interpretación de la constitución. Desde las políticas públicas, la presente investigación suministra razones adicionales que justifican la intervención judicial en la gestión pública, argumentos que se intersecan con las concepciones jurídicas conversacionales mencionadas. En ese contexto, se propone la aplicación del marco secuencial de las políticas públicas a la justicia dialógica con el fin de restringir la discrecionalidad judicial y maximizar las ventajas de ese tipo de activismo. A partir de la comparación de los litigios del ambiente en Argentina, las cárceles en Colombia y el hambre en India, el lector encontrará prácticas judiciales que contribuyen a la materialización de los derechos sociales.

Palabras claves: justicia dialógica, Derechos Sociales Económicos y Culturales, políticas públicas, marco secuencial, revisión judicial, Sur Global y casos estructurales.

Abstrac

Different courts in the Global South have intervened in the administration to safeguard the Social, Economic and Cultural Rights of a marginalized population in the context of structural cases. Academics, politicians and lawyers have censored this judicial review, because they question the legitimacy, competence, and ability of judges in mediating the complex problems of society. Dialogical constitutionalism responded to these reproaches with a new conception of democracy, division of powers and interpretation of the constitution. From the public policies (policy), the present investigation provides additional reasons that justify the judicial intervention in the public management, arguments that intersect with the conversational legal concepts mentioned. In this circumstances, the application of the sequential framework of public policies to dialogic justice is proposed in order to restrict judicial discretion and maximize the advantages of this type of activism. Based on a comparison of litigation about environmental in Argentina, prisons in Colombia and hunger in India, the reader will find judicial practices that contribute to the compliance of social rights.

Key Words: Dialogical justice, economic and cultural social rights, public policies (policy), sequential framework, judicial review, Global South and structural cases

Estructura de la Tesis.

	Págs.
Introducción	09
▪ Metodología – selección de casos.....	15
▪ Estructura de la investigación.....	19
I. Primera Parte: ¿Qué necesitamos saber? : Los presupuestos teóricos	21
1. Capítulo 1: El constitucionalismo dialógico y sus discursos	21
1.1. Una nueva visión de democracia.....	22
1.1.1. Democracia deliberativa.....	23
1.1.2. Una justicia incluyente y deliberativa.....	28
1.2. División de poderes diferente.....	41
1.3. Una nueva teoría de la interpretación o adjudicación judicial.....	49
2. Capítulo 2. Las Políticas Públicas y el Estado	58
2.1. Conceptos esenciales de políticas públicas.....	59
2.2. Enfoque de análisis de política pública.....	61
2.2.1. Enfoque del ciclo de política pública y su justificación.....	62
2.2.1.1. Identificación del problema.....	63
2.2.1.2. Formulación de soluciones y decisión.....	67
2.2.1.3. Implementación de las decisiones.....	71
2.2.1.4. Evaluación de las políticas públicas.....	74
2.2.2. Enfoque de análisis de derechos humanos de las políticas públicas.....	79
II. Segunda Parte: ¿Qué está pasando con los jueces?	89
3. Capítulo 3. De América a Asia la intervención de los jueces en política pública: ¿éxito o fracaso?	90
3.1. Propuestas monológicas	90
3.2. Propuestas dialógicas.....	94

4. Capítulo 4. La justicia dialógica y su impacto en las políticas públicas en experiencia comparada.....	107
4.1. Argentina: Revisión judicial en la recuperación de la salud y el ambiente del Río Matanza-Riachuelo.....	107
4.1.1. El impacto de un sistema político inestable y de las normas constitucionales progresistas.....	107
4.1.2. Matanza-Riachuelo: una vieja historia de reclamos a la administración.....	109
4.1.3. La Corte Suprema de Argentina y el desarrollo del litigio.....	112
4.1.4. ¿Un seguimiento autoritario de la causa Mendoza?.....	115
4.1.5. Las condiciones previas de cambio social.....	118
4.2. Colombia: El aprendizaje del control judicial de DESC en la población carcelaria.....	121
4.2.1. La inercia política y el activismo judicial en Colombia.....	121
4.2.2. El inicio: el activismo judicial monológico y la naciente teoría de los ECI.....	124
4.2.3. ¿Las medidas tuvieron impacto alguno en la disminución de la vulneración de derechos humanos?.....	127
4.2.4. La transformación: una forma de activismo judicial dialógico -Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015-.....	131
4.3. India: la revisión judicial de DESC en el derecho a alimentación, herramienta de la lucha contra el hambre.....	143
4.3.1. Entre la diversidad social y la intervención judicial.....	143
4.3.2. El contexto de la hambruna y la demanda de la PUCL.....	148
4.3.3. La concepción sustantiva del derecho a la alimentación.....	149
4.3.4. La caja de herramientas para la garantía del derecho a la alimentación en el marco de un diálogo.....	152
4.3.5. Evaluando la intervención judicial.....	158
III. Parte tercera: vidas cruzadas, relación entre el derecho y las políticas públicas.....	161
5. Capítulo 5 Conclusiones.....	161
5.1. Simetrías y diferencias de la revisión judicial de la gestión pública en los casos estudiados..	161
5.2. El análisis del ciclo de política pública como herramienta de la justicia dialógica.....	172
6. Bibliografía.....	178

Listado de Abreviaturas

Término	Abreviatura
Derechos Sociales Económicos y Culturales	DESC
Corte Constitucional de Colombia	CCC
Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina	CSJA
Corte Suprema de India	CSI
Corte Constitucional de Sudáfrica	CCS
Justicia Dialógica	JD
Caso estructural	CE
Políticas Públicas	PP
Estados de cosas inconstitucionales	ECI
People's Union for Civil Liberties	PUCL

Introducción.

En los últimos 200 años, se puede afirmar que dentro del desarrollo institucional del Estado moderno la judicatura es la rama que más ha acrecentado su importancia en la estructura institucional y social, al punto que se ha convertido en un pilar fundamental de la organización política Estatal y en el defensor por excelencia de los derechos de las personas¹. Dicha evolución se ha presentado por diversas causas, además de experiencias históricas, que han sido fuertemente vinculadas a las formas de Estado y al concepto de constitucionalismo.

En muchos países, varios grupos poblacionales se encuentran sumidos en la miseria, situación que evidencia una insatisfacción de necesidades materiales básicas para llevar una vida digna. Ello no es otra cosa que la privación masiva de derechos sociales, económicos y culturales para un sector de la sociedad², como ocurre en Argentina, Colombia, India, Nepal, Kenia o Sudáfrica con los niños en estado de desnutrición, los habitantes en terrenos de invasión, los presos, los miembros de comunidades étnicamente diferenciadas, las víctimas de la discriminación en razón del género, los desplazados por el conflicto armado y las personas sin acceso a la salud, a la educación u otros servicios etc.

Tales falencias son la contracara de constituciones altamente densas, documentos que incorporaron los DESC en su sistema jurídico con el objeto atender la cruel realidad en muchos de esos países³. Por ejemplo, en la Carta Política de Nepal se introdujo una diversidad de DESC en el año 2009⁴. En la anualidad 2010, Kenia hizo lo propio⁵.

Para el período de 2014, el 95% de las constituciones de diferentes Estados habían consignado DESC dentro de su contenido, dato que se extrajo de una muestra de 195 países⁶. Entre ese grupo de gobiernos, más de la tercera parte de sus cartas políticas otorgan a los DESC un estatus igual a los derechos civiles y políticos. La otra tercera parte de normas superiores identifican a los DESC como principios aspiracionales. Los restantes estipulan que esa clase de derechos son prescripciones programáticas justiciables. Ante ese escenario, es claro que los DESC han tomado gran importancia en el derecho constitucional comparado, empero los estudios sistemáticos sobre la materia son escasos⁷.

Adicionalmente, los otros poderes públicos –ejecutivo y legislativo–, encargados de la formulación e implementación de las políticas sociales, han sido indiferentes ante las demandas de la comunidad. También han sido insuficientes para garantizar los contenidos normativos constitucionales⁸, esto es, deficiencias en la materialización de las promesas que el constituyente propuso a la sociedad. Dicha situación ha causado una disociación entre el derecho y la realidad, anomalía que afecta la legitimidad

¹DE SOUSA SANTOS, Boaventura LETIAO, María Manuel PERDOSO, Joao. *Los tribunales en las sociedades contemporáneas*, en revista pensamiento jurídico número 4 de 1995. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1995, p : 46

²RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, Siglo veintiuno editores 2015, Argentina, p.23 - 24

³BRINKS, Daniel M., and FORBATH William. "The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America." In *Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap*, eds. R. Peerenboom and T. Ginsburg. New York: Cambridge University Press, 2014., p. 222-226

⁴LANGFORD, Malcom, *Teoría y Jurisprudencia de los derechos sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Ed. Siglo del Hombre y Universidad de los Andes Bogotá, 2013, p. 32.

⁵Ibidem.

⁶Los datos y la muestra se sustrajo de la información que esbozó la Toronto Initiative for Economic and Social Rights, en línea [<http://www.tiesr.org/data.html>] tomado el 28 - 03 -2017 a las 8:00 p.m.

⁷GARGARELLA, Roberto, en *Derechos Sociales: un acercamiento renovado*, en *Derechos Sociales Constituciones y Democracia*, Leticia MORALES, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp- 17 -19

⁸Ibidem, p 20.

del régimen político y la confianza del pueblo en las instituciones, presupuestos necesarios para que las autoridades vuelvan real los estatutos superiores⁹.

En ese contexto, los Tribunales Constitucionales comenzaron a expedir una serie de decisiones que implicaron la intervención en el proceso de decisión de la administración pública, mediación requerida para resolver las necesidades insatisfechas de la población marginada de la sociedad. Tales pronunciamientos significaron la judicialización de las políticas sociales “*que se refiere a la mayor participación del sistema de justicia en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*”¹⁰. Ese proceso condujo al desarrollo de la exigibilidad de los derechos sociales y la elaboración de estándares de evaluación de satisfacción sobre los mismos.

Los académicos han señalado que esa mediación es una nueva forma de activismo judicial¹¹. Lo anterior, en razón de que los jueces han desechado los acostumbrados fallos binarios, providencias que se limitaban a determinar la validez e invalidez de las normas o de las decisiones de las autoridades. En la actualidad, la intervención judicial genera cambios sociales a partir de un debate público robusto que va más allá de la lógica de blanco y negro, al punto que supera la expedición de la sentencia y se funda en una conversación entre las instituciones del Estado y el pueblo.

En el año 2000, la Corte Constitucional Sudafricana (en adelante CCS) profirió decisión en el famoso caso *Grootboom*, causa que resultó revolucionaria derivado la actuación de esa corporación¹². Ese proceso involucró la discusión sobre la apropiación ilegal de propiedades por parte de una comunidad marginada, que ocupó varios inmuebles como resultado de la demora en la ejecución del programa de vivienda gubernamental que beneficiaría a ese colectivo. En esa oportunidad, el Tribunal consideró que las políticas habitacionales del Estado eran irrazonables para los demandantes, de modo que la administración tenía la obligación de garantizarles el acceso a los hogares con una política pública coordinada y programática con los recursos disponibles. Para ello, el gobierno debía suministrar la infraestructura legal y administrativa necesaria para adelantar los programas. A su vez, la Corte reprochó el desalojo que el juez de primera instancia había ordenado, porque esa medida desconoció los principios constitucionales.

La doctrina ha resaltado que el citado fallo es una sentencia pionera, toda vez que, en ésta, la CCS no aplicó de manera estricta las leyes ni impuso sus criterios sobre las otras ramas del poder público¹³. En realidad, la CCS exhortó al legislador para que regulara el tema, y ordenó al ejecutivo que diseñara un plan coherente así como coordinado que protegiera el derecho de vivienda de los marginados, política pública que debía respetar los mandatos constitucionales. Así, “*la Corte se embarcó en una discusión con las ramas políticas del poder, destinada a ayudar a estos últimos a cumplir con sus obligaciones constitucionales*”¹⁴.

⁹GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, introducción en *Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, POST Robert y SIEGEL Reva, Ed Siglo XX, Buenos Aires 2013, p. 27

¹⁰ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI Laura, *La revisión judicial de las políticas sociales, estudio de casos*, Libro de edición argentina, Buenos Aires, 2009, p. 1.

¹¹Op.cit, GARGARELLA Roberto, en *Derechos Sociales: un acercamiento renovado*, en *Derechos Sociales Constituciones y Democracia*, 2015, p. 23.

¹²Corte Constitucional de Sudáfrica, “*Republica de Sudáfrica v. Grootboom*”, Caso número CCT 11/00.

¹³LIEBENBERG, Sandra. *Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica*. Anuario de derechos humanos. Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2006. Tomado el 17 – 05- 2014 a las 5:30 p.m. Disponible en línea [http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13371/13642]; GINSBURG, Tom DIXON, Rosalind. *The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'*. University of Chicago Law School. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2013; GARGARELLA, Roberto, *Justicia Dialógica y derechos sociales*, en *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, Coordinador ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y ORDÓÑEZ, Jorge, Tirant to Blanch, Valencia 2013.

¹⁴Op.cit, GARGARELLA, Roberto, *Justicia Dialógica y Derechos Sociales*, 2013, p. 129

En diferentes latitudes, los jueces comenzaron a emitir órdenes de protección de los DESC, amparos que implicaron la inscripción de esos asuntos en la agenda pública de la administración. Así las cosas, en las demandas sociales, la justicia se consolidó como un agente controlador o supervisor de las actuaciones de las autoridades. Lo particular de estos eventos radica en que el funcionario judicial ha fungido como actor o agente en el proceso de políticas públicas (en adelante PP), comoquiera que las acciones que debe iniciar el Estado para cumplir las órdenes judiciales y proteger los derechos de una población se materializan en las decisiones de la administración. Una muestra de ello corresponde con la atención a la población de desplazados o de presos en Colombia, a las personas que sufren de hambre en India, o los colectivos afectados con la contaminación ambiental en Argentina.

Ese nuevo activismo judicial se presenta en el marco de casos estructurales (en adelante CE), los cuales se caracterizan por la existencia de violaciones masivas de DESC producto de fallas sistémicas de las autoridades. Las organizaciones civiles utilizan los tribunales de manera estratégica para solucionar la exclusión y pobreza de una comunidad. Al mismo tiempo, los ciudadanos acuden con mayor frecuencia ante los jueces con el fin de que se resuelvan sus demandas de manera institucional. Por su parte, los Tribunales tienen mayor disposición para “*involucrarse en estos asuntos, fiscalizar la políticas públicas y/o (re)establecer equilibrios en relaciones particulares entre particulares*”¹⁵.

En Latinoamérica, este proceso se justificó con la utilización de la doctrina del neoconstitucionalismo. Dicho trasplante implicó un cambio en el rol del juez que no solo es consecuencia y objeto de estudio del Derecho Constitucional sino también de la teoría del derecho, pues “*el neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los resistentes antes del despliegue integral del proceso mismo*”¹⁶. La labor diaria del funcionario judicial pasó de la subsunción de las leyes en un derecho objetivo y amoral –era una premisa no una realidad- a la aplicación de normas constitucionales que están cargadas de elementos valorativos y morales.

El giro teórico mencionado ha puesto al derecho constitucional en el centro de la disciplina jurídica, posición que hace décadas ostentaba el derecho civil¹⁷. Al mismo tiempo, entregó a un funcionario sin base popular una vasta competencia derivada de la amplitud del texto constitucional, el cual concede al juez un gran poder de intervención en el Estado¹⁸.

Sin embargo, las autoridades judiciales ha sido objeto de críticas de todos los espectros políticos y tendencias constitucionales por la materialización de DESC vía intervención al poder ejecutivo y/o legislativo.

De un lado, los conservadores¹⁹ han opinado que es inadecuado que un grupo de personas sin origen democrático tomen decisiones en las PP, dado que carecen de legitimidad para desarrollar esa labor. La prefiguración y ejecución de la actuación del Estado debe estar en cabeza de las instituciones que tienen

¹⁵Op.cit ABRAMOVICH Y PAUTASSI, La Revisión Judicial de las Políticas Sociales, p. 1

¹⁶COMANDUCCI, Paolo. *Capítulo: Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*: en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid: 2003. pp. 75-98.

¹⁷UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional*: en Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, 2001. Pp. 455-464.

¹⁸PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Editorial Tecnos 7ª edición. Madrid, 2001. Pp. 249-268. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Notas sobre la interpretación constitucional*: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 9 (mayo-agosto de 1991), pp. 175-198.

¹⁹BICKEL A. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at The Bar of Politics*. Yale University Press, 1962.

el respaldo democrático necesario para desempeñar tal función, esto es, el ejecutivo o el legislativo. Aunado a lo anterior, han advertido que la materialización de los DESC no es una competencia del poder judicial, por lo que entregar esa potestad a la judicatura significa usurpar las facultades del Legislador o del Gobierno, situación que quebranta la separación de poderes. Por último, han proscrito el activismo judicial, porque crean derechos que no se hallan plasmados en las constituciones. Entonces, demandan que los jueces cumplan el derecho que existe y no que lo creen.

De otro lado, los autores progresistas han criticado el mismo origen no electivo de los magistrados y han señalado que el pueblo es el competente para interpretar la constitución²⁰, razón por la cual las funciones del juez deben ser limitadas al momento de estudiar las leyes. Inclusive, abogan por la eliminación del control de constitucionalidad para invalidar las acciones del ejecutivo, debido a que el pueblo debe empoderarse de su realidad y participar en la consecución de políticas sociales más deseables²¹. En concreto, reafirman la falta de legitimidad de la justicia para definir asuntos que deben ser prefigurados por la ciudadanía.

Además, este grupo de doctrinantes han señalado que los tribunales carecen de la capacidad institucional necesaria para atender violaciones de DESC derivadas de los inconvenientes en las PP²². La crítica parte de la idea de que los jueces siempre intervienen de manera fuerte en las acciones del ejecutivo, por lo que imponen las políticas sociales a la administración²³.

Los ataques enunciados pueden minar las facultades del juez constitucional en el Estado Social de Derecho o generar posturas conservadoras en las cortes constitucionales que impidan el desarrollo de esta nueva forma de activismo judicial, comprometida con la materialización del orden jurídico superior. Conjuntamente, la intervención dialógica en DESC no es una tendencia constante en las corporaciones superiores del mundo²⁴. En muchos casos, los tribunales efectúan esa nueva forma de revisión judicial en algunas decisiones y en otras no, sin que expongan alguna justificación por la diferente actuación.

En tal virtud, esta investigación pretende responder los reparos que se presentan a la intervención del juez constitucional en la administración, y advertir sobre la legitimidad de esa función. Cabe resaltar que la presente tesis defiende una forma específica de revisión judicial denominada justicia dialógica (JD), escrutinio que se caracteriza por una conversación prolongada con los poderes públicos y con la sociedad, al igual que por una concepción de derechos fuertes, remedios judiciales abiertos y un seguimiento estricto a sus decisiones. Así mismo, se precisarán los supuestos que activan la intromisión y la manera en que deben efectuarse, aspecto que tendrá un carácter regulativo e ideal que deben seguir los diferentes jueces. Más allá de las críticas y ventajas mostradas por esta mediación, es importante determinar por qué se ha dado en Colombia y en otros países este fenómeno de creciente intervención del ciclo de PP. Solo al determinar esas precisas razones podrá examinarse la amplitud y complejidad de la misma.

El estudio abordará la siguiente pregunta de investigación: *¿Cómo se produce la intervención judicial en la política pública frente a casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales Económicos y Culturales en algunos de los*

²⁰GONZÁLEZ JACOME, Jorge. *Constitucionalismo Popular: Erwin Chemerisky y Richard Parker*. Ed Uniandes. Instituto Pensar y Siglo del Hombre, Bogotá, 2011.

²¹TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away the Court*, Princeton University Press, Pinceton, 1999.

²²ROSEMBERG, Gerald, *The Hollow Hope*, Chicago: Chicago University Press 2008, p. 21

²³TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.

²⁴Op.cit, GARGARELLA Roberto, *Justicia Dialógica y derechos sociales*, 2013 p 109

*países del Sur Global*²⁵ dentro de los últimos 20 años? La incógnita formulada analizará la nueva forma de activismo judicial frente a los DESC, conducta adelantada por parte de los jueces de diferentes países, en especial Argentina, Colombia e India. Dicho enfoque supera la discusión sobre la exigibilidad de los DESC y se concentra en la forma en que tales derechos se cumplirían o se materializarían mediante las decisiones de los jueces.

El análisis planteado recae sobre una muestra más de la tensión entre la facticidad y validez del derecho que padecen las sociedades contemporáneas, fenómeno que evidencia la distancia entre los presupuestos normativos y las realidades sociales, así como las respuestas del Estado para atender esa disparidad y los problemas de las comunidades²⁶. En muchas ocasiones, las soluciones a las emergencias que sufre el colectivo dan lugar a nuevas teorías o al replanteamiento de los viejos paradigmas, puesto que el derecho funge como categoría de mediación social entre la disociación denunciada²⁷, tal como sucede con la intervención judicial a la administración pública para la materialización de los DESC.

A su vez, es importante precisar que el objeto de estudio de la presente tesis se circunscribe a la revisión judicial de las actuaciones de la administración y a la indirecta intervención al legislador. Esta última mediación ocurre cuando el congreso o parlamento se ve presionado por el cuestionamiento a la burocracia del Estado, verbigracia la inactividad de las autoridades gubernamentales se deriva de la insuficiente asignación de recursos por parte del poder legislativo o la inexistente regulación en la materia impide que el ejecutivo responda a la vulneración masiva de DESC. Además, la investigación se concentra en las acciones positivas que deben adelantar las mencionadas ramas en observancia de las sentencias estructurales de las cortes. En efecto, no será analizado el escrutinio exclusivo al legislador, como sería la declaración de inconstitucionalidad de una ley, la emisión de una providencia de validez condicionada que adicione un contenido jurídico a los enunciados legales, o la expedición órdenes negativas de abstención a los cuerpos de representación, órganos que impusieron una restricción a un DESC, eliminaron una prerrogativa a un sector de la población o configuraron un sistema impositivo con una carga excesiva de tributación a los pobres²⁸.

Frente al problema referido se plantea la siguiente hipótesis de trabajo: *en los casos estructurales de desconocimiento de Derechos Sociales Económicos y Culturales, los jueces profieren decisiones dialógicas, determinaciones que se presentan cuando la justicia apoya su decisión en la participación de los miembros de la sociedad civil y de otros poderes públicos, así como en una concepción fuerte de derechos, en un seguimiento estricto o moderado de los remedios*

²⁵El uso de las expresiones “Sur Global” y “Norte Global” son sinónimos de “países subdesarrollados” y “países desarrollados”, cambio que se produce para reducir la carga peyorativa de los segundos términos, como expresa Daniel Bonilla.

²⁶HABERMAS, Jürgen, Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Sexta Edición, Editorial Trotta, capítulo I.

²⁷Ibidem, pp. 67-69

²⁸Esa precisión surge del reconocimiento de la intervención diferenciada que realizan los jueces en los actos del legislador y de la administración. Con la expedición de órdenes, los jueces pueden supervisar las actuaciones de las siguientes instituciones: i) el legislador, de una parte, de manera directa, al evaluar las medidas legislativas en sí mismas y emitir una regulación judicial al respecto; de otra parte, de manera indirecta, al dirigir un remedio contra la burocracia, empero éste tiene efecto directo sobre las opciones de política legislativa; y ii) la administración, al proferir una orden que repercute en la gestión pública. Ver OTALORA, Lozano, Commandeering the Institutions: The Legitimacy of Structural Judicial Remedies in Comparative Perspective, I.L.M. Paper Submitted for consideration for the Irving Oberman Memorial Prize: Constitutional Law: Separation of Powers, Federalism, and the Fourteenth Amendment, Tesis de Maestría de la Universidad de Harvard, 2014 Ver pp. 17-20. Esa aclaración ha sido soslayada por la mayoría de la doctrina, omisión que dificulta el avance del debate, pues la justificación de intervención judicial cambia al igual que el remedio con el poder público monitoriado. Ver HOROWITZ Donald, Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions, 1983 DUKE L. J. 1265, 1305 (1983). On the effectiveness of desegregation decrees, see Lino Graglia, Disaster By Decree: The Supreme Court Decisions On Race And The Schools 258-283 (1976). On the general effectiveness of the Supreme Court's push towards desegregation as a tool for social change, see Gerald Rosenberg, The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change? (1991). p. 1267, y NAGEL Robert, Separation of Powers and the Scope of Equitable Remedies, 30 STAN L. REV. 661, 710-712 (1978) p. 707

judiciales abiertos, distributivos y estructurales emitidos por la autoridad judicial. Sin embargo, los anteriores aspectos son insuficientes para resolver esa disociación norma-realidad que acontece en los países del Sur Global, por lo que también se requiere que las órdenes de la justicia atiendan la metodología de análisis del ciclo de políticas públicas, enfoque que advierte una diferente intervención o adopción de medidas que depende de la etapa de la acción del Estado que se necesita crear, modificar o corregir.

Al observar tales criterios regulativos, los tribunales responderán las críticas sobre su labor con los DESC, a saber la ausencia de legitimidad, el desconocimiento del principio de separación de poderes y la falta de capacidad institucional para resolver complejos problemas sociales así como económicos. La hipótesis descrita entraña la defensa teórica y empírica del nuevo activismo de los jueces que se fundamenta en la justicia dialógica y la aplicación del análisis del ciclo de PP. Nótese que esta reflexión es propia de los Estados Democráticos de Derecho y Social de Derecho, por cuanto esos modelos organizativos se preocupan por la legitimidad de las decisiones de sus autoridades, la participación de la ciudadanía así como de la materialización de los derechos reconocidos en sus constituciones, y atribuyen amplias facultades a los jueces.

Desde este punto de vista, la investigación evaluará la legitimidad que tiene el Tribunal Constitucional para incidir en los procesos de toma de decisión de la administración e identificar cuándo y cómo se produce dicha intervención. Estos elementos justificarán la mediación de las Cortes Constitucionales en los procesos administrativos y mostrarán la dogmática adecuada para que este juez desempeñe dicho papel. Lo que en realidad significa presentar razones y límites de una actividad que ha venido desarrollando el funcionario jurisdiccional constitucional en diferentes lugares del planeta.

Lo expuesto es útil para que la administración asuma correctivos antes de que las decisiones judiciales sean expedidas. Así mismo, mostrará a las organizaciones de derechos humanos los momentos adecuados para actuar a través del litigio estratégico. En el caso de los jueces, el estudio puede facilitar que los diversos tribunales identifiquen en qué momento y la manera en qué deben intervenir en los procesos de política pública, sin vulnerar el equilibrio y las competencias de los poderes públicos. Al igual que mostrará la forma de adelantar una decisión dialógica con el fin de maximizar sus efectos frente a la materialización de los DESC.

La propuesta es novedosa, comoquiera que no existe análisis que articulen de manera directa la justicia dialógica y la metodología de análisis de las PP. La escasa bibliografía se concentra en defender el constitucionalismo dialógico²⁹, presentar un estudio de caso³⁰ y reflexionar en torno a los efectos de las decisiones judiciales³¹. Es más, la bibliografía nacional no pretende construir una dogmática sobre la función de la mediación de los jueces en los procesos decisionales de la administración.

²⁹GARGARELLA Roberto (Comp), *la Justicia dialógica, el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo veintiuno editores, Argentina, 2014; YUSUF, Salma, *The Rise of Judicially Enforced Economic, Social & Cultural Rights Refocusing Perspectives*, Seattle Journal for Social Justice Vol 10, 2011-2012, p. 751-753

³⁰RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colecciones de DeJusticia. Bogota D.C., 2010; VILHENA, Oscar, BAXI Upenda y Vijoen Frans (editors), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press PULP, Pretoria 2013; GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008.

³¹LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017; RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar, RODRIGUEZ DIANA FRANCO, Juicio a la Exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, Ed Siglo XXI, 2015; BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015; Epp, Charles R. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Chicago University Press [ed. cast.: *La revolución de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013]; YAMIN Alicia y GLOPPEN Siri (eds.), *Litigating Health*

Conviene aclarar que en el desarrollo de esta investigación el interés que se tiene sobre el objeto de estudio es tanto académico como político, porque la curiosidad sobre la materia se acompaña del trabajado durante más de seis años en diferentes despachos de la Corte Constitucional colombiana. En desarrollo de esa labor, se ha defendido un activismo judicial para proteger los DESC de las personas más vulnerables de la sociedad colombiana. Además, ha sido posible constatar directamente las tensiones que recaen sobre el juez constitucional al momento de proponer una decisión y remedios judiciales que respeten el principio democrático y de imparcialidad. Incluso, se ha constatado también el agotamiento del seguimiento de las sentencias en los CE. Lo anterior no significa desconocer las restricciones que enfrenta el funcionario judicial y los límites impuestos por otras disciplinas, como la filosofía, la economía o la política. Entonces, se avanza desde el punto de vista de un participante activo de ese escenario y no de la perspectiva de un sujeto neutral y puramente objetivo.

Metodología – selección de casos

El estudio utilizará un enfoque comparativo con el fin de identificar y mostrar el proceso en que los jueces constitucionales intervienen en las PP, revisiones que enfrentan la vulneración de DESC en el marco de casos estructurales en algunos países del denominado Sur Global. Cabe resaltar que los científicos sociales son por fuerza comparativos³², dado que solo con ese método existirá un conocimiento riguroso.

El análisis que implica contraste entre los datos recolectados y el objeto de estudio ofrece varias ventajas³³ para la investigación, a saber: i) evidencia soluciones que propusieron otras sociedades para resolver los escenarios de negaciones de DESC. Nótese que en esos caminos intervienen los tribunales constitucionales de manera prioritaria, hecho característico de la identificación del horizonte comparativo; ii) identifica cuando las autoridades de los diferentes sistemas jurídicos incurren en trasplantes y recepciones de otros sistemas jurídicos; y iii) muestra el control sobre los casos en que los jueces intervienen en las determinaciones de la administración. La tesis evalúa si existe una forma de mediación judicial en las PP diferente a otras interferencias que afectan la división de poderes y carecen de efecto alguno en la realidad. De ahí que se formulan una serie de variables, que serán verificables, para identificar la manera en que los jueces inciden en las decisiones del Estado, que pretenden satisfacer las condiciones mínimas de las personas que viven en condiciones de marginalidad.

En el Derecho, el uso de los estudios comparados ha llegado a considerarse como una rama de esa disciplina. El estado del arte en la materia no ha logrado suministrar una definición de esa rama³⁴. Sin embargo, se podría advertir que el derecho comparado se refiere al estudio de los ordenamientos jurídicos de diferentes países. Dicho proceso analítico necesita de un contexto sociocultural, político, económico y social. Por ejemplo, el sistema de partidos puede influir diametralmente en la revisión judicial, como lo afirma el profesor David Landau.

Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: "Evolución del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud", en Alicia Yamin y Siri Gloppen (eds.), La lucha por los derechos de la salud, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013

³²SARTORI, Giovanni, la Comparación en las Ciencias Sociales, Comparación y método comparativo, Alianza Editorial, Madrid 1999, p. 7

³³RODRÍGUEZ, David Armando, Ejercicio institucionalizado de la oposición política en el presidencialismo Colombiano, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Derecho, 2014, p. 81 - 82

³⁴ZWEIGERT, Konrad, KOTZ, Hein, Introducción al derecho comparado, traducción Arturo Aparicio Vázquez, OXFORD, University Press, BISCARETTI DI RUFFIA, Introducción al Derecho Constitucional Comparado, las formas de Estado y las "formas de Gobierno", Fondo de Cultura Económica,

La presente tesis propone un análisis de micro-comparación³⁵ sobre la revisión judicial de DESC, eventos en que ese funcionario ha adoptado determinadas medidas que impactan en las PP y que han tenido la finalidad de hacer frente a escenarios que desconocen los contenidos constitucionales.

Con el fin de identificar el horizonte comparativo, se mostrará la producción doctrinaria y científica de la materia, es decir, el estado del arte de la discusión. La existencia de la bibliografía extranjera demuestra que los jueces de diferentes partes del mundo han intervenido en el ciclo de política pública para garantizar DESC.

Del estudio referenciado en el párrafo antepuesto, se concluirá que los académicos han estudiado los casos de la intervención judicial en la gestión de la administración en diversos países del Sur Global, como Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Sudáfrica, además de India. En todos los Estados citados se ha presentado alguna forma de intervención del juez en las decisiones de las autoridades, al proteger DESC. Sin embargo, en algunos de ellos se ha presentado una mediación judicial monológica, que comprende las decisiones impuestas por las cortes en aplicación individual de DESC³⁶ o de acciones negativa de éstos³⁷. Por ejemplo, en Ecuador, los jueces han eliminado del ordenamiento jurídico normas que quebrantan DESC, decisiones que se han materializado por medio de sentencias declarativas. Tal análisis se concreta en verificar la vulneración del derecho y excluir la medida del derecho³⁸, empero no emite órdenes de implementación de la providencia o de monitoreo a la misma. En Brasil ha predominado la aplicación individual de DESC en la salvaguarda de la salud en caso por caso³⁹. En contraste, los demás países han modificado los ciclos de PP en el marco de un seguimiento al actuar de la administración, determinaciones que se han generado en una conversación interinstitucional entre los poderes públicos y el pueblo, es decir, en una revisión judicial dialógica. La diferencia enunciada cierra el universo comparativo a cuatro países.

Así, se reduce el espectro de comparación a Argentina, Colombia, Sudáfrica⁴⁰ e India. Estos Estados comparten varios elementos relevantes, como son⁴¹: i) constituciones que se sustentan en valores liberales importantes, entre ellos el reconocimiento de DESC; ii) un litigio estratégico a partir de una gran movilización social; iii) un gran activismo judicial; iv) disociación entre las promesas superiores y la realidad; v) debilidad del sistema político y económico; vi) amplios índices de discriminación; vii) Tribunales importantes; y viii) un enfoque de análisis de PP mediante el cumplimiento de derecho humanos (fundamentales o sociales).

³⁵PEGORARO, Lucio, RINELLA, Angelo, Introducción al derecho público comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, Núm 25, 2006, p. 69, Al respecto señalaron que “*la microcomparación tienen por objeto instituciones particulares, actos, procedimientos, funciones, entidades, derechos, poderes, deberes, etcétera, que operan o están previstos en dos o más ordenamientos jurídicos*”.

³⁶Op.cit RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar y RODRÍGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, capítulo I y GARGARELLA Roberto, Justicia Dialógica y Derechos Sociales, 2013, p. 122

³⁷LANDAU, David, La realidad de la aplicación de los derechos sociales, en Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, trad. María José Viana Cleves, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2015, pp. 321-325

³⁸ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. *Control Constitucional y PP. El rol de las y los jueces constitucionales frente a los derechos del Buen Vivir*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2010.

³⁹HOFFMANN, Florian f y R. N. M. Bentes Fernando, Accountability for Social and Economic Rights in Brazil, en GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008.

⁴⁰GINSBURG, Tom DIXON, Rosalind. *The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps*. University of Chicago Law School. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2013.

⁴¹BONILLA MALDONADO, Constitucionalismo del Sur Global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015, p. 42. En este documento, se referencian las similitudes entre los países de Colombia, India y Sudáfrica. Para Argentina se puede revisar COURTIS, Christian, Argentina: Algunas señales prometedoras, Op.cit., LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado*. Bogotá DC, 2013

Esa muestra de cuatro países puede descender a tres, según la actividad judicial que han tenido las altas Corporaciones en relación con la protección de derechos y mediación judicial en las decisiones de la administración pública. La Corte Constitucional sudafricana ha promovido una protección intermedia de los derechos en disputa, puesto que ha evaluado la validez de las políticas sociales a la luz del principio de razonabilidad. Empero, ese Tribunal ha implementado remedios débiles para proteger los DESC y modificar la gestión de la administración⁴², debido a que el ejercicio de PP queda a la libre gestión del ejecutivo, tal como sucedió en los casos *Grootboom* (derecho a la vivienda en urbanizaciones ilegales)⁴³ y *Treatment Action Campaign* (suministro de medicamentos a enfermos de VIH)⁴⁴, procesos donde se omitió proferir plazos perentorios de cumplimiento de sus órdenes⁴⁵. Inclusive, esa Corporación no ha entablado seguimiento a sus decisiones⁴⁶. Los aspectos ausentes son relevantes para investigación, como quiera que pretende analizar una forma de revisión judicial que no se agota en la expedición de la sentencia y que interviene en diferentes etapas las políticas sociales.

En contraste, las Cortes y Tribunales de Argentina, de Colombia e India tienen en común que sus decisiones han mediado en las decisiones de la administración en casos estructurales. Así mismo, han establecido plazos de observancia de los fallos y creado modelos de seguimiento a las providencias. Por ejemplo, en el Río de la Plata, se efectuó ese modelo de aplicación de DESC en el caso Verbitsky (cárceles) y Mendoza (daño ambiental)⁴⁷. Lo propio sucedió en el Estado cafetero en las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013 (cárceles), T-760 de 2008 (salud) y T-025 de 2004 (desplazados) entre otros. Otro caso similar se presentó en el país Asiático en asuntos del derecho a la alimentación, contaminación de fuentes hídricas y analfabetismo⁴⁸. Por ende, la presencia de las características enunciadas se convierte en la justificación del universo comparativo referido, toda vez que permiten estudiar los casos similares, con el fin de identificar la manera clara el proceso de intervención judicial en la política pública que busca remediar el desconocimiento sistemático de DESC a una población determinada.

El horizonte de comparación tiene la finalidad de identificar un tipo de control judicial de la administración, intervención que se caracteriza por un diálogo entre los poderes públicos y la sociedad, una concepción sustantiva de DESC, la emisión de remedios abiertos, distributivos y estructurales, así como un seguimiento fuerte. La investigación mostrará los casos en que las Cortes de diferentes Estados modificaron el proceso de decisión de la administración de una manera específica, es decir, a través de una revisión judicial con ciertas particularidades. El objeto de comparación son los procesos judiciales y las decisiones proferidas en ellos por parte de los Tribunales Constitucionales de cierre que protegen derechos en Argentina Colombia e India; en concreto, las variables de contraste son: i) la conversación con el pueblo y otros poderes públicos; ii) la concepción sustantiva de los derechos que

⁴²Op.cit. LIEBENBERG, Sandra. *Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica*. Anuario de derechos humanos.

⁴³Constitutional Court of of South africa, Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

⁴⁴Constitutional Court of South africa, Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others, 2002 (10) BCLR 1033 (CC)

⁴⁵Op.cit. RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: Como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. 2010 pág., 56-57

⁴⁶LIEBENBERG, Sandra, Sudáfrica: el reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una Constitución Transformadora, en LANGFORD Malcom, Teoría y Jurisprudencia de los derechos sociales, Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes Bogotá 2013, capítulo 4,

⁴⁷PUGA, Mariela. *La realización de derechos en casos estructurales. Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'*: Trabajo realizado en el marco de la Beca estímulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina, 2007.

⁴⁸MURALIDHAR, Shir. "India". Op.cit., LANGFORD, Malcom. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado*. Bogotá, 2013

esbozaron las corporaciones; iii) los remedios proferidos en autos u órdenes provisionales, además de sentencias; y iv) el monitoreo de sus decisiones. Los parámetros reseñados se enfocaron a revisar las etapas del ciclo de política pública que interfirieron los jueces.

Nótese que los actores de ese tipo de causas tienen la visión de que los DESC son “*reclamos para el cambio de las reglas que rigen la producción y distribución de bienes económicos y servicios sociales básicos*”⁴⁹. Las autoridades judiciales utilizan los remedios para modificar la gestión administrativa de derechos y atender las situaciones inconstitucionales. En varios aspectos, esta investigación se propone verificar o constatar la manera en que esas Corporaciones desarrollan su función protectora de contenidos normativos superiores.

Adicionalmente, la investigación tendrá una escala de comparación sincrónica, la cual se concentra en estudiar la revisión judicial de DESC en los países reseñados dentro de los últimos 20 años. Esa precisión reduce los procesos analizados en cada Estado, decisión que también se ve forzada por los recursos limitados de tiempo y espacio con los que se cuenta.

En Argentina, el análisis se concentrará en evaluar la intervención en el ambiente, como sucedió en la causa Mendoza⁵⁰. En ese proceso, la Corte Suprema de Argentina estudió el daño ambiental originado por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, demanda que se presentó contra el gobierno provincial y federal, así como 44 empresas privadas. Ese Tribunal expidió diferentes medidas provisionales que ordenaban política pública antes de que se profiriera la sentencia, determinaciones que se presentaron en el marco de diálogo con la administración⁵¹. Además, se estableció una protección de derechos fuertes, concepción que se acompañó de órdenes judiciales moderadas y un modelo de seguimiento de sus decisiones. Ante esa situación, se considera adecuado no analizar el estudio sobre el caso de las cárceles⁵², asunto donde la Corte Suprema de Argentina profirió la icónica sentencia *Verbitsky* producto de un habeas Corpus de alcance colectivo⁵³. En ese proceso, la ONG Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS– presentó la acción reseñada, dado que existía una sobrepoblación carcelaria del 50 % en centros de reclusión y comisarias (lugares de paso). Dicha decisión se descarta del horizonte comparativo, en la medida en que esa Corporación realizó un monitoreo muy débil de sus determinaciones y no expidió reglas de implementación de las mismas ni profirió órdenes estructurales⁵⁴.

En Colombia, se estudiará la intervención judicial que ha realizado la Corte Constitucional en el caso de las cárceles, dado que ese Tribunal la ha efectuado de dos formas, cambio que demuestra el aprendizaje de los jueces en la revisión judicial de DESC en casos estructurales. Inicialmente, en la Sentencia T-153 de 1998, esa Corporación consideró que existía un *estado de cosas de inconstitucionalidad* en relación con la grave crisis humanitaria que padecía la población carcelaria. Sin embargo, en esta ocasión, la Sala protegió los derechos de manera fuerte y emitió órdenes del mismo nivel, mandatos que dejaron poco

⁴⁹BRINKS, Daniel, sobre los triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA Roberto, Por una justicia dialógica, poder judicial como promotor de la democracia deliberativa, siglo XX, Buenos Aires 2014, pp. 303.

⁵⁰Corte Suprema de Argentina, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)

⁵¹Corte Suprema de Argentina, Mendoza Beatriz Silva y otros contra Estado Nacional y otros, ver resoluciones del 20 de junio de 2006, 30 de agosto del mismo año y del 22 de agosto de 2007

⁵²COURTIS, Cristián. El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?: en Revista Nueva Doctrina Penal. número 2, 2005. Pp. 529-565.

⁵³ Corte Suprema de la Argentina Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus. 856. XXXVIII. 3 de mayo de 2005.

⁵⁴Op.cit, PUGA, Mariela. *La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’*. Argentina, 2007.

margen de actuación al ejecutivo⁵⁵. A su vez, se implementó un seguimiento débil de sus directrices. En definitiva, se profirió una decisión monológica, la cual tuvo muy poco efecto en la crisis carcelaria. Más adelante, en las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, la Corte Constitucional transformó su forma de intervención a una mediación dialógica. En tales decisiones, se promovió una comunicación con las entidades y se decretaron órdenes intermedias, las cuales son objeto de seguimiento. Esa segunda clase de revisión judicial no ha sido estudiada por la doctrina, omisión que muestra innovaciones para este estudio. Ahora bien, el lector se preguntará por las razones que justifican la exclusión del análisis de tema de los desplazados. Esa respuesta se concentra en que la doctrina ha realizado un profundo estudio sobre la intervención judicial en ese ámbito, como se mostrará en el estado del arte.

En India, será objeto de reflexión la intervención de la Corte Suprema de Justicia en el problema alimenticio que sufre ese país desde el año 2000, inconveniente que ha llevado a que varios sectores de la población sufran de inanición. Ante esa situación, en el año 2001, la ONG People Union for Civil Liberties (PUCL) formuló demanda colectiva para que se protegiera el derecho a la alimentación de millones de indios, al ordenar el cumplimiento de los planes de alimentos y del Código de Hambruna. En esa misma anualidad, la Corte emitió su primera orden interina y consideró que el derecho a la alimentación se derivaba del artículo 19 de la Constitución, disposición que consagra el derecho a la vida de las personas. Para el año 2011, el Tribunal había emitido 50 decisiones provisionales en las que ordenaba distribuir la comida para sectores que no tenían acceso a la misma; por ejemplo creó programas para distintos grupos poblacionales que se hallan en situación de debilidad⁵⁶. Inclusive, implementó un modelo de monitoreo de sus decisiones a través de dos comisionados a nivel Nacional, quienes verifican la observancia de la sentencia y se apoyan en dos asesores expertos en la materia en cada Estado. A contrario sensu, en las demás providencias en que se presentó intervención judicial, la Suprema Corte de la India no aplicó un procedimiento para verificar la materialización de tales consideraciones. Por ejemplo, en el fallo *Olga Tellis & Ors vs. Bombay Municipal Council*⁵⁷, esa Corporación protegió los derechos a la subsistencia de los habitantes de la calle que serían expulsados de espacio público en cumplimiento de una ley de Bombay de 1888, empero tal amparo no significó un seguimiento a esa decisión.

En la verificación de los datos se tendrá en cuenta que *“el trabajo del comparatista debe consistir en la determinación de aquellos momentos relevantes en los discursos sobre el derecho formulado en los diversos ordenamientos, para hacer ver los valores que con ellos se quieren promover el sistema de poder capaz de alimenta el nexo entre los primeros y los segundos”*⁵⁸.

Estructura de la investigación

La estructura de la tesis esta dividida en tres partes. En la primera, se desarrollará el marco teórico que sustenta el presente trabajo. Los presupuestos se componen del constitucionalismo dialógico y las PP.

En la segunda parte se mostrará el estado del arte de la investigación, el cual radica en evidenciar la intervención los jueces en las decisiones de la administración en el ámbito nacional e internacional, al

⁵⁵RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcom LANGFORD (ed.) Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, Ed Siglo del hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 913

⁵⁶GRAHAM, Nora. 2011. “The Right to Food in India: From ‘Parchment Victories’ to Legal Enforcement: Utilizing the Judicial System to Gain Social and Economic Rights”. Political Science Senior Thesis. Haverford College

⁵⁷ Supp SCR 51, sentencia del 10 de julio de 1985.

⁵⁸SOMMA, Alejandro, Introducción Crítica al Derecho Comparado, En línea [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Somma1.pdf] tomado el 02 – 11 -2015, p. 35

dividir esa mediación en monológicas y dialógicas. Acto seguido, se presentará el estudio de caso de la intervención judicial en los países de Argentina, Colombia e India, lugares donde sus tribunales constitucionales han intentado materializar diferentes DESC en los casos estructurales de ambiente, cárceles y hambre respectivamente. El análisis se concentrará en identificar el diálogo que utilizaron los jueces para proferir diversas decisiones, la argumentación entorno a la naturaleza de los DESC, los remedios judiciales dictados y el seguimiento a los mismos.

En la tercera se mostrará las conclusiones de la investigación. En esa labor, se comenzará por esbozar las similitudes y diferencias de los casos analizados. Además, se resaltarán que el presente documento defiende una forma específica de escrutinio judicial de los DESC y de mediación a la administración, modelo que se formula como criterio regulativo que es deseable seguir, toda vez que promueve derechos constitucionales, la autonomía política de los ciudadanos, la reflexión en torno a problemas de la comunidad, el progreso social y la libertad comunicativa de las personas. A su vez, se formularán algunas consideraciones de la juridización y judicialización de las PP en el marco de la justicia dialógica, escenario que evidencia que este último discurso puede utilizar como herramienta esa disciplina de la ciencia política.

El lector tiene en sus manos un trabajo que busca reforzar el papel del juez constitucional en la protección y cumplimiento de los DESC, al defender una revisión judicial que transforma de manera eficaz la realidad social sin perder el norte democrático de los sistemas jurídicos y políticos contemporáneos.

I. Primera Parte: ¿Qué necesitamos saber? : Los presupuestos teóricos

“Todo silenciamiento de discusión es una suposición de infalibilidad” Jhon Stuart Mill 1861⁵⁹

“La decisión de la Corte nos dio voz” Danelly Estupiñan 2014⁶⁰

Como se explicó en la introducción, el nuevo activismo judicial tiene unas características especiales que llevan al investigador a asumir presupuestos teóricos novedosos e interdisciplinarios con el fin de explicar y evaluar el comportamiento de los jueces. Vale aclarar que esa amplitud teórica es el resultado de la facticidad y validez de la teoría del derecho y de la política en las sociedades contemporáneas, al igual que de la necesidad de que los constructos teóricos tengan aplicación práctica y encuentren respuestas a los problemas de las comunidades. Así:

“La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empeñarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. Observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis de conceptual vs. descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refieren al paradigma investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.)”⁶¹.

La primera parte de la tesis estará compuesta por dos capítulos. Inicialmente, la investigación retomará la teoría del constitucionalismo dialógico. En especial, se explicará la justicia dialógica, sus discursos y aplicaciones en las providencias de los jueces, entre ellos, las nuevas visiones de democracia, de división de poderes y de adjudicación judicial o herramienta interpretativa. Los elementos descritos responden a las críticas que se han presentado contra la revisión judicial de DESC y su correlativa intervención a la administración. Nótese que algunos de aspectos conceptuales y analíticos conectan la doctrina señalada con las PP, pues explican las formas en que los jueces intervienen la gestión del Estado. Ello sucede con los casos estructurales, la concepción sustantiva de los derechos, los remedios judiciales y el seguimiento de las sentencias. Más adelante, se realizará una referencia sobre el área de estudio de las PP. Al respecto, se enfatizará en el enfoque del ciclo de PP, su aplicación a los derechos humanos y los indicadores de las acciones de la administración para identificar el goce de satisfacción de DESC y el avance de las medidas gubernamentales. Esa presentación evidenciará la necesaria interacción entre disciplinas, como el derecho y la ciencia política, para atender los complejos problemas sociales. A su vez, demostrará el carácter interdisciplinario de esta investigación.

1. Capítulo 1: El constitucionalismo dialógico y sus discursos

El constitucionalismo dialógico adopta una forma de intervención que se fundamenta en un diálogo abierto con la comunidad para modificar la realidad. De ahí que los estudios de derecho constitucional deben incluir la interacción entre el poder judicial en su conjunto con las otras ramas del Estado, las asociaciones civiles, los movimientos sociales, la opinión pública, los centros de investigación, los

⁵⁹MILL, Jhon Stuart, Considerations on representative government, Nueva York Oxford World Classics, Oxford University Press, (1998 [1861]), p. 22

⁶⁰Líder del movimiento social afrocolombiano de víctimas del desplazamiento forzado, quien pronunció esa frase en una audiencia pública de seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004, diligencia que se llevó a cabo el 28 de julio de 2014. Reseñado en RODRÍGUEZ GARATIVO Cesar y Rodríguez Franco Diana, juicio de la exclusión, Bogotá 2015.

⁶¹Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y Validez, p. 68.

partidos políticos⁶² etc. En específico, los jueces que asumen esa concepción del derecho pretenden que, mediante el diálogo extendido, se construya el significado de la constitución y se resuelvan los problemas complejos en la sociedad. Esa visión se acompaña con una fuerte protección y justiciabilidad de DESC⁶³.

El modelo adoptado asume una forma de control constitucional que intenta ser una respuesta válida y legítima a la vulneración masiva de derechos humanos que se presenta en algunos países que padecen de patologías institucionales. La construcción teórica obedeció a la necesidad de explicar las prácticas de varios tribunales del mundo, y de responder a las críticas que han surgido desde diferentes orillas académicas del derecho y de la política. Por ende, el paradigma responde a un contexto de ciertos pueblos y no pretende ser universal, sin embargo, sí requiere que sea constante y eficaz en esos lugares. De hecho, se concentra en escenarios de máxima injusticia que deben ser corregidos, cuya tarea el juez aumió.

De manera expresa, el constitucionalismo dialógico responde a las detracciones que ha recibido ese nuevo activismo judicial, como son: i) la ausencia de legitimidad para intervenir en decisiones de DESC, dado que los jueces carecen de sustento democrático; ii) la usurpación las competencias que realiza el poder judicial con la justiciabilidad de los DESC, materia del resorte del legislador así como del ejecutivo; y iii) la deficiencia de los tribunales sobre su la capacidad institucional y cognitiva para solucionar problemas sociales complejos.

Para resolver esos ataques, se ha propuesto una actuación judicial intermedia entre la restricción del funcionario jurisdiccional y el gobierno de los jueces⁶⁴. Tal posición reprocha las decisiones que imponen a la administración las políticas sociales de manera detallada y vertical, eventos en que los demás poderes públicos así como la sociedad quedan sin forma de actuación⁶⁵. Los postulados expuestos indican que la justicia dialógica comprende tres *dossiers*⁶⁶ que entrecruzan la actuación del funcionario judicial y muestran una nueva forma de comprender la democracia, la división de poderes y la interpretación constitucional.

1.1. Una nueva visión de democracia

El constitucionalismo dialógico desecha las concepciones clásicas de la democracia expuestas por Rousseau y Madison. En contraste, aboga por una perspectiva deliberativa en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

De un lado, la visión *rousseauiana* se basa en la idea de la superioridad de la voluntad general⁶⁷, noción que implica que los derechos queden a la merced de la mayoría. Se recuerda que la relación entre ese

⁶²Op.cit, GARCIA JARAMILLO Leonardo, Introducción, en Constitucionalismo Democrático, por una reconciliación entre Constitución y Pueblo, 2013 p. 11.

⁶³Op.cit, RODRÍGUEZ GARATIVO, Cesar Más allá de la Jurisprudencia: El impacto de los Fallos sobre Derechos Sociales, en LANGFORD Malcom Teoría y Jurisprudencia de los derechos sociales, 2013, p. 909

⁶⁴Ibidem.

⁶⁵DIXON, Rosalind *“Creating Dialogue about Socioeconomic Rights, Strong from Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*, International Journal of Constitutional Law, p. 407

⁶⁶La denotación del Dossier fue presentada por Michel Foucault en sus diferentes trabajos, en específico *“Yo Pierre Rivieri habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano”*. Por tal vocablo entiesase la intersección de varios discursos sobre un mismo acontecimiento.

⁶⁷GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, JARAMILLO P., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY YEPES, Rodrigo, «Título IV. La revolución francesa», en Teoría Constitucional, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 390

enfoque de democracia y los derechos tiende a ser opuesta⁶⁸, al punto que éstos desconfían de las mayorías, puesto que son avasallados por esa clase de poder⁶⁹. Adicionalmente, esa teoría es insatisfactoria para explicar racionalmente la legitimidad de ese modelo de decisión, es decir, no expone cómo se llegan a los consensos en una sociedad que funde su democracia en el principio del respeto de la voluntad general⁷⁰. Lo anterior, debido a que el procedimiento previo a la transformación de las preferencias individuales de los ciudadanos carece de comunicación y el cambio de éstas ocurre en el marco de un proceso de agregación de voluntades, como el voto⁷¹.

De otro lado, la democracia *madisoniana* supone una enemistad entre las personas, conflicto que conduce a que un grupo oprima a otro, al convertirse en una mayoría facciosa⁷². Por medio de los diseños constitucionales, el Estado debe evitar esa relación de despotismo en la sociedad. Tal concepción ve imposible que los conflictos sociales puedan ser resueltos en un diálogo extendido entre los poderes públicos y la sociedad. De hecho, advierten que la voluntad originaria del constituyente de Filadelfia de 1787 debe ser respetada, sin posibilidad de que se acepten nuevas funciones, por ejemplo la revisión de los DESC en los tribunales. La corriente doctrinal expuesta no logra mostrar satisfactoriamente las razones que advierten el consenso social y la manera en que se produce la transformación de los intereses individuales de una persona a un colectivo.

Los autores deliberativistas denuncian que la reducción analítica a esos dos modelos democráticos ejemplifica un falso dilema sobre el procedimiento de decisiones políticas en el Estado, en razón de que existe otro esquema que expone de manera más clara la forma en que se llegan a los consensos sociales, aspecto que refuerza la legitimidad de la decisión⁷³. La ventaja descrita es una de las implicaciones de que la democracia deliberativa acepte la teoría del discurso como presupuesto normativo.

1.1.1. La democracia deliberativa⁷⁴

El modelo defendido fusiona la democracia y la deliberación como una manera de justificar las decisiones o actuaciones de las autoridades⁷⁵. Con el primer elemento, el esquema pretende atribuir a la determinación un rasgo democrático. Así, busca incluir en el debate a todos los afectados con la decisión, ya sea de manera directa o indirecta con sus representantes⁷⁶. Estos sujetos deben tener la oportunidad de ejercer su libertad comunicativa y formular sus razones u opiniones frente al tema objeto de debate. Con el segundo aspecto, el procedimiento deliberativo se identifica con un acto de comunicación colectivo donde se entabla una relación dialógica o discursiva para llegar a la decisión⁷⁷. La deliberación entraña una reflexión en torno al entendimiento grupal de un problema social por

⁶⁸ALEXANDER Robert, *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed Miguel Carbonell, Cuarta edición, editorial Trotta, Madrid 2009, p. 38.

⁶⁹DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Harvard, UP, 1996, p. 17

⁷⁰Op.cit, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, partes II y II del capítulo VII política deliberativa: un concepto procedimental de la democracia

⁷¹MARTÍ, José, *La República deliberativa, una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 47 y 48

⁷²Op.cit, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, JARAMILLO P., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY YEPES, Rodrigo, «Título III. Revolución, independencia y constitución en Estados Unidos», en *Teoría Constitucional*, p. 236

⁷³Op.cit, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, p. 381.

⁷⁴El concepto de democracia deliberativa fue acuñado por primera vez por el profesor Joseph Bessette en un breve trabajo denominado *Deliberative Democracy: The Majority in Republican Government*, Golwin, Robert A y Schambre, William A. Eds, *How democratic is the constitution?* Washington, American Enterprise Institute, 1980, pp. 102-116.

⁷⁵Op.cit, MARTÍ José, *La República deliberativa*, p. 22 y 22.

⁷⁶ELSTER Jhon, *La democracia deliberativa*, Ed Gedisa, Barcelona 2013, p 23-28

⁷⁷GOODIN, R, *Reflective Democracy*, Oxford: Oxford University Press

medio del intercambio de argumentos que pretenden persuadir al otro por una alternativa específica. Los participantes persiguen la imparcialidad en sus juicios y valoración⁷⁸.

En este esquema de adopción de decisiones, las determinaciones son válidas y legítimas, porque son imparciales, condición que se obtiene⁷⁹: i) al incluir en el debate a todos los afectados por la determinación o a sus representantes, quienes serán reconocidos en igualdad de condiciones; y ii) en el marco de un proceso de dialógico neutral en que se toma una decisión mediante la discusión pública. Los participantes se encuentran comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad⁸⁰. La democracia deliberativa descansa en la discusión no violenta entre los participantes, toda vez que avanza en una disputa que se justifica por medio de argumentos⁸¹. Es más, utiliza el principio de argumentación como procedimiento de adopción de decisiones para alcanzar un consenso razonado en la comunidad⁸². En este camino se formulan razonamientos públicos entre ciudadanos iguales⁸³ y la regla de decisión se representa con un acuerdo racional. La medida producto de esa forma de comunicación tendrá un alto valor epistémico cuando es aceptada por todos de manera libre y sin coerción⁸⁴.

Vale anotar que el modelo propuesto en esta investigación es un ideal normativo que define el norte que deben seguir las autoridades para emitir una decisión bajo la democracia deliberativa⁸⁵. Así, el acatamiento de los principios que contiene este procedimiento decisorio se acerca a un estado de cosas ideal y su observancia es gradual. La caracterización de este esquema como inalcanzable permite evaluar el comportamiento de las instituciones en la realidad y proponer correctivos a los mismos.

La democracia deliberativa responde varias preguntas necesarias para su funcionamiento y la identificación de una decisión que se respalda en ese tipo de procedimiento, a saber⁸⁶: ¿Quién delibera?, ¿Sobre qué se delibera?, ¿Cómo se delibera? Y ¿Cuáles son las condiciones para comenzar a deliberar?

El primer cuestionamiento se refiere a los sujetos que deben hacer parte de la deliberación. La intervención de la comunidad debe incluir a todos los afectados o interesados con la medida⁸⁷, quienes comprenderán a las personas que ven alguna repercusión en sus intereses. En principio, se debe

⁷⁸Op.cit, ELSTER Jhon, La democracia deliberativa, 2013, p. 8

⁷⁹ELSTER Jon, La democracia deliberativa, Barcelona 2013; HABERMAS, Jürgen, Facticidad y Validez, NINO, Carlos Santiago, la Constitución de la Democracia deliberativa, Ed Gedisa Barcelona 2003; COHEN, Joshua, Deliberation and Democratic Legitimacy, En HAMLIN A y PETTIT, B, *The Good Polity*: Oxford Basil Blackwell, 1989, pp. 17-34, BOHMAN, James, Public Deliberation, Cambridge, Mass.: MIT Press; ELY, Jhon Hart, Democracy and Distrust, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980;

⁸⁰Op.cit, ELSTER Jon, La democracia deliberativa, 2013, p. 21

⁸¹Ibidem, p. 23

⁸²Op.cit, MARTÍ José, la República de la democracia deliberativa, 2006, pp 90-92

⁸³Op.cit, COHEN, Joshua, Deliberation and Democratic Legitimacy, p. 17

⁸⁴Op.cit, NINO, Carlos Santiago, La Constitución de la Democracia Deliberativa, p. 166

⁸⁵Op.cit, MARTÍ, la República de la democracia deliberativa, 2012, pp 25 – 26. De igual forma ver, JARAMILLO GARCIA, Leonardo, Constitucionalismo Deliberativo, estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídica, 2015, p. 242

⁸⁶José Martí en su libro plantea el modelo de actuación de la democracia deliberativa más fácil y sencillo entre los formulados por los autores de esta corriente. Por ello, se acudirá a su esquematización. Op.cit, MARTÍ José, la República de la democracia deliberativa, 2006, pp. 39-52

⁸⁷HABERMAS Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed Taurus, Madrid 1987 Vol I 4-33.

propiciar una participación directa de la comunidad, empero en ciertos casos es válido acudir a la representación⁸⁸.

El segundo interrogante se relaciona sobre el objeto de la deliberación y la existencia de materias vedadas para el diálogo colectivo. Autores como Habermas han indicado que sólo se puede debatir en torno a algo que puede ser racionalizado. Otros han agregado que la discusión recae sobre el conjunto de preferencias políticas imparciales individuales de sus participantes frente a un asunto, propuesta o medida concreta⁸⁹.

Así mismo, se estima relevante resaltar que la mayoría de la doctrina ha rechazado la eliminación de cuestiones éticas de los discursos objeto de diálogo, debido a que la reflexión *“tendría que perder la fuerza que tiene de cambiar racionalmente las actitudes prepolíticas, las interpretaciones de las necesidades y las orientaciones valorativas”*⁹⁰. Por ende, en la deliberación no existe una regla mordaza que imponga una restricción a tratar un asunto, como quiera que el debate se basa en el principio de neutralidad colectiva y pública. Las autoridades pueden discutir sobre temas éticos sin que se afecte su imparcialidad o autonomía para actuar como entidades normadoras.

El tratamiento de un tópico con contenido moral carece de correspondencia con la intervención de la intimidad de una persona, por ejemplo hablar sobre el aborto, la eutanasia, la violencia intrafamiliar o los métodos de anticoncepción no implica una irrupción de los derechos del individuo, máxime cuando se pretende regular una de las materias señaladas. Dicha conclusión jamás significa que el colectivo pueda inmiscuirse en la intimidad de las personas o en el ejercicio de sus derechos fundamentales, puesto que estos ámbitos se refieren a la autonomía e individualidad de las personas. La discusión en torno a un tema que tienen implicaciones morales no conlleva a desconocer los espacios de libertad del individuo, dado que el debate se efectúa sobre cuestiones abstractas regulativas que no establecen interferencias particulares. La posición descrita garantiza *“la realización simultánea y complementaria de la autonomía privada y la autonomía pública o ciudadana, que, consideradas normativamente, son cooriginales y se presuponen mutuamente porque la una permanecería incompleta sin la otra”*.⁹¹

La tercera incógnita responde al procedimiento de la deliberación democrática. Inicialmente, se debe precisar que la política dialógica se estructura en dos vías⁹². De un lado, se presenta en la formación del consenso formalmente estructurado en los mecanismos institucionales tradicionales que tiene el Estado para adoptar una decisión, por ejemplo procedimientos legislativos, judiciales o administrativos; de otro lado, se materializa en la conformación de la opinión y voluntad política en espacios públicos informales. Además, este aspecto incluye los principios estructurales que definen y son constitutivos del proceso deliberativo⁹³. Éstos son:

⁸⁸ Cabe precisar que dentro de la teoría de la democracia deliberativa se encuentran dos corrientes. La primera aboga por una representación autónoma en la deliberación, de ahí que los representantes serán independientes en el diálogo y podrán cambiar de posición si lo consideran adecuado. Joseph M. Bessette es un ejemplo de esta posición elitista de la democracia deliberativa. La segunda acepta la representación, empero propone algunas restricciones, por ejemplo la deliberación debe ser pública y deben ser configurados mecanismos de dos tipos, como son: i) institucionales que complementen la democracia representativa; y ii) no institucionales que promuevan el debate en la esfera pública de la sociedad. Además, propugna por el abandono del principio de independencia de los representantes. José Martí es una muestra de dicho tipo de democracia deliberativa republicana.

⁸⁹Op.cit, COHEN, Joshua, Joshua, Deliberation and Democratic Legitimacy, p. 194 y Martí José, La Republica Deliberativa, p 84.

⁹⁰Op.cit, HABERMAS, Facticidad y Validez, pp. 386 y 387

⁹¹Ibidem.

⁹²Ibidem, p. 392. En el mismo sentido COHEN Joshua en Deliberation and Democratic Legitimacy

⁹³MARTÍ, José, La República Deliberativa, 2006, pp. 78-96

- i) El principio argumentativo, mandato que impone el gobierno de la discusión⁹⁴ en la democracia deliberativa, vigencia que pretende transformar las preferencias de los participantes de forma razonada. La deliberación *“no es sólo un proceso de descubrimiento: las partes no están satisfechas con presentar diversas tesis en conflicto: sino que cada una trata también de persuadir a la otra. Argumentan. La argumentación es una secuencia de proposiciones dirigidas a producir o reforzar el acuerdo con el que escucha. En este sentido, es un proceso discursivo y racional”*⁹⁵.
- ii) El principio colectivo, criterio regulativo que significa que el proceso de diálogo es grupal, por lo que se realiza entre varias personas que proponen diferentes argumentos que surgen de un racionamiento individual de un sujeto.
- iii) El principio de inclusión, el cual se vincula con el carácter democrático del modelo, de modo que debe convocarse a la comunicación a los potencialmente afectados con la decisión a adoptar.
- iv) El principio de publicidad, criterio que indica que el proceso deliberativo entre los interlocutores debe ser público con el objetivo de identificar la responsabilidad de los hablantes, y permitir que la comunidad someta el debate así como la decisión a una rendición de cuentas⁹⁶.
- v) El principio de procedimiento abierto, el cual tiene dos acepciones. Por un lado, el trámite debe ser flexible en su forma y en sus decisiones, al punto que no sea adecuado fijar reglas de procedimiento precisas y universales a toda deliberación. Por otro lado, el trámite debe permitir espacio de auto-reflexión o crítica para corregir los inconvenientes que nazcan en su práctica o desarrollo.
- vi) El principio de continuidad, que señala que el proceso de diálogo nunca se detiene. Sin embargo, algunos autores han indicado que la deliberación puede tener plazos o límites temporales, al zanjar el debate con otra regla de decisión, como el voto⁹⁷. Los deliberativistas han aceptado la imposibilidad real de que exista un modelo puro que exclusivamente se centre en el principio de argumentación, por lo que han considerado adecuado que el procedimiento utilice la regla del voto, siempre y cuando predomine el diálogo racional.
- vii) El principio de libertad de los participantes, norma que hace referencia a que los agentes de la comunicación deben ser libres para acceder al procedimiento de decisión. Además, deben ser autónomos e independientes para participar en la proposición de los argumentos y en la aceptación de las razones de otros actores. Lo propio sucede con la intervención en la decisión, es decir, su determinación o selección en relación con una alternativa debe estar libre de coacción interna o externa.
- viii) El principio de igualdad formal de los participantes. Dicha simetría se aplica en la oportunidad de emisión de su juicio u opinión, la incidencia del agente en la decisión final, y en la consideración así como respeto de los argumentos de cada participante⁹⁸. En ese mandato, las autoridades y el diseño institucional tiene la obligación de expedir normas que reduzcan las distorsiones causadas por la desigualdad en las capacidades de los agentes comunicativos⁹⁹.

⁹⁴SUNSTEIN, Cass, *The Partial Constitution*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, p. 162

⁹⁵MANIN, Bernard, *On Legitimacy and Political Deliberation*, Political Theory, Vol. 15, pp. 352 y 353

⁹⁶GUTMANN y THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Harvard University Press 1996, p 95

⁹⁷Op.cit, HABERMAS Jürgen, *Facticidad y Validez*, p 382. En mismo sentido ver, COHEN Joshua en *Deliberation and Democratic Legitimacy*, p. 23 y MARTÍ José, *La República deliberativa*, 2006, pp. 50-52

⁹⁸Op.cit, ELSTER Jhon, *La democracia deliberativa*, 2013, p 18

⁹⁹MARTÍ José, *La República deliberativa*, 2006, pp. 95-96

La cuarta inquietud se corresponde con las condiciones necesarias para que exista comunicación y se presenten los principios que constituyen el procedimiento de la democracia deliberativa. Por ejemplo, se requiere del pluralismo exacerbado de la sociedad posmoderna y la existencia de posiciones opuestas. En este contexto, los antagonismos se resuelven con un diálogo constante en el marco de una participación continua y a largo plazo. Así, el esquema de decisión se nutre de los desacuerdos de la sociedad, pues sin ellos no podría presentarse deliberación ni argumentación. También, se debe garantizar algunos aspectos que mantengan la seguridad pública requerida para el debate, la estabilidad económica, así como la vida e integridad de los ciudadanos, al prohibir la extorsión o la coerción. Así mismo, se debe crear las condiciones mínimas para que las personas tengan formación política y algunas capacidades argumentativas. Sobre todo, el modelo exige un sistema educativo robusto en formación comunicativa y el fortalecimiento de la esfera pública. No obstante, ciertas diferencias entre los agentes son positivas, por cuanto la desigualdad en el acceso a la información o en el procesamiento de ésta facilita la deliberación, al punto que el error de argumentación o de pensamiento podrían ser corregidos en la comunicación¹⁰⁰.

La postura expuesta responde a las falencias de otras concepciones de democracia. Por ejemplo, deja de creer que la voz del pueblo se identifica con la voluntad de dios o de un soberano, idea propia de la democracia *rousseauiana*. Sucede lo mismo con el rechazo de supremacía de la autoridad de los padres fundadores que esbozan los *madisonianos*. La democracia deliberativa aboga por las respuestas que nacen del “continuo proceso de construcción colectiva, que implica idas y vueltas entre los ciudadanos, sus representantes, los jueces, y un permanente proceso de desafíos y correcciones mutuas”¹⁰¹. Lo anterior no implica que se reste fuerza a la protección de los DESC, por el contrario, esa actuación se justifica en el compromiso del juez para materializar los derechos de las personas¹⁰².

Finalmente, la democracia deliberativa es un procedimiento de toma de decisiones que aporta mayor legitimidad a las determinaciones de las autoridades que la democracia *rousseauiana* o *madisoniana*, puesto que se justifica de manera epistémica y sustantiva¹⁰³.

Por una parte, el esquema referido permite arribar a una decisión que tenga mayor corrección, al ofrecer más garantía de que su resultado sea justo, porque: a) facilita el intercambio de información entre los agentes¹⁰⁴; b) corrige los errores fácticos y lógicos de las personas por el flujo de conocimiento y el debate¹⁰⁵; c) controla los aspectos emocionales y filtra las preferencias, pues éstas deben sujetarse al modelo racional de formación de conceptos¹⁰⁶; y d) dificulta la manipulación de la posición de la gente, la agenda y las preferencias políticas con el intercambio de información, procesos de argumentación y de reflexión¹⁰⁷.

¹⁰⁰PRZEWORSKI, Adam, Deliberación y dominación ideológica, en Elster, Democracia deliberativa, Gedisa 2013 p.192-193

¹⁰¹Op.cit, GARGARELLA Roberto, Justicia dialógica y derechos sociales, 2013, p. 122

¹⁰²ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, México, Ediciones del Castillo, 2002; COURTIS, Christian. Ecos cercanos: estudios sobre derechos humanos y justicia. Siglo del Hombre y Universidad de los Andes. Bogotá, 2009, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Estudios del Puerto, Buenos Aires 2006; ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS Christian y ANÓN María José, Derechos Sociales, instrucciones de uso, Estudios del Puerto, Buenos Aires 2006;

¹⁰³Op.cit, MARTÍ José, La Republica de la Democracia Deliberativa, p. 193

¹⁰⁴GAMBAETA Diego, “¡Claro!”: Ensayo sobre el machismo discursivo, en Elster, Democracia deliberativa, Gedisa 2013 pp 39-41. Además, en ese mismo libro, ELSTER, la deliberación y los procesos de creación constitucional p. 138

¹⁰⁵FEARON, James D, La deliberación como discusión, en en Elster, Democracia deliberativa, Gedisa 2013 p 75 y 83. En similar forma, NINO, Santiago, Constitución de la Democracia deliberativa, pp. 174

¹⁰⁶Op.cit, NINO, Santiago, Constitución de la Democracia deliberativa, 2003, pp. 175 - 176

¹⁰⁷Op.cit, FEARON, James D, La deliberación como discusión, 2013 p.84-85

Por otra parte, la deliberación desarrolla y materializa valores sustantivos que permiten un sistema de derechos donde coexiste la satisfacción de la autonomía privada con la colectiva, ventaja que se ejecuta en mayor medida que en las otras visiones de la democracia que no se centran en el principio de argumentación. Este modelo respeta la libertad, la igualdad básica, la igualdad de influencia política y la dignidad¹⁰⁸, porque presupone intereses intersubjetivos antes del diálogo, permite el intercambio de argumentos públicos entre los actores, se toma en serio las razones de los ciudadanos, busca garantizar la igualdad política reconociendo que el elemento central para adoptar una decisión son los argumentos y fija parámetros que trata de garantizar precondiciones de la deliberación, al disminuir los disturbios producidos por la desigualdad económica y de las capacidades argumentativas. A su vez, el presente esquema decisional obtiene unos valores complementarios, como son: i) la cooperación social derivada de la naturaleza de coordinación de los procesos argumentativos; ii) la reciprocidad como patrón de interacción social; iii) la inclusión de todos los puntos de vista de la sociedad por el diálogo abierto; y iv) el progreso del colectivo, debido a que la solución no violenta de los conflictos perfecciona las habilidades de reflexión y de racionalidad de los hablantes¹⁰⁹.

1.1.2. Una justicia deliberativa e incluyente

En materia de DESC, las decisiones judiciales de intervención a la administración y/o legislación son democráticas, cuando se profieren después de un amplio debate que incluye a todos los afectados o sus representantes¹¹⁰. Ello implica que el juez se encuentre ante muchas voces y escuche a quienes nunca han sido oídos en la sociedad, esto es, los marginados¹¹¹. A su vez, se necesita que la determinación pública se adopte en el marco de un procedimiento deliberativo o de discusión colectiva amplia¹¹². La justicia se convierte en un moderador que profundiza el diálogo entre los interesados, debido a sus espacios abiertos de comunicación, por ejemplo con la celebración de las audiencias públicas, como realizaron la CCC en la Sentencia T-025 de 2004 y la SCJA en el caso Mendoza- Río Matanza Riachuelo. Tal debate debe estar marcado por la igualdad, la libertad, la razonabilidad e imparcialidad en un procedimiento deliberativo de interacción argumentativa¹¹³. Ello es la aplicación de los principios de argumentación, de inclusión de igualdad propios de la democracia deliberativa. En esta teoría, ese funcionario tiene la facultad de censurar las normas que se profirieron sin tener en cuenta a todos los afectados en su trámite legislativo, por cuanto no respetaron las visiones de los demás, en consecuencia fueron antidemocráticas¹¹⁴.

¹⁰⁸ACKERMAN, B, Why Dialogue? *Journal of Philosophy*, vol 86, no 1 y MARTÍ José, *La Republica de la Democracia Deliberativa*, p 206.

¹⁰⁹Op.cit, MARTÍ José, *La Republica de la Democracia Deliberativa*, 2006, pp 210 – 213.

¹¹⁰GARGARELLA Roberto, *la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida*. En YAMIN Alicia Ely y GLOPPEN Siri, *La Lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Ed XXI siglo del hombre, colección derecho y política, Buenos Aires 2013, p. 284, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, *juicio a la exclusión*, 2015, capítulo I; GARGARELLA, Roberto, *Justicia Dialógica y Derechos Sociales*, 2013, pp. 122 – 127, GARGARELLA Roberto, *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, en ALEGRE Marcelo; GARGARELLA Roberto, *el Derecho a la igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*; GARGARELLA, Roberto, *Democracia Deliberativa y judicialización de los derechos sociales, perfiles Lationamericanos*, Julio-diciembre, No 28, Facultad Lationamericana de Ciencias Sociales Distrito Federal, México pp- 9-32, documento que corresponde con la versión en español de *Should Deliberative Democrats Defended the Judicial Enforcement of Social Rights?*; TIMM HIDALGO, Ana Karina, *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico*, Tesina, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2011.

¹¹¹Op.cit, ELY, Jhon Hart, *Democracy and Distrust*

¹¹²Ver referencias de la cita 110 y Op.cit, JARAMILLO GARCIA, Leonardo, *Constitucionalismo Deliberativo, estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, p. 247

¹¹³Op.cit, GARGARELLA, ROBERTO, *la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida*, 2013, pp 290. De igual forma, BLANCO CORTINA, David, *Jueces y calidad de la democracia: el poder judicial como factor de calidad deliberativa de la democracia*, *Pensamiento Jurídico* No, 44, Universidad Nacional de Colombia, 2016 p. 71

¹¹⁴GARGARELLA, Roberto, *Justicia Dialógica y Derechos Sociales*, 2013, p. 124

Aunado a lo anterior, en los juicios que giran en torno a la vulneración masiva de DESC se combina la estructura de doble vía de la política deliberativa. De un lado, las comunidades debaten frente al problema de negación de derechos y deciden que una de sus salidas es solicitar la intervención del juez, determinación que produce la formalización de la opinión pública. En la esfera pública surge la necesidad de que el funcionario jurisdiccional adopte medidas, verbigracia en el caso Matanza-Riachuelo la comunidad inició un proceso de movilización social antes de acudir a la vía judicial, el cual permitió la articulación de acciones de *accountability social* que delinearon el camino a la CSJA¹¹⁵. De otro lado, el juez con los ciudadanos y las autoridades encuentra las diversas fallas y profiere los remedios respectivos. Así mismo, se garantiza un intercambio de argumentos que aseguran la existencia de normas que se fundamenten en un consenso social amplio y no en la visión de un sector o grupo de interés, como ocurrió en la Sentencia T-760 de 2008, caso en que la CCC ayudó en la reestructuración del sistema de salud en Colombia¹¹⁶. Inclusive, ese proceso de interacción conforma la opinión formalmente estructurada que puede cambiar la esfera pública en ideas o representaciones. Por ejemplo, en la Sentencia T-025 de 2004 y su seguimiento, la CCC modificó el reconocimiento de las personas en condición de desplazamiento de indigentes o perezosos a víctimas del conflicto armado en Colombia, de modo que la sociedad comenzó a verlos como titulares de derechos¹¹⁷.

El nuevo activismo dialógico se presenta en el marco de casos estructurales de protección de DESC, cuya centralidad radica en que la justiciabilidad del derecho se extiende más allá de las partes procesales, pues sigue el rastro de la vulneración masiva de esos principios a un grupo poblacional en condición de debilidad manifiesta¹¹⁸. Esa ampliación de protección judicial ocurre con independencia de la cuerda procesal en que se presenten las pretensiones de los ciudadanos, por ejemplo acciones individuales o colectivas¹¹⁹, como ha sucedido en Colombia con la acción de tutela.

La causalidad del litigio es el elemento determinante para identificar los casos estructurales. En ese tipo de eventos, los jueces establecen una serie de vínculos entre determinados hechos¹²⁰, nexo que nace de la perturbación injustificada de derechos de las personas, es decir, el agravio. Los tribunales buscan remediar los efectos dañinos de los factores que materializan la lesión, labor que se realiza sin atribuir una responsabilidad subjetiva a algún agente. Así, los funcionarios se preocupan para evitar que persista el perjuicio a los derechos. Las medidas judiciales no se basan exclusivamente en el criterio del agente del daño, por cuanto que en los casos estructurales es imposible identificar el evento necesario y suficiente que produjo el perjuicio¹²¹. En otras palabras, esas causas tienen una lógica multicausal. Ante esa situación, el juez se concentra en atacar el daño y no en sancionar a un sujeto, de modo que intenta distribuir los costos de los perjuicios, rectificar el daño o evitarlo. Esa actuación se sustenta en que el derecho tiene el propósito de atender el agravio antes que identificar a los culpables del mismo.

¹¹⁵BERGALLO, Paola, La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, Siglo XXI Ed, 2014, pp. 250-256

¹¹⁶Op.cit, GARGARELLA, ROBERTO, la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida, 2013, pp 290 -291

¹¹⁷Op.cit, RODRIGUEZ GARAVITO Cesar y RODRIGUEZ FRANCO; Diana, Cortes y Cambio social, 2010, p. 22-25 y 103

¹¹⁸BELSKI, Mariela, Introducción, en el litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación posibilidades y obstáculos, Asociación por los Derechos Civiles ACD, Buenos Aires, 2008,p. 8

¹¹⁹PUGA, Mariela, el litigio estructural, Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, Año I No 2, 2014, pp 47-48

¹²⁰Ibidem, p 58

¹²¹Ibidem, p, 69

A su vez, la lógica del caso estructural produce algunas características de esos procesos¹²². Por ejemplo, el litigio reduce su naturaleza adversarial y el juez deja de actuar como un árbitro de una disputa, dado que la competencia de los argumentos opuestos no se convierte en el objeto del proceso. El funcionario judicial asume una perspectiva regulativa que significa que fije el problema, promueva su ataque y gestione su respuesta. Es más, los Tribunales adquieren una importancia en la construcción de la litis, porque buscan encontrar las pautas normativas de una decisión y de la forma de resolver la situación inconstitucional. Esa labor se efectúa por medio del diálogo entre la sociedad y el Estado, conversación que dará origen a acuerdos entretajidos donde los jueces participaran activamente en el debate, al organizar, guiar y facilitar dicha conversación¹²³. Los criterios de decisión miran hacia el futuro, debido a su carácter distributivo.

Conjuntamente, esa lógica multicausal implica que los casos estructurales tiene otros elementos, a saber:

“1) afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos; 2) involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3) implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso”¹²⁴.

En algunos países esa categoría de análisis ha recogido los elementos referidos, pero se le ha asignado un nombre particular. Una muestra de ello es Colombia, sitio donde la CCC ha denominado esa situación como un estado de cosas inconstitucional (ECI). Con base en esa institución, dicha Corporación ha identificado los escenarios en que se presenta una vulneración sistemática de derechos humanos, entre ellos los DESC, a un grupo poblacional identificado¹²⁵. La doctrina de ese país ha identificado las características del ECI en los siguientes parámetros:

“1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas multisectoriales que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”¹²⁶;

¹²²Ibidem, p. 75

¹²³Op.cit, PUGA, Mariela, La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas Verbitsky y Mendoza, 2007, pp. 4-6.

¹²⁴CHAYES, Abram, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, Harvard Law Review, (1976), 89 (7): 1281-1316; SABEL, Charles F. y WILLIAM H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, Harvard Law Review, (2004), 117: 1015-1101; disponible en <www2.law.columbia.edu>, última consulta: 18/12/2015. Así mismo ver, RODRIGUEZ GARAVITO, en Juicio a la exclusion, 2015, p. 21.

¹²⁵Corte Constitucional, Sentencias SU-559 de 1997 (afiliación del sistema de seguridad social a profesores), T-069 de 1998 y SU-090 de 2000 (ineficiencia administrativa de CAJANAL), T-153 y T606 de 1998, T-257 de 2000 así como T-388/13 (problema de prisiones, hacinamiento carcelario y salud entre otros), SU-250 de 1998 (concurso de ingreso a carrera notarial), T-590 de 1998 (protección a defensores de derechos humanos), C-955 de 2000 (sistema de crédito de vivienda UPAC), desplazados (T-025 de 2004), Auto 110 de 2013 y su levantamiento en la Sentencia T-774 de 2015 (respuesta a las peticiones de reconocimiento pensional en Colpensiones). En el caso de salud, la Corte Constitucional formalmente no declaró el ECI, empero sus medidas y tratamiento fueron propios de un caso estructural en la Sentencia T-760 de 2008 y su seguimiento.

¹²⁶OSUNA Nestor, las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, La protección de los derechos sociales Las sentencias estructurales, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Konrad-Aenauer Stiftung, Bogotá, 2015, pp. 112-113. En el mismo sentido, GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. El

En suma, los casos estructurales retratan un conflicto que entrelaza los derechos en un gran tejido social, por lo que imbrica los intereses de sujetos activos y pasivos. Además, son un asunto que enfatiza su racionalización en el agravio, es decir, en la reducción de desconocimiento de DESC que sufre una población marginada. El juez se concentra en disminuir los efectos del daño, por eso pretende corregirlos, y no sancionar a los causantes de su configuración o buscar de manera exclusiva a sus agentes. De ahí que los criterios de decisión son de carácter distributivo con el objeto de remediar una situación de injusticia que involucra a un gran número de personas y de órganos Estatales, instituciones que son responsables de resolver las fallas de la política pública que contribuyen a la insatisfacción de las condiciones de vida digna de los afectados. Esa actuación implica determinaciones judiciales estructurales, medidas que ordenan a las entidades del gobierno el cumplimiento de sus instrucciones. Para la observancia de las decisiones, las autoridades deben actuar de manera coordinada para proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes.

La concepción dialógica tiene efecto sobre la concepción de los derechos, las órdenes de las providencias y las actuaciones posteriores a la sentencia¹²⁷. Las características reseñadas evidencian que los tribunales deben proferir medidas judiciales tenues o intermedias, en marco de una revisión judicial continuada, dedicada y legítima que se torna más eficaz frente a la materialización de los DESC¹²⁸. Tales criterios no implican la pérdida de facultades para remediar la situación inconstitucional de las personas vulnerables¹²⁹. Los elementos reseñados dan origen a una forma específica de activismo judicial. Sin embargo, existen otros modelos que no se estiman adecuados o eficientes para resolver un problema estructural de desconocimiento de DESC, como son los fallos nomológicos donde las cortes toman de manera solitaria la decisión, otorgan un amparo débil a los derechos, emiten órdenes estrictas y precisas orientadas a resultados, además de no efectuar monitoreo de sus decisiones o ser éste demasiado lánguido.

i) *La exigibilidad judicial de DESC a favor de un demandante o de varios y su argumentación*: en este tópico, se pregunta: ¿Los jueces reconocieron que los particulares pueden solicitar ante los tribunales la protección de derechos y otorgaron el amparo de los mismos? Además, se evalúa el lenguaje que empleó el juez para precisar el contenido del derecho protegido y si éste evidenció un diálogo para la construcción de la posición judicial. Ello advierte un contenido sustantivo de tres clases¹³⁰: 1. débil: la autoridad judicial negó la exigibilidad de los DESC y no delimitó su contenido; 2. moderados: el Tribunal otorgó defensa al derecho, empero lo condicionó al cumplimiento de condiciones procesales o sustantivas. Así mismo, utilizó algún criterio indeterminado para evaluar la acción del Estado, por ejemplo el principio de razonabilidad, es decir, analiza si la medida o la política social es irrazonable

juez de las PP del estado de cosas inconstitucional en la política económica en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2012, pp. 41-108 y SEPULVEDA, Magdalena y RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar, Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, en LANGFORD, Malcolm, Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado, Ed Siglo del hombre y Universidad de los Andes, Bogotá 2013, p. 240

¹²⁷DIXON, Rosaline, Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles, en GARGARELLA Roberto por una Justicia Dialógica, 2014, pp. 51 - 104 y DIXON, Rosaline, Creating dialogue about socioeconomic: Strong-form versus weak-form review revisited, Rev I.CON, Vol. 5, 2007, pp. 391-418. En el mismo sentido, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, Juicio a la exclusión, 2015, capítulo I y GARGARELLA, ROBERTO, la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida, 2013, pp. 288 y 289.

¹²⁸RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, Juicio a la exclusión, 2015, capítulo 8.

¹²⁹MATHEN, Carissima, Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on 'Charte Dialogue Revised', Osgoode Hall Law Journal, Volume 45, Number, 2007, pp. 126 - 127.

¹³⁰Op.cit, TUSHNET, Mark, Weak Court, String Rights, Judicial review and social welfare in comparative constitutional Law, 2009, pp. 18-42 y RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, Juicio a la exclusión, 2015, p. 30 y 212-213.

para amparar el derecho; y 3. Fuerte: la corte afirmó la exigibilidad judicial del derecho, al reconocer su vulneración por parte del Estado y el deber de protección. Además, delimitó el contenido justiciable del derecho de manera clara.

La mayoría de las corporaciones judiciales dialógicas¹³¹ han adoptado una concepción de derechos fuertes, de ahí que han reconocido la exigibilidad de los DESC y se han concentrado en delimitar los contenidos justiciables de éstos, prescripciones que deben ser garantizados por el Estado.

En la revisión deliberativa, los jueces consideran que las pretensiones de las comunidades relacionadas con las materializaciones de DESC se encuentran justificadas por el ordenamiento jurídico¹³². Por eso, han reconocido las expectativas de omisión y de acción, la existencia de un sujeto obligado, el contenido de un deber y la opción de que un tercero imparcial reaccione ante el incumplimiento. Por ejemplo, en Colombia, la CCC reconoce que los DESC tienen el carácter de fundamental de manera autónoma¹³³, y en consecuencia pueden ser protegidos directamente a través de la acción de tutela en determinados casos. Inclusive, ese tribunal indica que todo derecho cuenta con dimensiones diferenciadas de fundamentalidad y de justiciabilidad.

El carácter prestacional de los DESC no elimina su ámbito de exigibilidad, puesto que esa dimensión también la tienen los derechos civiles. Al igual que las garantías de libertad, los DESC tienen obligaciones negativas (abstención) y positivas (regulación) para el Estado¹³⁴. Es más, todos los derechos implican erogaciones del presupuesto, como quiera que requieren una estructura eficaz de supervisión, maquinaria pagada por los contribuyentes para monitorear y controlar las actividades de la administración¹³⁵. Lo propio ocurre con el deber que existe para la organización política de evitar la interferencia que sufran los derechos de las personas por parte de los particulares o entidades públicas.

¹³¹La Corte Constitucional de Sudáfrica asumió una postura de derechos moderados en el caso Grootboom, al no delimitar el contenido mínimo del derecho a la vivienda y concentrarse en evaluar la razonabilidad de las medidas para proteger esa garantía. La profesora Sandra Liebenberg ha criticado dicha forma de revisión judicial centrada en el principio de razonabilidad judicial, porque estima que es demasiado tenue, al punto que promete mucho pero obtiene pocos resultados. Resalta que esa forma de análisis deja a los demandantes a merced de la administración y evidencia una debilidad normativa. Ver LIEBENBERG, Sandra, *Judicially Enforceable Socio-Economic Rights in South Africa: Between Light and Shadow*, en *Dublin University Law Journal* Vol 37, Dublin, 2014, pp. 167-170

¹³² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, *El Umbral de la Ciudadanía*, el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Estudios del Puerto, 2006, Buenos Aires, p1. De igual forma, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, editorial Trotta, segunda edición y reimpresión, Madrid, 2014, pp 20; ABRAMOVICH, Víctor, *Líneas de Trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados*, en *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, Año 2- Número 2, 2005, pp. 185-232 ; ARANGO, Rodolfo, *el concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia-legis, 2005, y ARANGO, Rodolfo, *justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia*, aporte a la construcción de un *ius-constitutionale commune* en Latinoamérica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, pp. 23-28. En el escenario del sistema interamericano de derechos humanos ver PARRA VERA, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, México DF, 2011, pp. 11-35 (exigibilidad directa), 35-61 (exigibilidad indirecta por medio de los derechos civiles y políticos).

¹³³Sentencias T-227 de 2003, T-760 de 2008 y T-814 de 2014 entre otras. En la primera providencia, la CCC indicó que “*será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*”, calidad que operará con independencia de que el derecho tenga facetas positivas. Inclusive precisó que los derechos tienen dimensiones prestacionales y no son en sí mismo derechos prestacionales, pues ello es un error de categoría. Esa posición supuso la superación de la salvaguarda indirecta de los DESC, la cual operaba ante la conexidad de la vulneración de un verdadero derecho fundamental y el desconocimiento de un DESC, postura representada en la Sentencia T-406 de 1992. ARANGO, Rodolfo, *justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia*, aporte a la construcción de un *ius-constitutionale commune* en Latinoamérica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, pp. 8-9.

¹³⁴Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2014, pp. 21 --36

¹³⁵HOLMES, Stephen y SUNSTEIN Cass, *Todos los derechos son positivos*, en *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos, 3ra edición, siglo XXI, Buenos Aires, 2015 pp. 65 -69

La presente investigación demuestra que los ordenamientos jurídicos cuentan con mecanismos judiciales de reparación y sanción, producto de la conculcación de los DESC. A su vez tiene una comprensión indivisible e interdependiente de los derechos, al indicar que la garantía de éstos sólo se presenta, siempre que se garanticen todos los DCP y los DESC.

Para resolver los problemas de indeterminación de los DESC, las cortes dialógicas reducen la textura abierta de esas garantías con la delimitación de contenidos mínimos del derecho¹³⁶ o con parámetros que permiten evaluar si las medidas legales o administrativas satisfacen sus obligaciones (los principios de proporcionalidad “razonabilidad”, “adecuación” o “igualdad”)¹³⁷. Ambos estándares tienen su fuente en la Carta Política o en el Derecho Internacional (obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción)¹³⁸, y poseen la finalidad de identificar los elementos exigibles para el Estado. Una muestra de aplicación del contenido mínimo ocurre en Colombia, país donde la CCC protegió los contenidos esenciales de los derechos sociales de la población carcelaria (T-153 de 1998), de la comunidad de desplazados por el conflicto interno armado (T-025 de 2004) y de los usuarios del sistema de salud (T-760 de 2008) vulnerados por el Estado. La CCS es un ejemplo de la utilización del segundo criterio de escrutinio judicial, puesto que esta corporación ha evaluado la razonabilidad de las medidas legislativas para garantizar los derechos de vivienda (caso Grootboom) y de salud (Caso TAC, suministro de medicamentos en los enfermos de VIH).

La importancia de protección de los DESC se fundamenta en la materialización del principio de la igualdad y la solidaridad, al apelar a una idea de comunidad que desarrolla sus intereses y logra un mínimo de dignidad en las condiciones de existencia¹³⁹. Lo anterior, en razón de que se utiliza el poder del Estado para equilibrar las situaciones de disparidad en la sociedad¹⁴⁰. La garantía de esos derechos tiene la finalidad de satisfacer las necesidades básicas de las personas, por lo que se requiere redistribuir la riqueza con el objeto de suministrar servicios o bienes básicos para las personas que no pueden acceder a éstos. Norberto Bobbio resaltó la necesidad de incluir los DESC en la agenda política de los gobiernos, en la medida en que son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad. Nótese que la organización política es el garante final de los DESC, principios que otorgan a cada persona el poder de hacer lo que ellos desean de hacer.

Además, los tribunales evidencian los hechos que comprenden la vulneración de DESC a un grupo específico, reconocimiento que implica una visualización de ese sector de la sociedad afectada. Finalmente, reflejan las diferentes posiciones que se presentaron en el curso del proceso, puesto que será prueba del diálogo entre las diferentes partes e interesados.

¹³⁶YOUNG, Katharine G, The Minimum Core of Economic And Social Rights: A Concept In Search Of Content, The Yale Journal of International Law Vol. 33, 2008, pp 113 – 171. Así mismo ver Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, Los derechos sociales como derechos exigibles, 2014, pp 38 y 47

¹³⁷ALEX Y Robert, Sobre los Derechos Constitucionales A Protección, en Robert ALEX Y Derechos sociales y ponderación, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 50-77 y BERNAL PULIDO, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria", en Discusiones (Publicaciones periódicas), En línea, [http://descargas.cer|vantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12937957558077187421624/015573.pdf?incr=1 Vol. 4, 2004] Consultado 15-04-2017, pp. 139-144

¹³⁸ABRAMOVICH, Víctor, Líneas de Trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados, en Revista Internacional de Derechos Humanos Sur, Año 2- Número 2, 2005, pp. 201

¹³⁹ATRIA, FERNANDO, ¿existen los derechos sociales? en Discusiones (Publicaciones periódicas) En línea [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1 Vol. 4, 2004], Consultado 15- 04-2017, pp. 46.

¹⁴⁰Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, El Umbral de la Ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Estudios del Puerto, 2006., pp 16 -17

ii) *Los remedios judiciales*¹⁴¹: ese concepto se usa para clasificar y estudiar las decisiones de los jueces que tienen repercusiones en la legislación o en la administración. Éstos son las diferentes instrucciones que los tribunales dictan sobre una causa después de ser persuadidos por las partes o los intervinientes¹⁴². En este aspecto, los académicos formulan la siguiente pregunta. ¿El Tribunal delimitó todos los aspectos de la orden de protección de DESC y dejó marco de acción a la administración o a la legislación? La respuesta a ese interrogante da origen a la siguiente clasificación tripartita, la cual expone que las órdenes judiciales en los CE tienen tres intensidades¹⁴³: 1) débiles: las Cortes dejan por completo la construcción del programa o PP a la administración, sin fijar criterio alguno; 2) moderados: los tribunales dictan medidas de medio o de procedimiento, además imponen criterios para materializar y valorar su observancia. La administración toma la decisión final siguiendo algunos parámetros, pues la Corte le traslada esa posibilidad; y 3) fuertes: el juez profiere remedios detallados que se orientan a los resultados, al punto que el tribunal toma la decisión y la administración tiene poco o ningún margen de actuación.

Los tribunales deben emitir sus órdenes dependiendo de la causalidad del litigio, por lo que un caso estructural requiere unos remedios de esa clase si se desea corregir la situación de masiva vulneración de DESC de una población marginada. La lógica multicausal de los procesos de interés público implica que sólo pueden comprenderse en relación con los derechos afectados y su causación del perjuicio. La eliminación del agravio y la satisfacción de los principios perturbados se realizan por medio de la función remedial. En esos eventos, las instrucciones jurisdiccionales *“persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que la propia estructura de las agencias públicas puede producir al violar ciertos derechos constitucionales”*¹⁴⁴. Para el logro de esa meta, las autoridades judiciales deben proferir medidas flexibles y provisionales en las que los intervinientes dialogan y participan en su construcción¹⁴⁵, es decir, remedios moderados.

En la revisión judicial dialógica, el juez emite medidas moderadas y abiertas que difieren de la concreción de las políticas sociales a la administración o al legislativo bajo algunos parámetros o procedimientos, de modo que no se profieren disposiciones específicas o detalladas. Esa apertura evita que el funcionario judicial incurra en errores por problemas de información de la causa y permite que realice un escrutinio a su determinación. En este esquema de revisión judicial, los tribunales expiden órdenes estructurales que buscan modificar las prácticas institucionales por un largo período¹⁴⁶, meta que se obtiene con remedios que señalan los fines a alcanzar y los procedimientos a adelantar¹⁴⁷. Owen Fiss llamó a esta tendencia "litigio de reforma estructural", y lo definió como una demanda en la que un juez enfrenta a la burocracia estatal a los valores de la dimensión constitucional y se compromete a reestructurar esa organización para eliminar una amenaza a los valores planteados por los arreglos institucionales actuales¹⁴⁸. Con la observancia de tales parámetros, los tribunales siguen el imperativo de

¹⁴¹SUBRIN, MINOW, BRODIN & MAIN, Civil Procedure, Aspen Publishers, 2nd, ed., 2004, p. 5

¹⁴²BERGALLO, Paola, Justicia y Experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina, Yale Law School Legal ScholarShip Repository, 2005, en línea [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/] tomado el 12 de agosto de 2015, p. 1

¹⁴³TUSHNET, Mark, Weak Court, String Rights, Judicial review and social welfare in comparative constitutional Law, 2009, pp. 66 y 247-249; y RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, p. 30 y 212-213.

¹⁴⁴Ibidem, pp. 18 – 19.

¹⁴⁵SABEL, Charles & SIMON, William, Destabilizing Rights: How Oublic Law Litigation Succeeds, 117 Harvard Law Review, 2014, p. 1019

¹⁴⁶Op.cit, LANDAU, David, La realidad de la aplicación de los derechos sociales, en Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en 2015, el derecho comparado, 72, Bogotá 2015, p. 326

¹⁴⁷Op.cit, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, p. 213

¹⁴⁸FISS Owen, Foreword: The Forms of Justice, 93 HARV. L. REV. 1, 2 (1979).

“adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos”¹⁴⁹.

Los remedios de ese tipo de aplicación e intervención judicial de DESC se caracterizan por¹⁵⁰: i) el diálogo y la deliberación entre el tribunal, las autoridades públicas y la sociedad civil. En ese proceso, la deliberación puede generar medidas consensuadas o brindar varias opciones cuando no exista acuerdo; ii) un debate continuado y fluido en el marco de la intervención judicial, la cual adopta una figura flexible, así como provisional con el fin de ir respondiendo a los diferentes inconvenientes que surgen en el proceso de atención del caso estructural de afectación de derechos; iii) un modelo decisional transparente en que las partes exponen sus propuestas de manera pública y explícita. En este punto, los remedios deben incluir parámetros que permitan su seguimiento; iv) medidas que deben tener ser distributivas con el fin de disminuir del agravio o afectación de derechos¹⁵¹; y iv) las ordenes deben ser prospectivas, por lo que se destinan a resolver los problemas en el futuro.

En las hipótesis en que el tribunal no usé los parámetros mencionados y emita ordenes fuertes, éste habrá renunciado a los efectos distributivos de sus remedios y a atender a la población vulnerable, elementos que aumentan la legitimidad de esa labor de los jueces. La emisión de medidas estrictas se relaciona con la aplicación individual de DESC o de directrices de acciones negativas de los mismos, las cuales benefician a las clases medias y altas de la sociedad¹⁵², al igual que carecen de efecto real sobre la solución del agravio general.

El modelo propuesto responde a la crítica de que los jueces carecen de legitimidad democrática para exigir los DESC, porque son una vía de escape a la inexistencia de mecanismos de participación de la administración y al bloqueo de los ciclos de política pública¹⁵³. Se sugiere una forma de intervención que se sustenta en la democracia deliberativa en la que el juez y los intervinientes buscan la mejor salida para la afectación sistemática de derechos. En ese proceso, las autoridades judiciales no tienen la única o la última palabra en el diseño de los remedios y de la política social, por lo que jamás imponen sus contenidos precisos al legislador o al ejecutivo¹⁵⁴. En una función que evidencia la participación democrática de la ciudadanía, los sujetos procesales tendrán una voz en el accionar de la administración, situación que supone una compleja relación de poderes.

Aunado a lo anterior, el constante flujo e intercambio de información, datos, opiniones y respuestas a una problemática reduce las consecuencias de la falta de capacidad institucional de los Tribunales para configurar e implementar medidas eficaces que estén destinadas a menguar un escenario de vulneración de derechos.

¹⁴⁹Op.cit, NINO, Carlos Santiago, *la Constitución de la democracia deliberativa*, 2003, p. 292

¹⁵⁰Op.cit, SABEL, Charles & SIMON, William, *Destabilizing Rights: How Oublic Law Litigation Succeeds*, 2014, pp. 1067 – 1072.

¹⁵¹ROACH, Kent, *Los retos de elaborar recursos judiciales para las violaciones de derechos económicos en LANGFORD*, Malcom, *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales, tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Ed Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p 121

¹⁵²Op.cit, LANDAU, David, *La realidad de la aplicación de los derechos sociales*, en *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá 2015, p. 304 y 325

¹⁵³Op.cit, BERGALLO, Paola *Justicia y Experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, 2005, p 23

¹⁵⁴Op.cit, OTALORA, Guillermo, *Commandeering the Institutions: The Legitimacy of Structural Judicial Remedies in Comparative Perspective*, Tesis de Maestría de la Universidad de Harvard, 2014, p. 1-2

Por consiguiente, las órdenes para resolver una amplia vulneración de DESC utilizan criterios de decisión complejos y dialógicos que tiene consecuencias redistributivas¹⁵⁵. La comunicación en las instrucciones judiciales permite que exista un espacio para construir las PP en compañía de otros poderes, sin fijar de manera detallada la actuación del Estado.

iii) *Enl monitoreo a las decisiones judiciales*: en el derecho comparado es cada vez más frecuente que labor de los tribunales no culmine con la expedición del fallo. En realidad, ellos se han preocupado por el cumplimiento de sus órdenes y decisiones, escenario que supera la intervención en la sentencia. En tal categoría, se verifica el grado de respuesta al progreso o retroceso de la PP, por lo que se exponen las incógnitas que se enuncian a continuación: ¿El Tribunal definió parámetros para realizar el seguimiento de sus órdenes? ¿La Corte estableció algún modelo de escrutinio con el fin de evaluar el progreso de la PP y la satisfacción de DESC? o ¿La corporación mantuvo su competencia para adelantar el monitoreo? Dicha operación puede ocurrir en tres intensidades, a saber¹⁵⁶: i) débil: el juez fijó parámetros de verificación de cumplimiento del fallo, pero delegó la labor de constatar su observancia a otros jueces o entidades; ii) moderado: las corporaciones de justicia mantuvieron su jurisdicción para supervisar la sentencia, sin embargo, construyeron un esquema que no pretende producir tensión alguna entre los encargados de materializar los remedios y el poder judicial, por ejemplo la solicitud de informes. Además, ese trámite de vigilancia no contó con la participación de la sociedad; y iii) fuerte: el tribunal configuró un sistema de escrutinio en donde se expidieron nuevas órdenes de monitoreo y se crearon órganos encargados de constatar el progreso de las PP y de la decisión. Ello ocurre en un proceso de diálogo con la sociedad y otros poderes públicos

En la JD, los tribunales constitucionales realizan un seguimiento fuerte de las órdenes judiciales y del avance o retroceso de la política social en relación con la reducción de la vulneración masiva de DESC. Abram Chayes considera que el juez crea remedios con "*efectos generalizados en personas que no están en el tribunal*", órdenes de tal complejidad que requieren que las cortes mantengan su jurisdicción y supervisen su implementación¹⁵⁷. Nótese que ese procedimiento de monitoreo se desarrolla de manera dialogada con la sociedad y con las demás instituciones del Estado encargadas de resolver la situación de necesidades insatisfechas de una población marginada. Este nivel de control de la decisión judicial se puede adelantar con un modelo directo o indirecto de inspección, ya sea por la misma corte o por el nombramiento de representantes que realizarán el cotejo en campo e informarán a la corporación sobre el progreso de política social, con el objeto de que ésta adopte los correctivos correspondientes.

Por ejemplo, en Colombia, a través de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia de T-025 de 2004, la CCC ha efectuado la supervisión del fallo, entre algunas medidas proferidas se hallan la expedición de más de 200 autos de seguimiento y la convocatoria a diferentes audiencias públicas para debatir los avances en la protección de la población desplazada. En India, el Tribunal Supremo ha realizado la supervisión de sus decisiones con más de 50 providencias interinas y ha encargado a dos comisionados, de nivel nacional, para que confronten el cumplimiento de sus medidas destinadas a mitigar el hambre en el país, veedores que tienen el auxilio de dos expertos de la materia en cada Estado.

La actuación de un juez dialógico podría ser resumido en la siguiente tabla No 1:

¹⁵⁵Ibidem cita 151.

¹⁵⁶Ver cita 130

¹⁵⁷CHAYES, Abram The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 HARV. L. REV. 1281, 1284 (1976).

Tabla No 1. Justicia dialógica

Variable Tipo de revisión	Comportamiento	Derechos	Remedios	Seguimiento
Juez dialógico	Conversacional y dialógico	Fuerte	moderado	fuerte

Fuente. Elaboración de Camilo Delgado a partir del marco teórico reseñado

Ahora bien, resulta útil preguntarse por qué diferentes tribunales del mundo han realizado un control novedoso que se ha comprometido con los DESC, sin afectar el principio democrático. La respuesta a ese cuestionamiento se sintetiza en que el legislador y el ejecutivo en varios casos sufren de puntos ciegos o/y cargas de inercia, fenómenos que cuestionan la legitimidad del ordenamiento constitucional en su conjunto¹⁵⁸ y que en muchos eventos terminan en una situación de problemas estructurales o de estado de cosas de inconstitucionalidad en relación con algunos derechos de los sujetos vulnerados¹⁵⁹. En otras palabras, los jueces pretenden integrar al sistema político a una población marginada del mismo, al desarrollar una función subsidiaria que busca remediar las patologías institucionales¹⁶⁰.

En los puntos ciegos, el legislador y/o el ejecutivo regulan una situación sin tener en cuenta los actores en conflicto o la complejidad de la afectación de derechos, por ejemplo se crea un programa legal o administrativo para satisfacer DESC, pero no se asignan los recursos suficientes, o se promueve una política pública de atención a población vulnerable sin establecer medidas diferenciales a las mujeres o a las comunidades étnicas diversas. Lo propio sucede cuando las leyes y normas de rango administrativo, que promueven un plan de prestación de DESC, no responden a la realidad, se desconectan de los ciudadanos, o el gobierno sistemáticamente excluye a un grupo determinado de su tratamiento¹⁶¹. Esos escenarios evidencian fallas en el agendamiento de un problema o en la formulación de política social.

En las cargas de inercia, la estructura del Estado es rebasada por la complejidad del caso, los procedimientos oficiales de gestión detienen a las instituciones en el desarrollo de las políticas sociales o la corrupción de las entidades impide una ejecución administrativa eficiente. A las hipótesis mencionadas, se suma la insubordinación del poder ejecutivo al legislativo, renuencia que dificulta cualquier clase de gestión de un problema. Una muestra de las situaciones mencionadas sucede en los bloqueos gubernamentales para atender los DESC de una comunidad marginada, que comprende la incompetencia en la toma de decisiones o fallas en el ciclo de política pública, ya sea en la implementación o evaluación. Así, *“cuando la concreción de una demanda fundada en derechos exige formas sostenidas y complejas de acción administrativa existe la posibilidad real de que en el proceso legislativo se entrecrucen distintos puntos de ciegos y cargas de inercia produciendo ‘cargas de inercia burocráticas’, por medio de las cuales la posibilidad de llegar a un compromiso de derechos se ve amenazada por una combinación de demora administrativa y falta de una adecuada supervisión legislativa de la acción comunicativa”*¹⁶².

Un sector de la teoría del diálogo indica que los tribunales intervienen la administración cuando existe la posibilidad de que la regulación sobre un derecho pueda incurrir en cargas de inercia o punto ciego, es

¹⁵⁸Op.cit, DIXON, Rosaline, Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles, 2014 pp. 68-73.

¹⁵⁹GARGARELLA, Roberto, Justicia Dialógica y Derechos Sociales, 2013, p. 125

¹⁶⁰Op.cit, OTALORA, Lozano, Commandeering the Institutions: The Legitimacy of Structural Judicial Remedies in Comparative Perspective, 2014, p. 29

¹⁶¹Op.cit, GARGARELLA, ROBERTO, la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida, 2013, p. 291

¹⁶²Op.cit, DIXON, Rosaline, Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles, 2014 , 69

decir, esa mediación no se restringe a la configuración de un error o falla de razonabilidad¹⁶³. Ese tipo de experimentación normativa aporta nuevas ideas, visiones y formas de equilibrio en el proceso político que cuestiona la situación imperante, al develar el supuesto apoyo mayoritario a esa medida o la regulación dictatorial de la administración¹⁶⁴.

Frente a ese escenario, el dialogismo manifiesta que las corporaciones judiciales cuentan con diferentes herramientas para contrarrestar las figuras que desdibujan la legitimidad del sistema jurídico derivado del quebrantamiento de DESC, por ejemplo rompen las estructuras políticas estancadas en sistemas burocráticos autoritarios¹⁶⁵. Las medidas comprenden discusiones sobre la inclusión del problema en la agenda pública, el razonamiento de la medida para resolver la situación de vulneración de derechos, el alcance de éstos y el reemplazo de un nuevo equilibrio que atienda a las necesidades de la población¹⁶⁶. Los tribunales tienen las facultades para contrarrestar de manera directa e indirecta diferentes formas de puntos ciegos y cargas inercia de la administración. Tales competencias remediales son necesarias para que no se convalide el *estatus quo* inequitativo ni se aumente la dificultad que tienen los movimientos sociales para cuestionar ese consenso o estado de cosas¹⁶⁷. El poder judicial colabora con el diseño de soluciones a esos problemas estructurales de desconocimiento de principios superiores, debido a que por “*sus poderes, capacidades, recursos, y lugar de institucional, comparte de la responsabilidad por cualquier vulneración sistemática de derechos que tenga lugar en la comunidad*”¹⁶⁸.

Luego de explicar los elementos básicos de la concepción de la revisión judicial dialógica y enunciar las razones de su activación, se procederá a formular los argumentos que resaltan la validez y legitimidad de esa labor. Así mismo, se responderán algunas críticas de la aplicación de la democracia deliberativa a las decisiones judiciales.

El escrutinio judicial dialógico es una forma de intervención a la administración válida a partir de la teoría del discurso, en la medida en que permite el despliegue de la libertad comunicativa de los ciudadanos, principio básico del derecho en un Estado Democrático Constitucional¹⁶⁹. Además, esa pretensión descansa en que la revisión judicial cooperativa brinda la opción de que sus determinaciones puedan encontrar el asentimiento de los afectados con ésta mediante su participación en discursos racionales¹⁷⁰. Además, dicha mediación se encuentra respaldada en el reconocimiento de DESC en las Constituciones de los países donde se produce esa novedosa forma de exigibilidad y cumplimiento de derechos¹⁷¹. De hecho, la garantía de esos principios se encuentra dirigida a que existan PP que materialicen los derechos sociales, normas que son indispensables para una libre e igual participación de las personas en el proceso político¹⁷².

¹⁶³Ibíd., 77.

¹⁶⁴MINOW, Marta, *Interpreting Rights, and Liberal Political Justification*, 1 I. CON, 1986, pp. 1903

¹⁶⁵Op.cit, Brinks, Daniel M., and William Forbath. "The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America." 2014, p. 235

¹⁶⁶SUNSTEIN, Cass, *One case at a time*, Cambridge, Mass., Harvard, 1999, pp 16-19.

¹⁶⁷KENNEDY, Duncan, *A critique of adjudication*, Fin de Siécle, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Pp. 236 y 264

¹⁶⁸Op.cit, DIXON, Rosaline, *Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles*, p. 292.

¹⁶⁹Op.cit, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, p 102 , 189-191, 237 y 245

¹⁷⁰Ibíd., pp. 172 y 193

¹⁷¹LEVINSON, Sandord, *Courts as Participants in "Dialogue": A vic from American States* Kansas Law Review, Vol 59, Pp. 821-822

¹⁷²Op.cit, JARAMILLO GARCIA, Leonardo, *Constitucionalismo Deliberativo, estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, 2015, p. 264.

A su vez, la referida mediación es legítima derivado del *“asentamiento de todos los potencialmente afectados”*¹⁷³. En esos espacios, el juez se concentra en llamar al proceso de análisis y de seguimiento de sus decisiones a los perturbados con la decisión, quienes podrán formular sus opiniones en relación con el asunto tratado, por lo que cumple con una función inclusiva de la judicatura. Esta concepción promueve un diálogo creativo entre el poder judicial, la comunidad y las autoridades políticas para obtener un desarrollo progresivo de los derechos sociales¹⁷⁴. El grado de justificación de la revisión deliberativa en DESC aumenta por la estructura discursiva de la providencia *“que sólo puede cumplir su función sociointegradora gracias a la expectativa de calidad racional de los resultados”*¹⁷⁵.

La visión propuesta reconcilia la soberanía popular con los derechos, porque se convierte en una cooriginalidad que permite la vigencia de la autonomía pública y privada¹⁷⁶. La relevancia de los derechos depende de su potencial para realizar la libertad de las personas y no del número de personas que ampara en ellos¹⁷⁷. Así, existe una conexión entre¹⁷⁸: i) los DESC y el procedimiento democrático; ii) los DESC y la participación política; iii) los DESC, la democracia y la necesidad de garantizar los contenidos superiores de las Constituciones que reconocen ese tipo de derechos.

De igual forma, una intervención en el sentido defendido se encuentra respaldada en la disminución de la tensión facticidad y validez que padecen las sociedades contemporáneas, puesto que garantiza los procesos de participación en la reproducción y emisión de normas, entre ellas las decisiones judiciales¹⁷⁹. Con esa labor, el juez acerca las normas a la realidad y a las personas, al convertirse en la puerta de comunicación de éstas con el Estado. El derecho y el funcionario judicial entran a reducir esa complejidad, al igual que fungen como filtro discursivo, en la medida en que ponen a la ciudadanía de frente a la providencia. Nótese que *“internamente el derecho está estructurado de forma que un sistema político articulado en términos de Estado de derecho sólo puede proseguir ya en un plano reflexivo las operaciones cuasinatursales de integración que se efectúan por debajo del nivel de articulación del derecho formal. La integración social efectuada políticamente ha de pasar por un filtro discursivo”*¹⁸⁰.

Con la aplicación de ese concepto procedimental de democracia a la revisión judicial de los DESC, la comunidad jurídica se organiza a sí misma, con ayuda del juez, en el marco de un proceso de sociación discursiva que sólo puede usar el derecho como medio de creación. Las masas de marginados emplean las acciones constitucionales para reducir complejidad social. Por su parte, los tribunales se convierten en reguladores de normas que luchan con esa disociación norma realidad. Las instituciones *“de derecho constitucional (...) tienen a la vez el sentido reflexivo de trazas, resortes o cautelas que obran en dirección opuesta a la de una complejidad social que amenaza con minar y socavar las presuposiciones (llenas siempre de contenido normativo) de una práctica atendida a los principios del Estado de derecho”*¹⁸¹.

Inclusive, ese tipo de mediación mejora la calidad del sistema democrático en los lugares donde éste padece de disfuncionalidades, al ser modelos frágiles, deficientes en su funcionalidad y con problemas

¹⁷³Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010 p. 193

¹⁷⁴YUSUF, Salma, The Rise of Judicially Enforced Economic, Social & Cultural Rights Refocusing Perspectives, Seattle Journal for Social Justice Vol 10, 2011-2012, p. 760 y 773-777

¹⁷⁵Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010. 381

¹⁷⁶Ibidem, p. 197

¹⁷⁷Op.cit, JARAMILLO GARCIA, Leonardo, Constitucionalismo Deliberativo, estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario, 2015, pp. 234 - 235

¹⁷⁸Op.cit, GARGARELLA, Roberto, la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida, 2013, p 285

¹⁷⁹Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, p, pp. 192 y 193.

¹⁸⁰Ibidem, p 396 y 397

¹⁸¹Ibidem, p. 405

de cultura constitucional¹⁸², como sucede en Argentina, Colombia e India. La crítica de ausencia de legitimidad de la aplicación estructural de DESC tiene sentido en un sistema en que existe una cultura constitucional robusta fuera de las Cortes Constitucionales, y los poderes ejecutivo así como legislativo realizan su trabajo de gestión y de representación de la voluntad popular respectivamente¹⁸³. Sin embargo, esa censura carece de coherencia en los contextos de los países en desarrollo, lugares donde el legislativo es incapaz para dirigir la política pública y controlar al ejecutivo. A su vez, en estos modelos, este último poder público no puede ejercer una administración eficaz que proteja los DESC de los más pobres. En esas situaciones, las Cortes asumen esas funciones y subsanan esos yerros, al efectuar una intervención productiva. Por ende, la legitimidad de ese tipo de revisión judicial debe tener en cuenta el sistema político en que se realizan esas acciones, aspecto relevante a la hora de analizar el fenómeno descrito en el presente trabajo.

Ahora bien, es importante precisar que no son de recibo los argumentos de algunos autores deliberativistas, quienes exponen que ese constructo teórico es inaplicable a las decisiones judiciales, debido a que las sentencias carecen de ámbito político¹⁸⁴. La discrepancia de este autor se sustenta en que las decisiones proferidas en el marco del control de constitucionalidad o de protección de derechos reconocidos por las cartas políticas, entre ellos los DESC, tienen efectos políticos. Lo antepuesto, en razón a que la salvaguarda otorgada a esas normas y las medidas implementadas para su cumplimiento desarrollan las autonomías privadas y públicas, resultado que se identifica con el principio de derecho. Ese espectro se acentúa si se tiene en cuenta que esa mediación de los tribunales se presenta en los litigios estructurales, casos donde existe una vulneración masiva de derechos a un grupo amplio de personas. Entonces, es relevante para la democracia deliberativa el proceso decisorio de una causa en que convergen los grupos de marginados, las instituciones del poder ejecutivo y el legislador, así como los miembros de la sociedad civil, debido a que coinciden para intercambiar argumentos en un acto de comunicación racional.

En la revisión judicial que se propugna en esta investigación, la sociedad discute sobre las pretensiones de validez imparciales e intersubjetivas de los participantes, como son la vulneración, exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, así como el cumplimiento de los fallos que amparan estos principios. El juez no puede ser indolente ante el desconocimiento de la constitución, el aumento de la complejidad social y la disminución de la autonomía de la persona, pues ello sería negar el mismo derecho. En ese contexto, la única salida es acudir a la democracia deliberativa para emitir una decisión dialogada con la comunidad y el Estado. La categoría mencionada facilita el abordaje de problemas de DESC, dado que evita la resolución violenta de los conflictos y permite un progreso social. El poder judicial se convierte en el garante del proceso democrático para la formulación de PP, cuando éstas no satisfacen los estándares superiores¹⁸⁵.

En este tipo de control constitucional, el juez cumple una importante labor de diálogo institucional que hace efectivo los principios sustantivos de la libertad e igualdad política de los ciudadanos, como quiera que profundiza la reflexión constitucional y, garantiza los DESC así como la inclusión de las personas

¹⁸²LANDAU, David, A Dynamic theory of judicial rol, Boston Collegue Law Review, Vol. 55: de 2014, pp. 1501-1562.

¹⁸³LANDAU, David, Instituciones políticas y función en derecho constitucional comparado, en Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No 72, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2015, p. 162

¹⁸⁴No obstante, José Martí reconoce que sólo las sentencias de control abstracto de constitucionalidad tienen la naturaleza de política, por lo que podrían ser objeto de deliberación democrática. Otros autores, como Habermas, opinan que la decisión y el proceso judicial son el ejemplo de una determinación que se rige por la teoría del discurso y la política deliberativa.

¹⁸⁵BERGALLO, Paola, la función del poder judicial en el litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación posibilidades y obstáculos, Asociación por los Derechos Civiles ACD, Buenos Aires, 2008, p. 21

en la toma de decisiones relevantes. De ahí que el poder judicial tenga la función de "*contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas*"¹⁸⁶. También, esta doctrina provoca una cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional, que vigoriza la democracia y protege los DESC. Dicha visión deliberativa disuelve el choque entre los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, "*dado que el valor de éste reside en su capacidad para decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos*"¹⁸⁷, tal como sucede en esta clase de revisión judicial.

Como argumento complementario a la aplicación de la democracia deliberativa a las sentencias, se subraya que el poder judicial se encuentra en una ventajosa posición institucional para favorecer el diálogo colectivo¹⁸⁸. Los jueces reciben la demanda de los afectados por decisiones políticas, acto procesal que debe sustentarse en razones y que pretende persuadir al funcionario judicial. A su vez, en el despacho se recepcionan los argumentos del demandado. Es más, en caso de que el proceso fuese de interés público se escucharán los alegatos de los diversos ciudadanos que deseen participar en el mismo. Los tribunales se hallan acostumbrados a desarrollar una labor de comunicación y de selección de alguno de los argumentos. Entonces, pueden corregir y apoyar el proceso deliberativo con diversas decisiones, las cuales se sustentan en una narrativa que entrelaza el derecho, los hechos y las visiones normativas que tienen los miembros de la sociedad civil.

Por consiguiente, la teoría de constitucionalismo cooperativo que se defiende en el presente trabajo reconoce las capacidades y límites de los poderes públicos en el marco de desacuerdos persistentes y razonables sobre el contenido de los DESC. Se trata de la necesidad de observar las promesas constitucionales de garantía de vida digna de las personas. En este contexto, el juez entabla un proceso de diálogo entre los poderes públicos y la sociedad civil que concluye con medidas abiertas que son objeto de seguimiento.

1.2. Una división de poderes diferente

Como consecuencia de la aplicación de la democracia deliberativa, el constitucionalismo dialógico expone una nueva forma de división de poderes, organización que entiende que las ramas del Estado colaboran entre ellas para materializar los contenidos constitucionales. Esa división de poderes permite a la comunidad intervenir en algunos de esos espacios de toma de decisiones. Vale acotar que esa visión se depende del funcionamiento de la democracia deliberativa y de la aplicación de la teoría del discurso a los principios que sujetan la organización del poder público en un Estado Constitucional de Derecho¹⁸⁹. Dicha postura significa apartarse de las clásicas separaciones de poderes que se identifican con una actuación aislada de las ramas del Estado, o un enfrentamiento constante y dinámico entre

¹⁸⁶NINO, Carlos Santiago, *la Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 293

¹⁸⁷Ibidem., p. 190

¹⁸⁸Op.cit, GARGARELLA Roberto, *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* 2006. P- 21. Se recuerda que, en la doctrina comparada, el profesor canadiense Peter Hogg introdujo el concepto de diálogo frente a los derechos y libertades después de una reforma constitucional al artículo 33 de su país de origen, Canada. El profesor Lawrence Sager indica que los tribunales son las autoridades más adecuadas para asegurar el correcto funcionamiento de la democracia deliberativa, modelo que pone acento en que la garantía de los intereses y los derechos de cada persona incluya la participación de sus titulares. En los estrados judiciales, los actores más poderosos pierden la posición dominante que ostentan ante el congreso derivado de su capital social o político. La igualación evita que esos grupos impongan su postura y facilita que entren en una deliberación para llegar a un consenso razonado. SAGER, Lawrence, *Juez y Democracia, una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Ed Marcial Pons, Madrid 2007, p.

¹⁸⁹Op.cit, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 2010, p. 237

ellas¹⁹⁰. A su vez, implica que esa teoría atienda el contexto e instituciones políticas de los gobiernos del Sur Global.

“La separación estricta de poderes públicos” parte de la diferenciación de las funciones del Estado, a saber: i) el legislativo debate y expide programas generales; ii) la administración ejecuta e implementa las leyes; y iii) la justicia resuelve los conflictos que surgen en una comunidad y aplica el derecho vigente. Así, en esta visión se entiende que las ramas del Estado se ocupan de sus propias tareas y tratan de no interferir en las labores de las demás¹⁹¹. Inclusive, los poderes deben cuidar celosamente sus competencias¹⁹², al punto que ninguna institución toma las facultades de la otra, es decir, no se ponen los zapatos del otro. Ello causa una desarticulación de la organización del Estado, al igual que la inercia entre las autoridades. Lo expuesto facilita la ineficacia del derecho, puesto que ante el incumplimiento de los preceptos del ordenamiento jurídico nadie podrá hacer nada so pena de desconocer la división de poderes.

En el federalista, James Madison formuló la propuesta alternativa para la doctrina mencionada en el párrafo precedente, la cual corresponde a los *“frenos y contra pesos”*¹⁹³. Los promotores de la Constitución de Filadelfia esbozaron una separación orgánica de poderes que se acompaña con la asignación a cada rama del Estado de facultades de defensa para evitar la intromisión de otra¹⁹⁴. El control mutuo garantiza el límite del poder e impide que cualquier mayoría facciosa use a las autoridades para oprimir a alguna parte de la comunidad¹⁹⁵. Dicha teoría reconoce que las ramas del poder público son enemigas, de modo que en ellas es inexistente la capacidad de diálogo y deliberación. Las medidas que se adoptan para evitar una guerra social son incompatibles con la instauración de una conversación institucional, en razón de que cada poder busca mantener su influencia en la adopción de decisiones¹⁹⁶.

En una tercera opción diferente a las anteriores, el constitucionalismo dialógico recoge una división de poderes que pretende restringir el poder del Estado y se asienta en la teoría del discurso. Tales consideraciones advierten que *“la organización del Estado de derecho ha de servir en última instancia a la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad que con el sistema de los derechos se ha constituido como la*

¹⁹⁰No se desconoce que en la separación de poderes existe una clasificación más amplia, a saber flexible y estricta. La primera de esa categoría corresponde con los regímenes parlamentarios, casos en que el legislativo tiene influencia orgánica en la conformación del ejecutivo y viceversa; mientras la segunda se identifica con los regímenes presidenciales, hipótesis en que existe una separación orgánica entre el legislativo y judicial. Sin embargo, el corto espacio que se tiene para desarrollar la investigación obliga a que se concentre en la división de poderes expuesta en los regímenes presidenciales, puesto que en éstos ha surgido con mayor fuerza la crítica a la intervención judicial. VILE, Maurice, *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, trad, Joaquín Varela Suanzes, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. P. 136-196

¹⁹¹GARGARELLA, Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*, en Gargarella Roberto, *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XX editores, Buenos Aires, 2014 p. 129. En el mismo sentido se encuentra ese texto en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 14 de diciembre de 2013 de la Universidad Torcuato di Tella.

¹⁹²Op.cit, VILE, Maurice, *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, trad, Joaquín Varela Suanzes, Madrid, Madrid, 2007., p. 4

¹⁹³HAMILTON, Alexander, MADISON James y JAY John *El Federalista*, trad. y pról. de Gustavo R. Velasco—2ª ed, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA (FCE) México, 2001..

¹⁹⁴Op.cit, GARGARELLA, Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*, en *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, 2014, p. 126

¹⁹⁵TORRES ÁVILA, Jheison, *Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes*, *Revista Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 10. N° 1. Enero – Junio de 2014, p. 87. Este autor advierte que el poder sólo se controla con el poder. En igual sentido Op.cit, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, JARAMILLO P., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY YEPEŠ, Rodrigo, «Título III. Revolución, independencia y constitución en Estados Unidos», en *Teoría Constitucional*, p. 238

¹⁹⁶Op.cit, GARGARELLA, Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*, en *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, 2014, p. 153. En el mismo sentido GARGARELLA, Roberto, *una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América*, *Revista ISONOMÍA* No 33, Universidad Torcuato di Tella, Argentina, 2010, pp. 23-32

*asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica. Las instituciones del Estado de derecho tienen por fin asegurar el ejercicio efectivo de la autonomía política de ciudadanos socialmente autónomos*¹⁹⁷. Las ramas del Estado se ven como colaboradores en vez de contrincantes, pues se incrustan en un sistema de integración que requiere promover acuerdos y compromisos en las decisiones, las cuales deben representar la pluralidad de intereses que componen la colectividad¹⁹⁸. La división de poderes se materializa en una forma de llevar a la realidad las promesas constitucionales a través de mecanismos institucionales de diálogo y de deliberación entre las instituciones y la sociedad. Ello no es otra cosa que la aplicación cooperativa de los DESC a partir de su exigibilidad, sujeción que en muchos casos se derivó de su consagración en las normas supremas del ordenamiento jurídico¹⁹⁹.

Esta clasificación defiende que todas las ramas del poder público deben actuar conforme al principio de legalidad constitucionalidad y buscar la materialización de los contenidos superiores. Esa posición se sustenta en que *“ninguna institución democrática en particular basta para asegurar que se tomen en consideración todas las preocupaciones relevantes para el sostenimiento de la democracia”*²⁰⁰, por ejemplo la vigencia y realidad de los DESC. La intervención de cada poder en relación con otro es inobjetable cuando se pretende institucionalizar los discursos que surgen en la sociedad y garantizar los contenidos de la Carta Política²⁰¹. Así mismo, esa interacción permite el ejercicio del control de responsabilidad horizontal, monitoreo que realiza un órgano estatal sobre las acciones de un ente similar para prevenir, anular, solucionar o castigar sus acciones ilegítimas o corruptas²⁰². Nada impide que un funcionario que carece de origen popular llame a rendir cuentas a empleados electos de las ramas ejecutivas y legislativas.

La dimensión deliberativa de la división de poderes es una herramienta institucional que facilita: *“1) compensar un poder con otro poder; y 2) distribuir funciones entre cuerpos diferenciados, también puede ser 3) un aparato deliberativo, un mecanismo que permita un chispeante intercambio de motivos interinstitucionales”*²⁰³.

Desde la perspectiva de la teoría del discurso y la argumentación, la división de poderes se justifica en que cada rama utiliza y distribuye distintas razones y formas de comunicación, por lo que acuden justificaciones disímiles, por ejemplo el legislador puede escudarse en razones políticas o de conveniencia, la justicia retoma argumentos que desarrollan la libertad, la racionalidad y un trato beneficioso para todos²⁰⁴. Las disímiles formas de argumentación se entrelazan en una comunicación

¹⁹⁷Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010, p 244-245

¹⁹⁸NEGRETTO, Gabriel, *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en américa latina*, en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina, Coord. Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, Ed. Siglo veintiuno editores, Universidad de Itam, México, 2004, p. 300

¹⁹⁹SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. *El juez constitucional: un actor regulador de las PP. El caso de la descentralización en Colombia*. Editorial Universidad de Rosario. Colombia, 2009, p. 54-55

²⁰⁰TULIS, Jeffrey, *Deliberation between Institutions*, en Laslett, P y Fishkin, J. (Eds), *Debating Deliberative Democracy*, Malde y Oxford, Blackwell Publishing, 2003 p. 203

²⁰¹Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010, p 242.

²⁰²O'Donnell, Guillermo, *Horizontal Accountability: Legal Institutionalization of Mistrust*, en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds), *Democratic Accountability in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, p, 38. En ese mismo sentido ver, KALB, Johanna, *The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation*, 38 Yale J. Int'l L. 423 2013, p. 431- 433. Inclusive, esa profesora advierte que los tribunales pueden ejercer funciones de accountability vertical y horizontal a las demás ramas del poder público, como lo hacen los actores no estatales –ONG- u órganos independientes por ejemplo defensores del pueblo, rendición de cuentas que se denomina *diagonal accountability*. En ese escrutinio, el poder judicial tiene la responsabilidad de adelantar los controles en diversas vías, dado que se halla en una posición adecuada para armonizar los principios internacionales con las instituciones locales. Con base en ese balanceo, el juez puede orientar al ejecutivo para que desarrolle los mandatos externos e internos en un régimen de transición democrática.

²⁰³MENDES, Conrado Hübner, *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*, en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 160

²⁰⁴Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010 p. 261

permanente entre las instituciones del Estado y el pueblo, puesto que la división de poderes es flexible y se subordina al objetivo imperioso de hacer cumplir la Constitución. En consecuencia, la separación de los poderes públicos “*es entendido hoy en el sentido de una moderación, balanceo y mutuo control de los órganos del poder público, en la búsqueda de cooperación dada la complejidad del Estado moderno y la multiplicidad de funciones que se le encomiendan*”²⁰⁵.

La constitución establece el punto de partida de la división de las ramas del poder público, al atribuir las funciones que debe desempeñar cada sector del Estado, empero existe una interacción inevitable entre éstos, la cual entraña un diálogo y modifica ese inicial estado de cosas²⁰⁶. De donde se sigue que la división de poderes es fluida y dinámica, transformaciones que dependen del posicionamiento de una rama frente a otra derivado de su desempeño deliberativo, de la aceptación de sus razones por parte de la comunidad y de la persuasión de sus argumentos. La comunicación permanente crea una cultura de la justificación que tiene mayor probabilidad de producir mejores decisiones, debido al contraste de los argumentos de las instituciones y de la sociedad. La protección de derechos ocurre en episodios repetidos de debate deliberativo y en encuentros que promueven los poderes públicos. Como presupuesto de esa comunicación, se requiere que las ramas del gobierno se comprometan con la persuasión y el diálogo, sin que se otorgue superioridad a alguna de ellas.

Es claro que el esquema defendido nace de la idea de que ningún poder público posee el monopolio sobre las decisiones que se relacionan con los derechos, máxime si se está hablando de DESC. La materialización eficaz de esos principios se presenta en un esfuerzo coordinado de las ramas del poder público y en un permanente escrutinio de responsabilidad horizontal sobre sus actuaciones. La interacción permanente relativiza el concepto de última palabra, que se identifica con la prerrogativa que tiene una entidad para resolver definitivamente un asunto de política o de derecho²⁰⁷. En la división de poderes deliberativa, la autoridad que posee esa facultad de cierre de debate, en realidad, cuenta con un veto temporario, el cual permite el diálogo y el ajuste de la decisión institucional después de su determinación²⁰⁸. La reactivación de la comunicación producto de la medida provisional implica un encuentro sostenido en el tiempo entre las instituciones del Estado y el pueblo, que adecúa la regulación jurídica a la realidad o promueve los derechos. Inclusive, esas experiencias han pasado en la vida cotidiana.

²⁰⁵VILLAR BORDA, Luis, Estado de derecho y Estado social de derecho, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, 2007, pp. 73-96

²⁰⁶Op.cit, MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, Buenos Aires, 2014, pp. 160-168. En el mismo sentido, MENDES, Conrado Hübner, Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3 (June 1, 2011). *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011. Disponible en línea: [https://ssrn.com/abstract=1911852 o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>], última vez consultado el 08-04-2017.

²⁰⁷Jeremy Waldron expone que en un sistema político siempre existirá una persona o institución que adopte una decisión definitiva sobre los asuntos políticos o/y de derechos, cuando las personas en disputa no lleguen a un acuerdo frente a la determinación adoptada. Esa premisa se conoce como la regla de oro y sirvió como fundamento para cuestionar la revisión judicial, debido a que restringe la flexión del ciudadano sobre sus derechos, asume la misma forma de votación que el poder legislativo, existen dudas sobre el razonamiento judicial y la vigencia de la última palabra de los jueces en las disputas, criterio que se concreta en la declaratoria de inconstitucionalidad e inaplicación de una norma. Ver WALDRON, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, parte III. Otros autores, como Sebastián Linares, vinculan la última palabra a la corrección de la decisión, de modo que la entidad que tiene esa facultad también determina lo adecuado de la respuesta. Ver LINARES, Sebastián, *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Ed Marcial Pons, Madrid 2008, capítulo II. Sin embargo, se considera que esa concepción impide que se desarrolle un diálogo entre poderes públicos y confunde la última palabra con la infalibilidad de la decisión. Las razones expuestas son suficientes para apartarse de esa postura y concretar esa figura en el cierre de un debate.

²⁰⁸Op.cit, MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, 2014, pp. 160-168. Posición inicial expuesta en MENDES, Conrado Hübner, Is it All About the Last Word? *Deliberative Separation of Powers* 1 (July 1, 2009). *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, pp. 69-110, 2009. Disponible en [https://ssrn.com/abstract=1911822 o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911822>] última vez consultado el 08-04-2017.

Por ejemplo, ello ocurrió en el caso del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia²⁰⁹. Inicialmente, en Sentencia C-133 de 1994, la CCC declaró constitucional el aborto como delito en todos los eventos. Luego de una resistencia del grupo de feministas en el congreso en la elaboración de proyectos de ley sobre el aborto y de la conformación de redes sociales de apoyo, el movimiento decidió presentar una nueva acción de inconstitucionalidad ante la CCC, censura que tenía la finalidad de despenalizar el aborto en ciertas hipótesis. Esa demanda se fundamentó en que los comités de monitoreo de Naciones Unidas habían recomendado a Colombia adoptar medidas en ese sentido. En Sentencia C-355 de 2006, la CCC aceptó las pretensiones del movimiento feminista.

Tal experiencia ha demostrado que se presenta un diálogo e interacción entre los poderes públicos y la sociedad después de la expedición de la providencia de la CCC, por lo que ésta no significa un cierre en la discusión.

Se reconoce entonces que en algunas ocasiones es necesario que se adopte una decisión sobre una vulneración de derechos, empero esa determinación es provisional mientras se activan todos los poderes públicos para resolver la situación²¹⁰. La posibilidad de que se discuta la resolución de la entidad no afecta la obligatoriedad de la medida, pues esa opción de crítica beneficia la democracia²¹¹, al permitir una interacción producto de ésta. Inclusive, un error en la decisión no perturba su autoridad. En realidad, el yerro legitima los argumentos de la rama del poder público o del grupo social que enarbola razones públicas contrarias a la determinación²¹².

Por consiguiente, las Cortes o Tribunales Constitucionales deben ser esas instituciones que tienen la prerrogativa de establecer la última palabra²¹³ provisional sobre un debate, porque esos jueces se encuentran en una situación estratégica institucional para promover el diálogo o la deliberación, y para efectuar un control horizontal de responsabilidad a otras ramas del gobierno, como la ejecutiva o legislativa. El poder judicial actúa como catalizador de la comunicación y no como una obstrucción de la democracia. A su vez, dicha potestad trae los siguientes beneficios para el sistema político y jurídico²¹⁴: i) atribuye la carga adicional al congreso o parlamento para que garantice las precondiciones de la democracia en la emisión de normas; ii) evita el riesgo de una supremacía parlamentaria que avasalle ese mismo órgano y las posiciones divergentes; iii) impide que se enfríe el lenguaje de los derechos y se margine a las poblaciones vulnerables; y iv) responde ante la omisión e indiferencia del

²⁰⁹SANDOVAL ROJAS, Nathalia Carolina, *Movilizarse ante la Corte. Trayectoria y efectos de tres episodios de movilización legal constitucional de feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado en Colombia* / Nathalia Carolina Sandoval Rojas; Virginie Laurent (directora). -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Ediciones Uniandes, 2015, pp. 54-56

²¹⁰SALDIVIA Laura, Una Corte, ¿Suprema?; en GARGARELLA Roberto, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*; en GARGARELLA Roberto (COORD.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, TOMO I (2009), p. 226

²¹¹Op.cit, MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 2014, pp. 173.

²¹²Ibidem, p. 178.

²¹³Otros autores, como Sebastián Linares, proponen que la prerrogativa de la última palabra sea una competencia exclusiva del congreso y no de las cortes, dado que dicha institución tiene mayor respaldo democrático y desarrolla con más suficiencia la igualdad y autonomía de las personas. Esa posición se defiende en los sistemas que tienen una constitución rígida y un control de constitucionalidad robusto, que implica la posibilidad de que un tribunal invalide una ley. Linares dirige su ataque contra la legitimidad del control de constitucionalidad de las leyes, de modo que no le interesa la revisión judicial de los actos del ejecutivo. Op.cit. LINARES, Sebastián, *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes 2008*. Capítulo II y VI

²¹⁴Op.cit, MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 2014, pp. 175 y 176.

legislador sobre las razones morales o sustantivas de derechos. Lo que en realidad se intenta señalar es que la separación de las ramas del Estado y la relativización de la última palabra entraña un juego de interacción complejo entre los poderes públicos y la sociedad en que las Cortes tienen un papel relevante, pero no una supremacía institucional.

La división de poderes deliberativa aumentará la legitimidad del Estado, puesto que incluirá la participación de los entes encargados de observar el derecho²¹⁵. El acento del carácter justo de las decisiones que se tomen con fundamento en este modelo se halla en el intercambio de argumentos entre los diferentes participantes, esto es, un debate deliberativo que tiene en cuenta elementos procedimentales y precondiciones sustantivas de ese proceso de toma de decisiones colectivas²¹⁶. Además, la idea de la cooperación entre los poderes significa que cada rama entabla un diálogo con otra para resolver la disociación que existe entre la norma y la realidad. Dicha conversación debe incluir escenarios donde la comunidad pueda intervenir en la propuesta de alternativas para resolver una situación de vulneración sistemática de DESC, en razón de que las políticas sociales deben evidenciar las necesidades, prioridades e interpretaciones que tiene el pueblo sobre la problemática analizada²¹⁷. Nótese que la creación de espacios de deliberación garantiza el despliegue de la autonomía de los individuos, por lo que la comunicación entre elites institucionales no representa cambios sustantivos en la división de poderes y en la gestión de los asuntos públicos²¹⁸.

La visión propuesta responde de mejor manera a nuestro contexto social y político, al punto que explica con mayor precisión nuestra realidad. Además, ese modelo es una opción que se articula en mejor medida con una concepción de la democracia deliberativa. Por una parte, se considera desacertado trasladar la concepción clásica de separación de poderes y/o el modelo frenos y contrapesos, dado que no son aplicables a los contextos de problemas institucionales graves ni ofrecen respuesta a los problemas que deben enfrentar los países del sur global. El primer estándar no ha sido consagrado en las constituciones latinoamericanas durante 200 años²¹⁹. De hecho, éste jamás tendría vigencia efectiva, debido a que el presidencialismo exacerbado desequilibraría la diferencia funcional entre las ramas del poder público, por ejemplo los presidentes de la mencionada región tienen las prerrogativas para generar cambios en los congresos, aún en ausencia de respaldo mayoritario²²⁰. El segundo esquema es inaplicable a las democracias que padecen de patologías institucionales complejas y que modificaron el modelo original madisoniano, puesto que no observan sus presupuestos de partida necesarios para que existan los frenos y contra pesos, verbigracia la restricción de los asuntos constitucionales a discutir, una cultura constitucional robusta en la sociedad y un legislador democrático, capaz así como con experiencia en debates de la carta política que se sustenten en un sistema fuerte de partidos políticos²²¹.

²¹⁵Op.cit, GARGARELLA Roberto, Justicia dialógica y derechos sociales , 2013, p. 120

²¹⁶Op.cit, MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, 2014, pp. 169 y 184

²¹⁷Op.cit, GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, en Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires, 2014, pp. 149-151

²¹⁸Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010, p. 266

²¹⁹GARGARELLA, Roberto, La Sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas, entre lo viejo y lo nuevo, Revista Nueva Sociedad, julio-agosto de 2015, en línea [www.nuso.org], p. 99

²²⁰Op.cit, NEGRETTO, Gabriel, *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en américa latina*, en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina, p. 312. En el mismo sentido VALENCIA VILLA Hernando; Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano; 2a. ed. / Aumentada. Edición Martha Cárdenas y Hernán Darío Correa C. Santa Fe de Bogotá : Fondo Editorial Cerec, 1997, pp. 34-51

²²¹Op.cit, LANDAU, David, Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado, en Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá 2015, Pp. 170 - 194

Además, las constituciones de Latinoamérica se han alejado del modelo original descrito en el federalista o lo han adoptado de manera selectiva²²².

Los sistemas democráticos del Sur Global deben responder a una serie de desafíos que son determinantes para su división de poderes y el papel del juez en la revisión de DESC, entre ellos se hallan²²³: i) las constituciones de estos países vigorizan la intervención judicial, en razón de que son textos densos normativamente que pretenden transformar la sociedad, es decir, son Cartas Políticas aspiracionales que se distancian de los sucesos fácticos²²⁴. En esa revolución, los tribunales juegan un rol preponderante, al materializar normas indeterminadas que se pretenden cumplir, escenario que ejemplifica la omnipresencia constitucional, y borra la división entre los asuntos de política ordinaria y de la Carta Política; ii) la débil o inexistente cultura constitucional, de modo que las otras ramas del poder público no asumen los debates constitucionales y la sociedad civil jamás argumenta en clave de los principios y valores superiores²²⁵; y iii) la incapacidad del poder legislativo para cumplir sus funciones, lo cual se deriva de inconvenientes en el sistema de partidos políticos, ya sea por las consecuencias de un partido único en el poder o un multipartidismo atomizado. Por ello, es adecuado afirmar lo siguiente:

“Dadas las profundas transformaciones que la mayor parte de los países latinoamericanos requieren en materia de educación, política social y política económica, es impensable mantener un sistema de separación de poderes, como en el modelo tradicional de frenos y contrapesos, en el que los cambios legislativos sean excesivamente lentos, costosos o, en última instancia, imposibles. Por otra parte, tampoco es deseable que esos cambios se produzcan en forma unilateral, sin deliberación ni control alguno por parte de las distintas fuerzas políticas que representan la pluralidad de intereses en la sociedad”²²⁶.

²²²Op.cit, NEGRETTO, Gabriel, *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en américa latina*, en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina, 2004, pp. 313 y 317

²²³Ibidem.

²²⁴GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia, y Cambios Social en América Latina*: en Revista de Análisis Político No 75 Mayo –Agosto 2012. Universidad Nacional de Colombia; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano Y Constitucionalismo perverso. Normalidad y anomalía constitucional en Colombia: 1957-1997: En El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Colciencias. Bogotá, 2001.

²²⁵En Colombia, ese fenómeno se puede ver en diferentes ejemplos institucionales y en la sociedad. El ejecutivo comenzó a modificar la Constitución para desconocer los fallos emitidos por parte de la Corte Constitucional, como ocurrió con el acto legislativo 02 de 2009, norma que modificó el artículo 49 de la Constitución y prohibió el porte o consumo de estupefacientes, cambio que implicó desatender la Sentencia C-221 de 1994. Lo propio sucedió con la vigencia de una regla fiscal para restringir el activismo de la Corte con el acto legislativo 03 de 2011. En otra muestra de la ausencia de la cultura constitucional, el Legislador se encuentra tramitando un referendo constitucional que pretende restringir la adopción de parejas del mismo sexo, derecho que se había protegido vía principio de igualdad en la Sentencias SU- 617 de 2014 y C-683 de 2015. Por su parte, los medios de comunicación han cuestionado los fallos del Tribunal que restringen la inversión privada ante la protección de los derechos a comunidades étnicas diversas, por ejemplo ver revista semana en el artículo “*La Corte Constitucional versus los empresarios*” en línea [<http://www.semana.com/nacion/articulo/fallos-del-la-corte-constitucional-impactan-el-desarrollo-economico-en-las-regiones/499115>]. Finalmente, la sociedad colombiana es receptiva a proyectos autoritarios y a la no alternancia de poder, verbigracia gran parte del pueblo apoyó el programa político del expresidente Álvaro Uribe Vélez para que continuara siendo relevante en la escena política del país en diferente aspectos, por ejemplo el proceso de paz negociado entre el gobierno y las Fuerzas Revolucionarias de Colombia (FARC). Otro ejemplo de esa afirmación, se presentó en la movilización social de sectores ultra-católicos y cristianos contra las medidas adoptadas por el Estado para implementar políticas educativas que tuvieran en cuenta la prohibición de la discriminación por razones género u orientación sexual. Con fundamento en la Sentencia T-478 de 2015, el gobierno trató de incluir en la enseñanza de los niños el enfoque de género, empero no se ha implementado por el rechazo de sectores católicos o cristianos de la sociedad.

²²⁶Op.cit, NEGRETTO, Gabriel, *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en américa latina*, en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina, 2004, p. 326

Por otra parte, en la colaboración armónica entre poderes públicos, el diálogo se dirige a organizar y facilitar una conversación amplia que permita la observancia de las normas constitucionales en la resolución de una privación sistemática de derechos. De ahí que éste modelo tiene el objetivo de atender las necesidades insatisfechas de un grupo marginado, meta que se pretende alcanzar con el diálogo entre los componentes del Estado y la sociedad. Los demás esquemas de división de ramas se interesan por otros problemas, por lo que proponen medidas específicas para resolverlos. En la clásica separación de poderes, la comunicación es mínima y su preocupación se centra en garantizar la expresión de la voluntad general y no en salvaguardar derechos a la ciudadanía. En los frenos y contrapesos, se pretende evitar las opresiones mutuas y resistir la interferencia de una rama de gobierno sobre las demás, al entregar armas de defensa a cada una de ellas en el marco de controles internos, sin apertura a la sociedad²²⁷. Así, la ciudadanía queda desarmada de los mecanismos de control sobre sus representantes y excluida de la intervención en la gestión pública. Ese escenario puede conducir a la parálisis institucional, al exacerbado conflicto y a mantener el estado de cosas en la comunidad.

Una muestra la concepción de división de poderes deliberativa se expuso en la Sentencia T-025 de 2004, causa donde la CCC defendió su intervención estructural en DESC para solucionar la marginación de la población desplazada con fundamento en esa colaboración armónica entre los poderes públicos:

“Con el fin de corregir esta situación [de bloqueo institucional], es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional”.

El juez se convierte en el centro del nuevo modelo de gobernanza²²⁸ que en nada abandona la división de poderes, puesto que ese funcionario tiene la potestad de orientar a las otras ramas del Estado para resolver un complejo problema socioeconómico. Es más, los tribunales activan la gestión administrativa, por lo que no fuguen como instituciones que pronuncian la última palabra sobre el asunto debatido²²⁹. En el marco de una decisión dialogada, las cortes discuten con los otros poderes públicos y con la ciudadanía la manera de atender las necesidades básicas insatisfechas de una población, es decir, asumen una función catalizadora de la deliberación. Esa coordinación interinstitucional obliga a que se respeten los puntos de vista de los interlocutores y se tengan en cuenta al momento de emitir una determinación. El diálogo entre poderes públicos es una intervención cíclica, debido a que se efectúa en el trámite de la decisión, en los remedios judiciales producto de ésta y en el seguimiento de las ordenes. La nueva división de poderes responde a las condiciones mínimas de eficacia y de legitimidad que requiere un orden democrático²³⁰.

²²⁷Op.cit, GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, en Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires, 2014, pp 126 y

²²⁸VON HALDENWANG, Christian, Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina, en Revista de la CEPAL, No 85, 2005, p. 36

²²⁹LINARES, Sebastián, El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas, en Revista Mexicana de Sociología, Num 70, julio – septiembre 2008, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 512

²³⁰Op.cit, NEGRETTO, Gabriel, Hacia una nueva visión de la separación de poderes en américa latina, en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina, 2004, p. 326

En la aplicación de DESC, las cortes constitucionales tomaron el lugar de los principales agentes de la rendición horizontal de cuentas en el Estado, como quiera que son las responsables de controlar las acciones de las ramas ejecutiva y legislativa, cuando éstas son corruptas en la gestión administrativa o fallan en la regulación de un asunto o en materialización de los principios constitucionales²³¹. Ese escrutinio se realiza por medio de la exclusión de normas del ordenamiento jurídico o la protección de derechos en acciones individuales o colectivas. En los casos estructurales de vulneración de DESC a una población marginada, los jueces realizan ese monitoreo durante el proceso, en la expedición de la sentencia y en el seguimiento a sus decisiones. Pese a su origen carente de respaldo popular, los tribunales no desconocen el principio de separación de poderes en el evento en que llaman a la rendición de cuentas a funcionarios electos de otros poderes públicos, porque están presionando a los burócratas y/o los legisladores para que tomen medidas o cesen acciones que contribuyen a la superación de un masivo desconocimiento de DESC. En efecto, el poder judicial constitucional se compromete con el cambio social y con la búsqueda de salidas a los problemas estructurales de las comunidades del sur global.

1.3. Una nueva teoría de interpretación o adjudicación judicial

El constitucionalismo dialógico considera inadecuadas las modalidades de interpretación de la Carta Política que atribuyen a un sólo sujeto la competencia de asignar un único significado a una disposición constitucional²³². Por eso, defiende una hermenéutica del texto superior que sea abierta a toda la comunidad y las posiciones de los poderes públicos, de modo que no es un ejercicio exclusivamente de los técnicos o de un órgano en especial²³³. En dicha concepción, el juez tiene un papel relevante para identificar el sentido de la constitución, empero no es la única ni la última palabra en esa labor²³⁴.

Las teorías de la interpretación discuten la forma en que se efectúa ese proceso intelectual y los elementos relevantes que lo guían. Todos los modelos hermenéuticos concuerdan en que un único sujeto tiene la facultad de atribuir la comprensión de un contenido prescriptivo de rango constitucional²³⁵. Por regla general, ese órgano es el juez; y de manera excepcional esa potestad se asigna al pueblo.

El estado del arte que existe sobre las teorías de la adjudicación judicial es demasiado amplio, al punto que desborda los propósitos de esta tesis²³⁶. No se pretende esquematizar la totalidad de las teorías de la

²³¹Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ FRANCO, Diana, Juicio a la exclusión, impactos de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global, Bogotá 2015, p. 229. En el mismo sentido KALB, Johanna, The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation, 38 Yale J. Int'l L. 423 2013, p. 431.

²³²GUASTINI Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1999 p. 2. De acuerdo con este autor, la interpretación se define como la asignación de significado a una disposición que contiene una o varias normas.

²³³Op.cit, GARGARELLA, Roberto, justicia dialógica y derechos sociales, 2013, p. 121

²³⁴Op.cit, GARCIA JARAMILLO, Leonardo, Constitucionalismo Deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo y la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario, 2015, p. 153

²³⁵UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Andrés Abel, *Interpretación Judicial* (2ª edición), Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 40-82 y 98-113.

²³⁶ En el siglo XIX, se produjeron los extremos de las teorías de la interpretación jurídica. De un lado, el deductivismo comprendió la hermenéutica como una actividad de mera cognición. De otro lado, ese objeto-proceso era considerado una actuación volitiva -Ibidem -pp. 105 – 107-. En el siglo XX, se construyeron los modelos intermedios como el positivismo metodológico, la tópica, la hermenéutica así como argumentación. En el primero, se expresó que la interpretación era una actividad cognoscitiva y valorativa. Kelsen advirtió que la comprensión normativa se presenta en un marco de referencia jurídica que se construye con el conocimiento del intérprete, quien escoge una de esas opciones validas según su voluntad - KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa. México, 2003, capítulo VII-. HART resaltó la textura abierta del lenguaje y la existencia de las zonas de penumbra - HART, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de

interpretación constitucional. En realidad, este segmento tiene una finalidad más modesta, y consiste en contrastar diversas teorías de la adjudicación judicial con el objetivo de identificar cuál de ellas es más democrática en términos de la teoría del discurso así como coherente para el enfoque deliberativo que defiende esta investigación. Así, se mostrará un continuum de paradigmas que describen y/o prescriben la manera en que un juez debe resolver un caso o asignar significados a normas superiores. Ante esa situación, se esbozarán los modelos hermenéuticos más representativos de la teoría jurídica que presentan argumentos para sustentar la legitimidad democrática de la revisión judicial y responder al dilema contra-mayoritario que se deriva del control de constitucionalidad –abstracto y concreto-. Ese ámbito implica que sean referenciadas propuestas planteadas en los Estados Unidos y en Europa²³⁷. Las teorías de interpretación y de adjudicación seleccionadas son: i) el originalismo; ii) los esquemas argumentativos; iii) la lectura moral de la Constitución; iv) el constitucionalismo popular; y v) la interpretación dialógica o democrática.

En el *originalismo*, los jueces deben resolver los casos con base en el sentido inicial que tuvo el texto constitucional, significado atribuido por parte de los padres fundadores²³⁸. En otras palabras, los

Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, pp. 155-169 -. Para este autor, la interpretación de una disposición será cognoscitiva en un caso fácil. Mientras en un asunto difícil, la actividad será volitiva, al punto que el juez creará una norma de manera discrecional para resolver la causa, dado que el derecho es indeterminado y no existe fuente jurídica para resolver el caso - JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Bases Teóricas para el debate: La Disputa Hart – Dworkin*,-. En el segundo, se reconoció que la hermenéutica es una tópica –técnica de pensamiento problemático - VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (1963), trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid: Taurus, 1964, p. 129-, un razonamiento práctico que constituye una argumentación que busca persuadir a los demás - PERELMAN, Chaim, *El razonamiento jurídico*, trad. de H. Petzold-Pernía, Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1973, p. 19 - o una teoría de la argumentación –primer y segundo orden- que pretenden demostrar que una decisión jurídica se encuentra conforme a los hechos del caso y las normas relevantes - MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press New York. Oxford University Press 1978, p. 263. Otros autores que pertenecen a esta corriente identifican al derecho con lo racional, por lo que la interpretación es la materialización de múltiples procesos de conocimiento y valorativos -AARNIO Aulis, *Lo racional como lo razonable*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid 1991, p 252-. En la actualidad, la práctica jurídica modificó los modelos de interpretación con el redescubrimiento del papel de los principios en el derecho y el aumento de la importancia social y política de los jueces, teorías como: i) la lectura moral de la constitución en una concepción del derecho como integridad - DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005-; ii) estudios críticos de derecho: los principios aumentan la indeterminación del derecho, por eso, la hermenéutica es un asunto de voluntad y tiene una dimensión política - KENNEDY DUNCAN, “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Siglo del Hombre/Ediciones, Uniandes, Bogotá, 1999. p.46. En el mismo sentido, *A Critique of Adjudication*, ed fin de siècle p. 133 -. El juez efectúa una labor ideológica cuando define una causa o el sentido de una norma, actividad que se dirige a cambiar la sociedad en pro de las masas oprimidas. Los máximos exponentes de esta sub-corriente son Critical Legal Studies –en Estados Unidos-, al igual que el Uso Alternativo del Derecho –Europa FERRAJOLI, Luigi, «Magistratura democrática» y el ejercicio alternativo de la función judicial» (1973), en IBÁÑES, Perfecto A., *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona: Fontanella, 1978, pp. 197-216 -, así como América Latina - WOLKMER, Antonio Carlos (2003). Introducción al pensamiento jurídico crítico. Bogotá, ILSA. pp. 19 – 44. Disponible: [\[http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf\]](http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf) -; y iii) visión pragmática del derecho: la interpretación se encuentra guiada por el estudio de las consecuencias prácticas de las decisiones judiciales -POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 11. POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, Harvard University Press, Cambridge 2003-. El autor citado se identifica como un pragmatismo jurídico de derecha. En contraste, Martha Minow en textos como *Brown’s Wake: Legacies of America’s Educational Landmark*, Nueva York, Oxford University Press del 2010 representa un consecuencialismo de izquierda. El derecho se encuentra entrecruzado por diversas tensiones y contradicciones que no se resuelven con la lógica formal. Inicialmente, retomó el programa constructivista del realismo. Más adelante, refinó la metodología para evidenciar los efectos de los fallos, por ejemplo aplicó el análisis económico de derecho con adopciones de premisas del formalismo

²³⁷ Es importante precisar que en el escenario de los Estados Unidos se discute sobre el rol que debe tener el juez en la revisión constitucional de las leyes y su impacto en la democracia. Ello implica que el debate se planea en términos de doctrinas de la interpretación, las cuales entrañan un papel del juez y un programa político claro. En contraste, en Europa se han formulado teorías de la interpretación que han tenido la finalidad de proponer herramientas hermenéuticas que se concentran en facilitar la atribución de sentido de una norma. Ver SAGER, Lawrence, *Juez y Democracia*, una teoría de la práctica constitucional norteamericana, Ed Marcial Pons, Madrid 2007, Capítulos I y II.

²³⁸ PÉREZ de la FUENTE, Oscar, *Sobre algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana*, en el proyecto de investigación ‘Historia de los Derechos Fundamentales’, Siglo XX, Instituto Derechos Humanos Bartolomé de

funcionarios judiciales tienen el deber de “*aplicar la Constitución de acuerdo con los principios pretendidos por aquellos que ratificaron el documento*”²³⁹. En atención a esa doctrina, el control constitucional tiene deferencia por el legislativo²⁴⁰ y el ejecutivo. Los funcionarios judiciales quedan condenados a ser agentes del constituyente, de modo que deben limitarse a seguir las instrucciones de la Constitución²⁴¹. Los méritos democráticos de esa doctrina se concretan en el respeto de las intenciones de los constituyentes y de la voluntad popular fijadas en las leyes, al momento en que el juez resuelva un caso.

Los enfoques argumentativos se concentran en estudiar las prácticas justificativas del derecho²⁴², sin desconocer que éste se encuentra compuesto por otros aspectos. Es más, se interesan por explicar los elementos estructurales y funcionales de los sistemas de derecho. Los autores de la citada corriente brindan herramientas para que los operadores jurídicos resuelvan los casos sometidos a su competencia, con independencia de que sean causas difíciles o fáciles. La construcción de parámetros que permiten evaluar la argumentación y profundizar su uso conlleva que esa postura tenga un vínculo con la democracia, dado que las decisiones de las autoridades se legitiman con la justificación, al punto que el juez diluye la crítica contramayoritaria a través de una práctica explicativa del derecho²⁴³. Además, se incluye la garantía de ciertos principios y valores que se encuentran consagrados en la norma Superior. Estos teóricos tienen la finalidad de elaborar una revisión judicial razonable y responsable en una sociedad democrática²⁴⁴.

La lectura moral de la Carta Política se sustenta en una teoría descriptiva del razonamiento judicial que considera al derecho como un fenómeno social argumentativo que estudia una práctica legal²⁴⁵. Ese paradigma se enfatiza en estudiar la conducta que tienen los jueces de acudir a los principios para decidir los casos sometidos a su competencia. La discrecionalidad judicial quedó eliminada con la obligatoriedad de principios, normas que son vinculantes con independencia de que se encuentren positivizadas o no en el ordenamiento jurídico²⁴⁶. Así mismo, la revisión judicial se halla regida por la integridad. Con ese parámetro orientador, el juez se encuentra obligado a respetar las determinaciones del pasado con el fin de que se respete el derecho a la igualdad, al resolver casos iguales de manera semejante²⁴⁷. Dworkin propone una práctica judicial racional que busca la coherencia del derecho como si fuese escrito por un solo autor. También reconoció que la interpretación es constructiva, proceso en que el juez presenta el mejor producto del objeto analizado, es decir, la respuesta correcta²⁴⁸. La lectura moral de la Constitución materializa la democracia, por cuanto incluye los procedimientos legítimos y ciertos valores que permiten que surjan derechos fundamentales o principios.

las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2010 p. 1

²³⁹BORK, Robert, *The temptinf of América. The political seducción of law*, Simon & Schuster, New York, p. 143.

²⁴⁰Op.cit, LINARES, Sebastián, *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid 2008, p. 102.

²⁴¹Op.cit, SAGER, Lawrence, *Juez y Democracia, una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, 2007, Capítulo I.

²⁴² ATIENZA, Manuel, «Argumentación jurídica», en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid: Trotta, 1996, pp. 231-238

²⁴³ ATIENZA, Manuel, *Argumentación Constitucional*, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, p. 67

²⁴⁴MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press New York. Oxford University Pres 1978, p 262; ALEXY, Robert, *Teoría de la Agumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid,

²⁴⁵DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp 22 -24

²⁴⁶DWORKIN, Ronald, *El modelo de las normas (I)*, en *Los derechos en serio* (1977), trad. de Marta Gustavino, Barcelona: Ariel, 1995, 61-101

²⁴⁷Op.cit, Dworkin Ronald, *el imperio de la justicia*, 2005, capítulo IV.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 31

En un camino opuesto a las teorías reseñadas, los científicos jurídicos Larry Kramer y Richard Parker²⁴⁹ han demandado la posibilidad de que el control de las leyes salga de la órbita del juez y se radique en el pueblo, al grado que sea éste el encargado de atribuir el significado a la constitución. Esa postura se conoce como constitucionalismo popular. Los méritos democráticos de esa teoría radican en que su aplicación garantizaría la voluntad del pueblo, de modo que existiría una identificación entre el control constitucional y el querer de la comunidad o el principio mayoritario.

Con sustento en una perspectiva histórica, Kramer concluye que la supremacía judicial para atribuir el significado de la Carta Política no era una intención de los constituyentes de filadelfia de 1787. Advierte que en los Estados Unidos de Norteamérica ha existido una marcada tendencia populista en la cual la masa es la encargada de interpretar la constitución²⁵⁰. Para Kramer, en los primeros años de la república, la gente aceptaba de forma limitada el control de constitucionalidad y no permitía que la última palabra sobre la Carta Política fuese pronunciada por los jueces.

Entre tanto, Parker realiza una defensa analítica del constitucionalismo popular. Al respecto, aduce que las discusiones del derecho constitucional se centran en las percepciones que tiene el juez de lo común y corriente. La imagen que el funcionario judicial tiene de la gente común y corriente construye los diversos métodos de interpretación, los contenidos de los derechos, además de la legitimidad e ilegitimidad de los medios de control constitucional. Este eje se encuentra entrecruzado con la dialéctica populista y antipopulista: el primero promueve las decisiones de la mayoría, mientras el segundo desconoce esos grupos y los controla. Lo que ha ocurrido es que la visión anti-populista ha eliminado la postura populista, situación que ha roto el equilibrio que debería existir entre ellas. Parker aboga por restablecer la dimensión política del derecho constitucional y que esta disciplina reconozca la energía política del pueblo en la cotidianidad. Lo expuesto implica que la interpretación de la mayoría haga parte de las discusiones constitucionales y que se respeten sus decisiones. El juez constitucional deberá analizar y adoptar la atribución de sentido que el pueblo atribuyó a la norma superior.

Contrario a las demás posturas, en el constitucionalismo dialógico la hermenéutica de la Carta Política se realiza con una interacción constante del juez con el pueblo y otros poderes públicos. Los tribunales dejaron de tener el monopolio exclusivo para precisar el significado final de la constitución²⁵¹ o para debatir sobre asuntos relacionados con ella, dado que no poseen la única o la última palabra definitiva sobre la materia. *“La realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y eficacia como producto de un diálogo progresivo”*²⁵². El constitucionalismo deliberativo sólo tiene éxito cuando es democráticamente legítimo y refleja los valores al igual que la manera en que los entiende la comunidad²⁵³. En ese contexto, los tribunales son sensibles hacia las instituciones democráticas y las perspectivas jurídicas de los movimientos sociales.

Esa idea se sustenta en el concepto de derecho como significado expuesto por Robert Cover²⁵⁴. Dicha denotación reconoce la capacidad del pueblo para crear comprensiones de las normas del ordenamiento jurídico, facultad que incluye la configuración de una visión de mundo que entraña una identidad

²⁴⁹GONZÁLEZ JACOME, Jorge. *Constitucionalismo Popular: Erwin Chemerisky y Richard Parker*. Editorial Uniandes. Instituto Pensar. Editorial Siglo del Hombre. Bogotá, 2011.

²⁵⁰KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y Control Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2011.

²⁵¹Op.cit, GARCÍA JARAMILLO Leonardo, *Introducción en Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, 2013, p. 19

²⁵²Ibidem,

²⁵³Ibidem, p. 19-20

²⁵⁴COVER, Robert, *Nomos y Narración*, en *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, trad. Christian Courtis, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 15-25

construida a partir del entendimiento de la carta política, es decir, un *nomos*²⁵⁵. Así, todo ciudadano puede leer la constitución y otorgarle un sentido propio²⁵⁶. En las sociedades contemporáneas, los diversos grupos sociales poseen una concepción disímil de la norma superior, por lo que luchan para que su representación prevalezca, conflicto que los jueces encausan en una interacción colectiva y en la exaltación de la diferencia²⁵⁷. Adicionalmente, la fuerza creadora del derecho en un ambiente comunitario rechaza la violencia institucional del Estado, que se produce cuando los organismos gubernamentales o los jueces se comprometen con una posición contraria a la lectura expuesta por la ciudadanía, situación que conduce al silenciamiento del pueblo.

El reconocimiento de la relevancia de los procesos sociales en la construcción de significados jurídicos se asienta en el pluralismo, fenómeno que reconoce la coexistencia de múltiples visiones de la constitución, las cuales no pueden ser catalogadas de equivocadas sino buenas o malas, por ejemplo serán reprochadas las posiciones que promueven una discriminación por orientación sexual.

Los criterios expuestos deben ser acogidos con beneficio de inventario y no llevarlos a extremos radicales. Ello con el fin de evitar rupturas institucionales que concluyan en una anulación del poder judicial, al punto que se estime que la constitución es exclusivamente lo que dice el pueblo o la mayoría de éste. En una teoría de interpretación deliberativa, los tribunales adquieren un compromiso con el respeto de las posturas de los miembros de la sociedad y con la idea de que su decisión es una última palabra provisional²⁵⁸. Dicha prerrogativa busca promover una interacción después de la emisión del fallo, por lo que no cierra la conversación entre los jueces con las demás ramas del poder público y la sociedad, como se explicó en el acápite anterior. Por ende, esos agentes podrán discutir la decisión de la Corte o colaborar en su cumplimiento. También, esta forma de adjudicación judicial sugiere que esa facultad transitoria es indispensable para que los ciudadanos tengan certeza de los derechos que pueden hacer valer frente al Estado²⁵⁹.

La obligación de apertura judicial adquiere mayor fuerza en los casos estructurales de masivas vulneraciones de DESC, toda vez que, en muchos eventos, éstos son resultado de una movilización legal de un grupo social que plantea una lectura de la constitución. En India, la ONG PUCL propuso a la Corte Suprema que el derecho a la alimentación debía ser protegido, por cuanto era un elemento del derecho a la vida²⁶⁰. En Argentina, en la causa Mendoza-Riachuelo, los movimientos sociales habían realizado rendición de cuentas a diversas entidades del ejecutivo y vincularon la pretensión de la demanda a la protección del derecho al ambiente sano con la salud²⁶¹. En los dos procesos reseñados, las sentencias no cerraron el diálogo y la conversación, debido a que se implementaron procesos de

²⁵⁵Ibídem, p. 28

²⁵⁶ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, la aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en GARGARELLA ROBERTO, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, siglo XXI; Buenos Aires, 2014, pp. 323

²⁵⁷ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, el constitucionalismo popular y los problemas de la última palabra: apuntes para un contexto latinoamericano, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 1, Diciembre de 2012: p. 81. A su vez ver, POST, Robert y SIEGEL, Reva, Constitucionalismo democrático, en Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, Siglo veintiuno editores, Argentina 2013, pp. 33-34

²⁵⁸En algunas hipótesis, las cortes constitucionales podrán fungir como instituciones de última palabra definitiva, lo cual ocurrirá cuando las instituciones y la sociedad no quiera debatir la decisión del juez, dado que considera que la sentencia es adecuada o concordante con su visión de la carta política.

²⁵⁹POST, Robert y SIEGEL, Reva, Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial, en Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2013, pp. 121 y 129

²⁶⁰RIGHT TO FOOD CAMPAIGN, SECRETARIAT, Supreme Court Orders On The Right To Food, A Tool for Action Second Edition: August 2008, p. 3

²⁶¹Op.cit, BERGALLO, Paola, La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, 2014, pp 252-256

monitoreo que tuvieron la finalidad de materializar las órdenes del fallo, seguimiento que se adelantó en un procedimiento deliberativo y que continua en la actualidad.

Para interpretar una norma constitucional y proferir una decisión, los jueces deben mantener la comunicación con la sociedad, conocer sus visiones y salir del encierro de sus despachos²⁶². Las personas cuentan con el derecho de enarbolar sus múltiples cosmovisiones heterogéneas que poseen de la constitución, máxime si se tiene en cuenta que el poder judicial se diseñó para escuchar las demandas de quienes se sienten lesionados en sus derechos²⁶³. Esa garantía de exposición será válidamente ejercida, siempre que los agentes recurran a la persuasión no violenta y expresen sus valores como públicos²⁶⁴. La sensibilidad de las Cortes a las múltiples visiones yuxtapuestas legitima el control judicial y materializa los contenidos constitucionales, en razón de que respeta los procesos sociales de construcción de significados jurídicos²⁶⁵. Lo anterior no significa que las autoridades judiciales fallen teniendo como norte exclusivo la opinión popular²⁶⁶.

Los tribunales tienen la difícil tarea de garantizar los contenidos consignados en la constitución y de conservar la legitimidad social de sus decisiones, al escuchar las demandas ciudadanas y tener en cuenta las posiciones del pueblo²⁶⁷. En muchas ocasiones, esas dos obligaciones se encuentran en tensión, por ejemplo la reivindicación de derechos de una comunidad vulnerable produce conflicto, toda vez que los grupos que ejercen autoridad ven perturbado su estatus de dominación ante el cambio normativo²⁶⁸. Sin embargo, esa controversia se resuelve con el intercambio comunicativo entre los actores sociales e institucionales, sin renunciar a la garantía de derechos individuales y colectivos, en especial a la proscripción de cualquier forma de discriminación²⁶⁹.

El desacuerdo sobre los contenidos constitucionales, propio de las sociedades plurales, refuerza la autoridad y la legitimidad de las normas supremas y de las cortes, verbigracia los inconformes terminan involucrados en debate político y constitucional²⁷⁰. Se subraya que la legitimidad democrática de la carta política se sustenta en el consenso y disenso sobre su significado²⁷¹. No se puede perder de vista que las divergencias en ese punto son un fenómeno natural en el derecho constitucional.

Los fallos que determinan el sentido de la norma superior pueden causar controversias de grupos sociales, pues éstos ven que esa posición no corresponde con sus diversos nomos. La reacción negativa contra la decisión judicial se concibe como un efecto constructivo de diálogo e interacción que reduce

²⁶²LEVINSON, Sanford, *Constitutional Faith*, Princenton University Press, Paperback reissue, 2011, pp. 35-48

²⁶³Op.cit, GARGARELLA, Roberto, *Justicia dialógica y derechos sociales*, 2013, p. 121

²⁶⁴SIEGEL, Reva B “*El rol de los movimientos sociales como generadores del derecho en el derecho constitucional de Estados Unidos*”, *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2004, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 265-268

²⁶⁵Op.cit, ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, la aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en GARGARELLA ROBERTO, *Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 2014, pp. 323

²⁶⁶Op.cit, GARCIA JARAMILLO Leonardo, introducción, en *Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, 2013, p. 23

²⁶⁷GARCIA JARAMILLO Leonardo, De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*, *Revista Derecho del Estado* No 36, 2016 p. 158

²⁶⁸POST, Robert y SIEGEL Reva, *La furia con el fallo "Roe": constitucionalismo democrático y reacción violenta*, en *Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2013, pp. 64-65

²⁶⁹Op.cit, GARCIA JARAMILLO Leonardo, De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*, 2016, p. 160

²⁷⁰POST, Robert y SIEGEL Reva, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Blacklash*, *Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review*, 2007, p. 50

²⁷¹Op.cit, GARCIA JARAMILLO Leonardo, introducción en *Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, 2013, p. 24

la tensión social y reconoce que la identidad de la constitución también es un proceso colectivo²⁷². De hecho, esa colisión post-sentencia trae beneficios al sistema político, como la participación ciudadana en los asuntos constitucionales y la lealtad de gente frente al ordenamiento jurídico superior, debido a que vería la posibilidad de que su visión sea tenida en cuenta por los tribunales en una nueva providencia. Aunque, la discordancia del pueblo contra el fallo no autoriza su desconocimiento, ello sólo podría ocurrir bajo las siguientes excepciones: a) “la vida de una persona está en riesgo”; o la “supervivencia de la nación se ve amenazada”²⁷³ con la providencia.

La influencia descrita no es de una sola vía, donde la labor del juez se restringa a constatar la concepción constitucional del pueblo. La sociología jurídica ha indicado que el derecho configura la sociedad desde adentro y hacia afuera, pues suministra las principales categorías para que la vida social parezca natural, normal, cohesionada y coherente²⁷⁴. Las decisiones de los jueces cambian los valores y representaciones sociales, al desarrollar una función pedagógica del derecho. Una muestra de ello corresponde con el reconocimiento de derechos de las víctimas en el caso del desplazamiento forzado en Colombia, o la importancia de la protección del matrimonio igualitario por vía judicial. *“El significado constitucional en el derecho constitucional creado en los tribunales y en muchas otras formas influye y es influenciado por creencias y compromisos sociales generales”*²⁷⁵.

De similar forma, la relativización de la última palabra y de la supremacía judicial²⁷⁶ no implica que el legislador o el ejecutivo desconozcan las decisiones que emiten los tribunales. La constitucionalización de un derecho reduce la competencia del legislador, como quiera que excluye de su órbita algunas temáticas para regular ese principio²⁷⁷. El poder ejecutivo se encuentra diseñado para materializar las órdenes judiciales, por lo que tiene vedado rehusarse a cumplir sus funciones centrales, máxime si los derechos están en juego. Lo poderes públicos mencionados pueden reaccionar a la decisión de las cortes con la discusión en su cumplimiento o promoviendo nuevos actos normativos que propongan una modificación de la posición provisional. En el Estado Social de Derecho, la desobediencia a las providencias judiciales por parte del legislativo y el ejecutivo no es una opción válida, dado que se cuestiona la seguridad jurídica y la garantía de los derechos. Dichos elementos se relacionan de manera directa con los espacios de las funciones entre el juez, el congreso y el presidente. En otras palabras:

*“No [se] objeta la posibilidad de que los jueces ejerzan un poder considerable al controlar la conformidad con la constitución de las leyes expedidas por el congreso y, en general de los actos de los poderes públicos, garantizando así no sólo la integridad y supremacía del texto fundamental, sino también la vinculación de los organismos estatales a los derechos fundamentales”*²⁷⁸.

²⁷²Op.cit, POST, Robert y SIEGEL Reva, La furia con el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta, en Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, 2013, pp. 46 y 53

²⁷³NIEMBRO O. Roberto, Una mirada al constitucionalismo popular, Revista Isonomía, No. 38, 2013 p. 205 y Op.cit POST, Robert y, SIEGEL Reva, Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial, en Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, 2013, pp. 133-134

²⁷⁴SARAT, Austin D., Redirecting Legal Scholarship in Law Schools, 12 YALE J.L. & HUMAN. 129, 200, p. 134. En el mismo sentido ver GEERTZ, Clifford Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, in Local Knowledge: Further Essays In Interpretive Anthropology 218, 1983, p. 230

²⁷⁵Op.cit, POST, Robert y SIEGEL, Reva, La furia con el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta , en Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, 2013, p. 71

²⁷⁶Ese concepto se refiere a que los Tribunales constitucionales dejen de tener un compromiso vibrante y enérgico con el proceso del autogobierno constitucional y las posiciones de los demás poderes públicos. Ver Op.cit, POST, Robert y SIEGEL Reva, Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial, en Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, 2013, pp 138

²⁷⁷Op.cit. GARCIA JARAMILLO, Leonardo, Constitucionalismo Deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo y la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario, 2015, p. 148

²⁷⁸Ibidem, p. 154

Sin embargo, esa obligatoriedad de los fallos jamás sugiere que el juez constitucional sea el único que pueda establecer una interpretación de la constitución o materializar sus contenidos. Las hermenéuticas y determinaciones de las cortes son autoritativas y no autoritarias, en la medida en que deben atenderse y cumplirse, empero carecen del monopolio para fijar la interpretación final de un contenido constitucional.

Así las cosas, el nuevo activismo judicial defiende que la judicatura salvaguarde la simbiosis entre democracia y los derechos, entre ellos los DESC, relación que asegura su exigibilidad por vía judicial²⁷⁹. Además, rechaza las decisiones autoritarias o verticales, y las determinaciones facciosas de la mayoría. La adjudicación deliberativa reafirma el papel del gobierno representativo, la movilización social frente a la constitución y el rol garantista de los tribunales en su revisión judicial²⁸⁰. Dicha posición busca equilibrar la necesidad de la cautela y protección judicial con la concepción del ordenamiento superior que tiene el pueblo y los otros poderes públicos.

La receptibilidad de las posturas del pueblo por parte de los tribunales aumenta la confianza de la ciudadanía, hecho que facilitará la aceptación de la comunidad del significado que los jueces otorgan a la constitución, con independencia de que sean contradictorios con las lecturas que propone el colectivo²⁸¹. Las cortes adoptarán una providencia con fundamento en una adjudicación deliberativa y dialógica, en el evento en que sean conscientes del pluralismo jurídico y de la complejidad de asignar un sentido a la carta política²⁸². Con el primero, el juez debe tomar en cuenta los argumentos de todas las partes e intervinientes en el caso, verbigracia los *amicus curiae* o expertos que acudieron para resolver la problemática que cierne sobre los DESC. Esa condición implica un respeto profundo de la visión que sustenta la perspectiva de la constitución de cada bando, aquiescencia que opera al momento de atribuir un entendimiento a una disposición superior. Con el segundo, los tribunales reconocen la dificultad de la labor hermenéutica sobre las normas de la carta política, declaración que se logra con la enunciación de ese escenario en la providencia y con la prohibición de tachar de ilegítimas o erróneas las posiciones descartadas. Esa actuación reduce la violencia institucional del Estado, dado que no reprocha una comprensión proveniente de la ciudadanía. Además, la aceptación de la complejidad de la adjudicación elimina la supuesta neutralidad u objetividad de la interpretación, que distorsiona la construcción de sentido colectiva.

Conjuntamente, el juez demostrará su sensibilidad hacia las múltiples percepciones constitucionales de la sociedad con la explicación de las posturas y la argumentación sobre la adopción de una de ellas. Así mismo, la justificación se erige como el medio de control de la interpretación de una norma que tiene

²⁷⁹Erwin Chemerinsky, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, núm. 3, 2004, p. 681

²⁸⁰La corriente deliberativa de interpretación se identifica con un constitucionalismo democrático que sugiere reconciliar el control judicial con las instituciones representativas y las concepciones del pueblo sobre la constitución. Ello implica que los jueces deben mantener una armonía entre la participación ciudadana y la protección de derechos. Al respecto, indica que la salvaguarda de derechos puede ser realizada por los diferentes poderes, pues no es monopolio del juez. Op.cit. GARCIA JARAMILLO, Leonardo, *Constitucionalismo Deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo y la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, 2015, p. 149

²⁸¹Op.cit. POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático*, en *Constitucionalismo democrático por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, 2013, p. 34

²⁸²Op.cit. ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, la aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en GARGARELLA ROBERTO, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, 2014, pp. 332 y 333. El profesor Leonardo García Jaramillo precisa que las Cortes deben incorporar a sus fallos las visiones que tiene la ciudadanía y los poderes públicos de la constitución. Ver Op.cit. GARCIA JARAMILLO, Leonardo, *Constitucionalismo Deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo y la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, 2015, p. 147

una alta indeterminación jurídica como la Constitución²⁸³. Tales parámetros tornan las decisiones judiciales más respetuosas con los mundos normativos que surgen de la sociedad civil.

Ello supone que el diálogo e interacción judicial con la sociedad y los poderes públicos reducen los riesgos del legalismo hermético, el imperialismo retórico y los antecedentes sociales conservadores de los jueces. Inclusive, la apertura a las visiones constitucionales del pueblo evita que el funcionario judicial incurra en el paternalismo e imponga a la colectividad su comprensión, situación que disminuye su legitimidad y afecta su cognición en el asunto debatido²⁸⁴. Los tribunales quedan limitados por el peso de las expectativas deliberativas que deben observar en la solución de un caso estructural de DESC²⁸⁵. Las corporaciones de justicia tienen la obligación de mantener abiertos los canales constitucionales de participación con la finalidad de encauzar y exteriorizar los reclamos de la comunidad²⁸⁶.

Por consiguiente, los fallos de los jueces deben ser producto de una conversación con la ciudadanía y los poderes públicos, con el objeto de atribuir un significado a la Carta Política. El debate y la comunicación deben incluir la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad, el principio supremacía constitucional y el respeto de las visiones del pueblo²⁸⁷, condiciones mínimas para garantizar la democracia²⁸⁸. Inclusive, la colectividad debe tener claro que su lectura de la Constitución se tuvo en cuenta para emitir la decisión. En esas condiciones, la argumentación adquiere un papel relevante para mostrar a los grupos sociales la dificultad de esa tensión y exponer que se evaluó su opinión. La observancia de los parámetros reseñados contribuye a reducir la coerción del Estado y a respetar el principio del pluralismo jurídico, que implica el reconocimiento de la actividad creadora de significados jurídicos de la comunidad. Nótese que dicha concepción no rechaza la revisión judicial ni asigna al pueblo la facultad de la última palabra en asuntos constitucionales. En realidad sugiere que las Cortes deben estar atentos a las narrativas de los ciudadanos e instituciones para fijar la comprensión de la norma superior y resolver un caso sometido a su competencia, labor que se presenta en una interacción que en la mayoría de las ocasiones nunca termina con la expedición de la sentencia.

²⁸³TORRES ÁVILA, Jheison, la vinculación del juez a la ley y el derecho, Revista CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional Vol. 4. N.º 1 p. 19-53. Enero-junio de 2011, p. 50

²⁸⁴Op.cit, HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, 2010 pp. 431, 432 y 477.

²⁸⁵Op.cit, MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, 2014, p. 170

²⁸⁶Op.cit, GARCIA JARAMILLO Leonardo, introducción en Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo, 2013, p 22

²⁸⁷POST, Robert y SIEGEL, Reva, Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution, Fordham Laww Review, 2006,

²⁸⁸Op.cit, NIEMBRO O. Roberto, Una mirada al constitucionalismo popular, 2013, p. 204

2. Capítulo 2. Las Políticas públicas y el Estado

La revisión judicial de DESC en el marco de CE implica que la burocracia deba adelantar acciones positivas para garantizar las facetas de ese tipo de derechos, máxime cuando el Estado tiene la obligación de realizar ingentes esfuerzos para atender a una amplia población. En esos eventos y con los parámetros de intervención judicial reseñados en el capítulo anterior, los jueces emiten remedios estructurales, medios que tienen efectos tangibles sobre las PP. Inclusive, muchas de tales decisiones intentan corregir un problema que tiene la administración en la gestión pública. Así las cosas, es innegable que los tribunales hacen parte de las estrategias que pretenden reducir la complejidad social y que son también el resultado de la movilización social de diversos actores.

Además, la constitucionalización de los DESC trajo consigo su eficacia normativa, por lo que son considerados garantías exigibles al Estado. Esa simple afirmación significa que los DESC vinculan la producción de las PP²⁸⁹. Las autoridades tienen el deber de diseñar y ejecutar PP que observen los requisitos mínimos establecidos por la jurisprudencia con base en la constitución y que respondan a la problemática que se pretende resolver²⁹⁰. De esta manera:

*"En desarrollo del deber de las autoridades de luchar por la erradicación de las desigualdades sociales existentes, especialmente de aquellas que están en situación de precariedad económica, existe la obligación de diseñar y ejecutar las políticas públicas que permitan alcanzar una igualdad real y efectiva. Sin embargo, como se dijo anteriormente, estas medidas no pueden ser regresivas ni pueden agravar más la situación de marginación de la población más vulnerable"*²⁹¹

Hasta el momento, en ciencia política, la doctrina no ha auscultado a profundidad la posibilidad de que los jueces sean actores de las políticas de la administración²⁹². Lo anterior ha soslayado que los Tribunales de diferentes países, por ejemplo Argentina, Colombia e India han modificado diferentes PP de atención a la población. Así, las Cortes de esos Estados han transformado el proceso de identificación, de decisión e implementación del actuar de las instituciones gubernamentales frente a diversos problemas, como el desplazamiento forzado, el hacinamiento carcelario, el hambre y la contaminación ambiental. También ha pasado por alto que los enfoques de estudio político no son extraños al campo jurídico desde el momento en que el derecho se hizo relevante en las relaciones sociales. Las PP se construyeron como una ciencia social que estudia la actividad de las autoridades,

²⁸⁹UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César, Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia : el caso de la gratuidad de la educación primaria. En PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusticia-. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico –IDEP-. Bogotá, 2007. Capítulo 1

²⁹⁰Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-772 de 2003. La CCC precisó que “[L]as políticas públicas, programas o medidas diseñadas y ejecutadas por las autoridades de un Estado Social de Derecho, han de partir de una evaluación razonable y cuidadosa de la realidad sobre la cual dichas autoridades efectuarán su intervención, y formularse de manera tal que atiendan a los resultados fácticos derivados de la evaluación en cuestión, no a un estado de cosas ideal o desactualizado, en forma tal que no se afecte indebidamente el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas. En otras palabras, al momento de su formulación y ejecución, se deben haber estudiado, en lo que sea técnicamente posible, todas las dimensiones de dicha realidad que resultarán afectadas por la política, programa o medida en cuestión, incluida la situación de las personas que verán sus derechos severamente limitados, a quienes se deberá ubicar, por consiguiente, en una posición tal que no queden obligados a soportar una carga pública desproporcionada; con mayor razón si quienes se encuentran afectados por las políticas, programas o medidas pertinentes están en situación de especial vulnerabilidad y debilidad por sus condiciones de pobreza o precariedad económica: frente a estas personas o grupos se deberán adelantar, en forma simultánea a la ejecución de la política en cuestión, las medidas necesarias para minimizar el daño recibido, de tal manera que se respete el núcleo esencial de su derecho al mínimo vital y a la subsistencia en condiciones de dignidad”

²⁹¹Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-386 de 2013

²⁹²VALDERRAMA GÓMEZ, Cesar Augusto, Corte Constitucional colombiana: un actor relevante en el ciclo de políticas. El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia, Tesis de Maestría en Gobierno y Asuntos Públicos, Flacso México., 2010, pp 7.

entre las cuales se hallan los jueces y la burocracia que debe activarse en cumplimiento de una providencia judicial. De ahí que esta tesis pretende responder la eterna pregunta de la *policy*: *¿cuánto y cómo debe intervenir el Estado en la sociedad*²⁹³, cuestionamiento que en el objeto de estudio se traduce a *¿cuánto y cómo los jueces deben promover que el Estado intervenga en la sociedad?*

Ante ese escenario, la presente investigación se interesa por ayudar en la construcción del puente entre el derecho y la ciencia política. Además, se preocupa por brindar a los jueces una dogmática que pueda ser aplicada a los casos estructurales de afectación de DESC, al momento de emitir una orden. El segundo capítulo estará dividido en tres partes. En la primera se referenciarán los conceptos mínimos para entender la disciplina de las PP. En la segunda se expondrán dos enfoques de estudio de esta área del conocimiento, a saber: i) el ciclo de política pública, herramienta que esquematiza la gestión pública con el fin de entenderla mejor; y ii) el enfoque de derechos humanos de las PP, marco que incluye principios sustantivos de justicia en el estudio de las acciones gubernamentales²⁹⁴. Es más, advierte que la principal función de las PP es garantizar el goce efectivo de los derechos, por ejemplo los DESC. En la tercera parte se resaltarán la necesidad de establecer criterios de medición sobre el progreso de la PP en la satisfacción de DESC, es decir, se hablará de los indicadores. Tales parámetros han sido planteados y usados por parte de los Tribunales para identificar el avance de la situación de marginación social que padece un grupo. Con esa actividad, las cortes han desarrollado un principio básico de análisis de las PP, el cual corresponde con la configuración de métodos y herramientas para monitorear sus efectos, progresos y retrocesos.

2.1. Conceptos esenciales de políticas públicas

Las PP son construcciones comprendidas como “*el conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables, de medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática*”²⁹⁵. Esa materia se encuentra en las coordenadas de la ciencia política y se materializa en la designación de los propósitos así como programas de las autoridades, es decir, la *policy* en inglés. La definición reseñada implica que las PP se relacionan con la actividad gubernamental, la participación de entidades estatales y de grupos sociales, y la respuesta a una situación problemática o insatisfactoria por medio de objetivos y procesos que generen normas que atribuyen responsabilidades a las instituciones y a la comunidad. Ello advierte que las PP tienen un nexo con el análisis y con el ciclo de PP²⁹⁶. Las características enunciadas advierten que

²⁹³ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. Décima edición, Ediciones Aurora. Bogotá, D.C, 2014, p. 23

²⁹⁴Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1997, Madrid, p. 14

²⁹⁵Op.cit, ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*, 2014, p. 16. Sin embargo, la definición de las PP no es un asunto tranquilo en la ciencia política. Por ejemplo, Mény y Thoennig señalan que una PP es “*la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad*” MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, *Las políticas públicas*. Trad. Francisco Morata, Ariel Ciencia Política, 1992, Barcelona, p. 7. Widlasky manifiesta que las PP son “*una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivos fuera de ella misma*” WILDAVSKY, Aaron, *Speakin truth to power*, Little Brown, Boston, 1879, p. XV. En sentido similar, Pierre Muller y Surel estiman que las PP “*designan el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político administrativos, coordinados en principio alrededor de objetivos explícitos*” MULLER, Pierre, SUREL Ives, *L’analyse des politiques publiques*, Montchrétien, Paris, 1998, p. 13. En Colombia, autores, como Predro Medellín, indican que las PP son “*el dispositivo de gobierno por excelencia, a través del cual se pone en marcha y se imprime una determinada velocidad a la maquinaria gubernativa*” MEDELLÍN, Pedro, *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*, Serie de Políticas Sociales no 93, Cepal, Santiago de Chile, 2004, p 16

²⁹⁶GUZMAN RINCÓN, Andrés Mauricio, *Políticas públicas y derechos humanos: puntos de convergencia en contextos democráticos*, Revista Criterio Jurídico Garantista. Año 5, No. 9. Jul.-Dic. de 2013. issn: 2145-3381. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, p. 124

esa gestión de las autoridades se convierte en un medio para reducir la disociación que existe entre las normas y la realidad en los países del Sur Global.

Las PP no excluyen de su objeto de estudio a los jueces y su intervención dialógica en el actuar de la administración. En realidad, presentan parámetros para evaluar la actuación de esos funcionarios. Nótese que el análisis de las PP siempre ha buscado de manera principal la identificación de los actores que intervienen en el procedimiento de definición, de decisión y de implementación de una política, al exponer sus posturas, intereses y metas²⁹⁷, sujetos entre los cuales se encuentran sin lugar a dudas los tribunales. En las PP, se ha entendido por actores:

“Tanto un individuo, como varios individuos o incluso, un grupo social. Hemos de hacer hincapié sin embargo, que un conjunto de individuos solo constituirá un actor unitario siempre y cuando, en lo que concierne a la política pública que se analiza, se presente y actúe con homogeneidad interna respecto a los valores e intereses que defiende y los objetivos que persigue”²⁹⁸.

En el caso de los tribunales constitucionales, se afirma que éstos son actores unitarios, en la medida en que comparten valores e intereses, como son la materialización de los DESC y el respeto de la supremacía de la constitución. Inclusive, esas corporaciones intervienen de manera expresa con el objeto de disminuir el masivo desconocimiento de DESC. La conclusión expuesta es acertada con independencia de que diferentes jueces realicen la revisión judicial, por cuanto éstos se encuentran atados al respeto del precedente judicial, y a mantener la integridad así como coherencia del sistema de derecho. La definición amplia de actores señalada permite que el académico o el técnico de análisis de PP estudié el fenómeno incluyendo a todos los agentes gubernamentales o sociales que intervienen en la solución de un problema social, como ocurre con las diferentes cortes.

Las políticas de gobierno tienen varios marcos de análisis que implican la puesta en marcha de una metodología que explican una acción Estatal, empero esta investigación sólo se refiere a dos de ellos, de acuerdo con el problema planteado y la hipótesis de trabajo²⁹⁹. El Ciclo de Política Pública es uno de los ejemplos de diferentes enfoques que pretenden traducir las actuaciones gubernamentales y los

²⁹⁷LAGOYE, Jean-Jacques, Sociologie politique, Presses de la FNSP et Dalloz, Paris 1991, pp. 439

²⁹⁸SUBIRATS, Joan, KNOEPFEL, Peter, LARRUE, Corina y VARONE, Frédéric, Analisis y gestión de políticas públicas, Ed Ariel, España, 2008, p. 52

²⁹⁹ Cabe precisar que dentro de las PP existen varios esquemas de análisis de la actuación gubernamental. El enfoque clásico de ese tema se basa en que las acciones de gobierno son desarrollos técnicos de la rama legislativa y ejecutiva con el objeto de cumplir los fines del Estado, que muestran que éste actúa de jerarquizadamente y como una sola acción administrativa. Esta posición ha sido reformulada desde nuevos paradigmas del *new management* que defiende que la administración pública debe inspirarse en el modelo de la gestión de la empresa privada, que es más eficiente. En la orilla contraria se encuentra la escuela francesa que aboga por la redefinición de la política pública a partir de estructuras administrativa multinivel de gobierno. Esta posición define la noción de gobernanza como una manera de comprender el actuar del Estado desde nuevos centros de poder y actores. CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. Paris, Presses Universitaires de France, 1991. En el mismo sentido, GAUDIN, J. *L' action publique / sociologie et politique*. Les Presses de Sciences Po et Dalloz. Paris, 2004. P.2. Otros autores, como André-Noél Roth, han realizado la siguiente clasificación de los análisis de políticas pública, conforme a su perspectiva analítica central: i) los enfoques tradicionales y racionalistas, que se enfocan en los estudios de los actores que impactan en la PP, a saber: a) neocorporativista; b) teorías del entramado o networks theory; c) Policy Network y Policy community; ii) los enfoques neoinstitucionalistas, que restringen su estudio la influencia de las instituciones en el comportamiento de las personas, e incluyen a: a) neoinstitucionalismo de elección racional; b) neoinstitucionalismo histórico; c) neoinstitucionalismo sociológico; y d) enfoque de análisis y desarrollo institucional; iii) los enfoques cognitivistas, marco que enfatiza que las ideas o creencias tienen un papel fundamental en la explicación y el desarrollo de las PP. En éste se hallan las siguientes teorías: a) el enfoque de advocacy coalitions framwork; y b) el marco de análisis por el referencias; iv) los enfoques interpretativistas reivindican la apertura a la sociedad de la construcción e implementación de las PP. Los técnicos no tienen el monopolio exclusivo de los asuntos públicos. A su vez, revaloriza el estudio de datos objetivos. En este enfoque, se hallan: a) el marco de análisis narrativo de Emery Roe; y b) análisis deliberativo. Op.cit, ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*, 2014, pp. 91 - 115

fenómenos sociales. La estructura secuencial divide el estudio de las PP en etapas o fases, las cuales serán analizadas de manera separada y luego conjunta³⁰⁰. Cabe precisar que ese modelo no pretende instaurar un estudio estricto y acartonado la acción estatal. En realidad, busca facilitar la comprensión de “*la políticas públicas como un flujo continuo de decisiones y procedimientos a los que tratamos de dar un sentido*”³⁰¹. De otro lado, el enfoque de derechos humanos es un esquema reciente de análisis de las actividades gubernamentales que enfatiza que éstas deben dirigirse a salvaguardar principios sustantivos de justicia.

A su vez, esta investigación tiene en cuenta que el proceso de implementación de una política pública necesita de la participación de varias instituciones o herramientas conceptuales. Además, requiere diferentes niveles de actuación del Estado, a saber³⁰²: i) la política pública, en estricto sentido, hace referencia a la orientación general de cómo se afronta un inconveniente o insatisfacción pública, y el conjunto de acciones adelantadas por aquella; ii) los programas son conocidos como tácticas que hacen parte de la política, esto es, la desarrollan. Cada uno de ellos debe articularse con la política en general, a su vez, pueden ser estudiados de forma aislada, debido a que ostentan una autonomía; y iii) los proyectos implementan las políticas y los programas, al punto que producen efectos específicos deseados por la acción gubernamental. Los tres escenarios conforman la política pública y simultáneamente cada uno de esos estadios materializa la actuación Estatal de la abstracción a la actuación más concreta que modifica la realidad.

2.2. Enfoque de análisis de política pública³⁰³

Los enfoques de análisis de la política pública son marcos explicativos que fusionan varias teorías inspiradas en los paradigmas del positivismo o neo positivismo, pospositivismo, de la teoría crítica y constructivista³⁰⁴. Además, comprenden la manera en que en que se considera y aborda un problema, la asunción de herramientas metodológicas para resolver esa situaciones y emiten un diagnóstico. Inclusive, pretende dar respuesta de determinados interrogantes. Las perspectivas varían dependiendo de los elementos racionales, institucionales o cognoscitivos³⁰⁵

³⁰⁰JONES, Charles O., An Introduction to the Study of Public Policy, Wadsworth Belmont, 1990; LASSWELL, Harold D, La orientación hacia las políticas, en Aguilar Villanueva L.F. (Comp). El estudio de las políticas públicas, Miguel Ángel Porrúa Editores, pp. 79 -103

³⁰¹MULLER Pierre, las políticas públicas, traducción Jean François Jolly y Carlos Salazar Vargas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp, 58

³⁰²Op.cit, ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*, 2014, pp. 39 - 47

³⁰³De acuerdo con Elinor Ostrom , las instituciones pueden ser estudiadas en tres niveles de especificidad, a saber: i) los enfoque o marcos; ii) las teorías; y iii) modelos. Ver OSTROM, Elinor, “Doing Institutional Analysis. Digging Deeper Than Markets and Hierarchies”, en: C. Ménard y M. Shirley, eds, Handobook of New Institutional Economics, Netherlans, Springer, 2005. Los primeros son la manera de considerar los problemas, de formularse preguntas y el vocabulario interpretativo para sistematizar los análisis. Las segundas son proposiciones que permiten explicar los fenómenos sociales. Los terceros son la representación de una situación particular que tiene un alcance más limitado que el enfoque y la teoría. El modelo precisa las hipótesis en relación con supuestos específicos sobre valores de variables críticas y sobre las relaciones particulares. SABATIER, Paul, *Theories of the Policy Process*, 2ª ed., Boulder, Colorado, Westview Press 2007.

³⁰⁴ROTH Andre-Noel, perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico? *Estudios Políticos*, 33, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2008 julio-diciembre, pp 67-91

³⁰⁵Ibidem. p. 76. “*De manera muy sintética (e incompleta) se puede considerar que todos los marcos expuestos a continuación permiten o intentan integrar, a su manera, tres tipos de factores. El primer tipo de factores corresponde a los factores racionales, es decir, por ejemplo, los intereses “materiales” de los actores. Postura que corresponde principalmente a la lógica investigativa neopositivista y, eventualmente, post positivista. Una segunda serie de marcos de análisis hace énfasis en los factores institucionales o estructurales que influyen en los procesos de formación de las políticas públicas, y que fueron revalorizados por la teoría neo institucional. Las diferentes vertientes del neo institucionalismo permiten situar esta perspectiva tanto en el neopositivismo, el post positivismo o la teoría crítica. Finalmente, un tercer grupo de marcos enfatiza en la centralidad de los factores cognitivos o de las ideas. Estos marcos de análisis se inspiran en el post positivismo, la teoría crítica y en el constructivismo*”.

2.2.1. Enfoque del ciclo de política pública y su justificación³⁰⁶

Como se indicó previamente, el marco secuencial es una herramienta de análisis de las PP que se divide en el proceso en que éstas se desarrollan³⁰⁷. Se concentra en estudiar cada fase de las PP. Así, este enfoque se concentra en analizar los procesos en que se desarrolla la actividad gubernamental.

Los estadios que componen al ciclo de política pública son³⁰⁸: i) la identificación del problema público y su inscripción en la agenda política, proceso que tiene en cuenta las demandas sociales, así como el acceso ante las autoridades; ii) la formulación de las soluciones en torno a la situación problemática y la elección de las alternativas de respuesta; iii) la implementación de las decisiones, fase que comprende la ejecución, la gestión y administración de la actividad del Estado de acuerdo a la estrategia planteada en la fase anterior; y iv) la evaluación de las PP, que incluye la verificación de la reacción a la acción gubernamental, al igual que el estudio de sus efectos. Cabe precisar que las fases no se encuentran establecidas de forma estricta y lineal, de modo que se analice una fase cuando concluya el estudio de la anterior. Lo que sucede es que, el investigador puede iniciar su reflexión en cualquier etapa y retroalimentarse de las demás. Esa opción se deriva de la construcción de tipo ideal del modelo de análisis.

Tabla 2: Secuencia de una política pública

Secuencia	Fase I	Fase II	Fase III	Fase IV
Concepto	Identificación del problema público y agendamiento	Formulación de solución y decisión	Implementación de las decisiones	Evaluación de las PP.
Objeto	<ul style="list-style-type: none"> - Surgimiento del problema o insatisfacción. - Apreciación de los acontecimientos - Definición del problema - Agendamiento Estatal del escenario o selección de los problemas. - Representación y acceso ante las autoridades públicas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Elaboración de respuesta - Estudio de soluciones - Adecuación criterios - Contraste entre las soluciones ideales y las reales. - Selección de herramientas de acción 	<ul style="list-style-type: none"> - Aplicación y ejecución de soluciones seleccionadas. - Gestión y administración. - Producción de efectos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reacción a la acción estatal y determinación de efectos. - Juicio sobre los efectos.
Cuestionamiento del analista	<p>¿Cómo se ha evidenciado el problema o insatisfacción por parte del Estado?</p> <p>¿Cómo se inscribió el problema o insatisfacción en la</p>	<p>¿Cuáles son las soluciones propuestas y aceptadas por el Estado?</p> <p>¿Qué procesos se han seguido para formular esas</p>	<p>¿Se aplicaron las decisiones adoptadas por parte del Estado?</p>	<p>¿Cuáles han sido los efectos directos e indirectos de la política?</p> <p>¿Se obtuvieron los objetivos de la política?</p>

³⁰⁶En esta parte se sigue principalmente el texto de ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. Décima edición, Ediciones Aurora. Bogotá, D.C, 2014, capítulos 3, 4, 5 y 6, con algunas modestas precisiones de autores referenciados en los pies de páginas.

³⁰⁷LASSWELL, Harold. *El estudio de las políticas públicas*, Trad. Luis Aguilar Villanueva, Ed Miguel Ángel Porrúa, 1996, México y Jones, C.O. *An Introduction to the Study of Public Policy*. 1970 Belmont: Wadsworth

³⁰⁸Op.cit, ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*, 2014, p. 87

	agente pública?	salidas?		
Demanda de la acción pública	Demanda de la acción pública y su percepción	Política efectiva de acción	Impacto sobre el terreno y despliegue de programas y proyectos	Acción o política de monitoreo para el reajuste y corrección

Fuente. Adaptación de Camilo Delgado con base en Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone (2008) y Roth (2014)

Entre los beneficios del marco del ciclo de política se hallan la inclusión de diferentes enfoques teóricos. Además, facilita la delimitación del objeto de estudio y su aplicación con diferentes disciplinas, verbigracia el derecho. Tales cualidades permiten que esta construcción teórica tenga mayores beneficios pedagógicos que otros esquemas para la comprensión de los fenómenos sociales. En esta investigación, se sugiere que el modelo referenciado puede facilitar la identificación de la intervención judicial en las decisiones de la administración, dado que la aplicación del ciclo mostrará la fase que el juez modifica o transforma, cuando pretende disminuir o remediar una vulneración sistemática de DESC. Esas ventajas superan las diferentes críticas que ha padecido ese paradigma³⁰⁹.

Por último, se precisa que el potencial práctico del marco secuencial opera mientras el técnico o académico tenga en cuenta que la separación analítica del ciclo no debe ser confundida con una segmentación real, pues el proceso continua siendo una herramienta adecuada para estudiar los fenómenos empíricos del entramado de una decisión de PP³¹⁰. Además, no se puede perder de vista la dimensión argumentativa de las PP, como quiera que *“los científicos sociales olvidan con demasiada frecuencia, la política pública está hecha de palabras. En forma escrita u oral, la argumentación es esencial en todas las etapas del proceso de formulación de políticas”*³¹¹.

2.2.1.1. Identificación del problema o de la insatisfacción pública, y agenda pública

En esta fase se estudian los procesos sociales que obligan a las autoridades a gestionar una situación determinada. Como señala Roth, el analista o académico se cuestiona ¿Por qué en algún momento, y a través de qué mecanismos, un tema se torna problemático y exige que el Estado intervenga? Ese interrogante evidencia dos sub-análisis diferenciados, a saber: i) la constitución de los problemas públicos; y ii) su inscripción en la agenda gubernamental.

De una parte, la configuración de una circunstancia o de un asunto en un problema y su identificación como público son el resultado de luchas de poder al interior de la sociedad³¹². Los diferentes agentes compiten en campos sociales para otorgar visibilidad a sus insatisfacciones y a sus demandas. Para ello, tienen a disposición diferentes medios y estrategias con el fin de que su situación sea considerada inconveniente para el colectivo. Esos procesos sociales no son pacíficos y existen diferentes formas de apreciación.

³⁰⁹Diferentes doctrinantes han formulado críticas al marco del ciclo de política pública, a saber: i) sesgo analítico producto del estudio por fases o etapas de las acciones del Estado; ii) es un marco descriptivo y no explicativo; iii) no esboza el cambio de un estadio a otro; iv) favorece una reflexión legalista, puesto que se concentra en estudiar al Congreso de la República; v) desconoce la conexión entre las fases; vi) tiene dificultad para explicar la implementación de las PP; y vii) profundiza la creencia de que las PP solo existen para resolver problemas sociales. Op.cit, ROTH Andre-Noel, 2014, pp. 86 -87

³¹⁰ESLAVA GOMEZ, Adolfo, el juego de las políticas públicas. Reglas y decisiones sociales, Fondo Editorial EAFIT, Medellín, 2011, p. 37

³¹¹MAJONE, Giandomenico, Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, Trad. Eduardo L. Suárez, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A.C u Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 35

³¹²MORALES de SETIEN RAVINA, Carlos. Pierre Bourdieu: La realidad no visible de la realidad formal. En: BOURDIEU Pierre y TEUBNER Gunther, La fuerza del Derecho. Bogotá. Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre. 2000. pp. 59 – 80

La problematización de un escenario consiste en una “operación de definición de una situación que genera preguntas, malestar o insatisfacción”³¹³. Dicha etapa implica que se ejemplifique y exalten ciertas características que requieren ser estudiadas y tratadas. Simultáneamente, esa exaltación va de la mano con una publicación de las circunstancias, proceso que convierte el problema privado en público. Ese ejercicio se conoce como la constitución de públicos, es decir, varias personas, instituciones y organizaciones comparten la percepción de los efectos negativos de la situación, y deciden resolverla³¹⁴. Ello también se encuentra atravesado por luchas de poder, pues no se puede desconocer que esa construcción, muchas veces deliberativa, responde a la disputa entre los públicos contra-hegemónicos y públicos hegemónicos.

Con base en los estudios de la sociología, la ciencia política ha dispuesto diferentes formas de identificar un problema público, según el paradigma de las ciencias sociales adoptado por el marco analítico de las PP.

En primer lugar, los enfoques positivistas y racionalistas de las PP han identificado a los problemas con disfuncionalidades o patologías sociales. Esa concepción se fundamenta en varios sociólogos positivistas, por ejemplo en Emilio Durkheim³¹⁵, autor que consideraba los inconvenientes como anomias o formas de desviación de conductas; o en Talcott Parsons, escritor que asimilaba los problemas a una disfuncionalidad en la sociedad. Así, el académico o el burócrata pueden medir de manera objetiva los supuestos fácticos, hallar las causas del problema y proponer una estrategia de su eliminación.

En segundo lugar, los hacedores de PP estimaron que era mejor adoptar concepciones sociológicas pos-positivistas que rechazaran la aprehensión objetiva de los hechos, puesto que la realidad es producto de una construcción social de la interacción entre los actores, postura que defendieron las corrientes teóricas del interaccionismo simbólico o construccionismos. Berger y Luckman señalaron que “el mundo de la vida cotidiana no solo se da por establecido como realidad por los miembros ordinarios de la sociedad en el comportamiento subjetivamente significativo de sus vidas. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y acciones, y que está sustentado como real por éstos”³¹⁶. Con fundamento en lo antepuesto, los problemas pasaron a ser considerados como el resultado de procesos políticos derivados del etiquetamiento a un colectivo. Actores sociales, políticos e institucionales, de manera arbitraria, estigmatizan a otros agentes e imponen sus formas de comprender y entender la situación de insatisfacción o malestar. Las autoridades proponen planes y programas que pretenden romper o mantener el etiquetamiento por medio de la construcción de símbolos.

En tercer lugar, los técnicos y analistas se acercaron a paradigmas de teoría crítica, como el expuesto por Remi Lenoir³¹⁷. Las situaciones son percibidas como problemáticas, cuando un grupo social sufre una transformación en su vida, el cual genera cambios que son considerados anormales. Ello se acompaña con un proceso de socialización del problema privado. En este aspecto, es importante que los voceros tengan la capacidad para definir el problema y traducirlo a un lenguaje adecuado. A su vez, los medios de comunicación y las redes sociales tienen un papel fundamental en esa labor de asignar el carácter de inconveniente a una situación. Los enfoques que utilizan ese marco teórico evidencian que

³¹³Op.cit, ROTH, André-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014, pp. 117

³¹⁴CEFAÏ Daniel, TERZI Cédric, L'expérience des problèmes publics, École de Hautes Études en Sciences Sociales de, Paris, 2012, p. 10

³¹⁵DURKHEIM, Emilio, La División del Trabajo Social. Ciudad de México, Editorial Colofón, Primera edición, pp. 120-131

³¹⁶BERGUER, Peter y LUCKMANN Thomas, La Constitución social de la Realidad, Trad. Silvia Zuleta Amirrirtu editores, Buenos Aires Argentina, 2001, p. 36

³¹⁷LENOIR Remi, Objet sociologique et problema social, en Champagne P, Lenoir, R, Merllie D., Pinto L, initiation à la sociologique, Dunod, Paris, 1989, pp. 78-98

esa operación es producto de las luchas libradas por los actores. Además, se preocupan por develar el papel preponderante de las élites en la construcción y definición de los problemas públicos.

De otra parte, la definición y construcción de una situación como insatisfactoria no implica que sea inscrita en la agenda gubernamental, toda vez que esa meta se encuentra en la disputa de los actores sociales para conseguir que su problema sea tratado por el Estado. La inclusión de un asunto en la atención de los gobiernos requiere de movilización de capitales de los actores³¹⁸, quienes compiten para conseguir ese objetivo, pues no todos los problemas terminan en la agenda. La operación mencionada advierte que las autoridades tienen formas de respuesta ante las demandas sociales, entre ellas se halla la exclusión de un asunto.

La agenda se refiere a: “*el conjunto de problemas percibidos que necesitan debate público, o incluso la intervención (activa) de las autoridades legítimas*”³¹⁹. De acuerdo con Roth existen múltiples tipos de agenda, ambigüedad que se resuelve con la delimitación de la aplicación del concepto. Ello se comprende con la metáfora de los círculos concéntricos del más externo y amplio al más interno y pequeño, es decir, como una muñeca rusa o las capas de una cebolla. La agenda pública se identifica con la zona donde se hallan todos los asuntos públicos, por lo que es la capa externa o la muñeca que contiene a las demás. En un círculo más pequeño, se encuentra la agenda política, espacio en que se debaten los temas desde una perspectiva política. Y en el centro, se encuentra la agenda gubernamental, lugar que se destina para los procesos de decisión y las PP. Los actores sociales luchan por llegar a este espacio con la movilización de sus diversos capitales.

En esta última capa, la agenda puede tener varias clases, a saber: i) gubernamental o legislativa, la cual depende de la institución que la adelante; ii) formal e informal, clasificación que surge de los temas que las entidades dicen públicamente trabajar o los ámbitos que realmente desarrollan; y iii) coyuntural e institucional, tipología que nace del tratamiento previsible y periódico de un tema.

Las diversas comunidades buscan la institucionalización de sus problemas con el fin de que el gobierno intervenga en la situación a través de una política pública o la expedición de regulación normativa de la materia. La competencia en el campo social para llegar a la agenda gubernamental implica que se inscriben en ella los escenarios en que los actores utilizaron mejor sus recursos. Entonces, en muchas ocasiones, las autoridades nunca tratan los problemas más graves. De hecho, el estudio sobre ese poder de agenda no se agota con la inscripción del asunto, debido a que una situación puede perder importancia sin que hubiese sido resuelta. Los actores necesitan mantener la atención de las autoridades sobre el tópico y su tratamiento. Tales fenómenos sugieren que la agenda es fluctuante y dependen eventos o nuevas informaciones.

A su vez, la inscripción de un problema en la agenda gubernamental puede ser obstaculizada por aspectos ideológicos, culturales o económicos³²⁰. Lo propio ocurre con la falta de sensibilidad de la administración con la situación, poca información sobre la materia, polarización de los actores sociales, la ausencia de anticipación institucional, la permanencia larga en el tiempo de los efectos negativos o la existencia de estrategias políticas interesantes.

³¹⁸BOURDIEU, Pierre. Sobre el poder simbólico. En: BOURDIEU, Pierre. Poder, Derecho y Clases Sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. 2000. pp. 87 - 100

³¹⁹PADIOLEAU, J, L'Etat au concret, PUF, Paris, 1982 en Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 p. 122

³²⁰Op.cit. ROTH, André-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 p. 124

La victoria en el agendamiento depende de muchos factores, variables que son objeto de observación por parte de los analistas en PP. Un enfoque neoinstitucionalista estudiará el régimen político para explicar la inscripción en la agenda gubernamental de los diversos asuntos; un esquema pos-positivista mostrará la incidencia de los medios de comunicación o de los actores hegemónicos para incluir o desechar un tema en la agenda. Mostrar todos los modos de inscripción de un problema sobrepasa las pretensiones de la presente investigación, por lo que se referenciarán los modelos en donde podría comprenderse la intervención de la rama judicial. Se formularán los criterios relevantes de cada esquema analítico, empero se intentará combinarlos en una dinámica que sirva de matriz de estudio.

Inicialmente, según Cobb y Elder³²¹, un problema necesita de las siguientes condiciones para que sea inscrito en la agenda gubernamental, a saber: i) el asunto debe estar bajo la competencia de las autoridades; ii) el escenario debe evidenciar una disociación entre la norma y la realidad; y iii) el actor está obligado a utilizar un lenguaje que comprenda la administración.

Las fuentes del agendamiento pueden provenir de la sociedad o del mismo Estado³²². En la primera, los miembros de la comunidad promueven la intervención del gobierno por medio de una solicitud, movilización que se conoce como demanda. En la segunda, una institución estatal coloca la atención de la administración en ese tema, actividad que se denomina oferta. En esta vía se hallan los jueces constitucionales, autoridades que tienen el poder de inscribir en la agenda un escenario de desconocimiento de DESC, o modificar su orden con el fin de que la causa resuelta sea tratada en primer lugar³²³.

En los modos de inscripción concurren procesos y actores que varían en cada caso. A los caminos del agendamiento, se agregan los siguientes modelos que explican el tratamiento de un asunto social³²⁴: i) movilización: los actores sociales logran persuadir a las masas de que hagan parte de la reivindicación; ii) oferta política: la propuesta de insatisfacción viene de las organizaciones políticas, por ejemplo los partidos políticos, quienes tratan de crear la demanda social; iii) mediatización: los medios masivos de comunicación crean el problema a partir de la presentación de cierta información o del ocultamiento de otra; iv) anticipación: la administración prevé que una situación puede convertirse en inconveniente y ofrece una respuesta antes de que ello suceda; y v) acción corporativista silenciosa: un grupo hegemónico se moviliza, sin publicidad alguna, para acceder a la agenda gubernamental.

En este análisis debe tenerse en cuenta el marco del construccionismo social para evidenciar el carácter arbitrario de la configuración de los problemas y de su inscripción en la agenda gubernamental. Aplicar ese paradigma al estudio de las PP conduce a que se examinen sus argumentos y palabras, de modo que se develen los discursos que tratan de ocultar o de tergiversar la realidad. Conjuntamente, se necesita que este ejercicio revise las experiencias cotidianas de los problemas de la realidad. Por ejemplo, la implementación de encuestas sociales permite la reapertura de una política pública, programas y proyectos de la administración.

³²¹COBBY, Roger, ELDER Chareles, *Partitipation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1972

³²²CHEVALLIER, Jacques, y LOSCHAK, Daniele, *la ciencia administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, parte III

³²³BRYSON, John y CRISBY Barbara, *la planeación de políticas y el diseño y uso de foros, ámbitos y tribunales*, en BOZEMAN, Barry, *La Gestión Pública, su situación actual*, estudio introductorio de Enrique Cabrero Mendoza, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A.C., Universidad Autónoma de TLAXCALA, Fondo de Cultura Económica de México, 1998, p. 451

³²⁴Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 p.129-132

Ante esos modos de inscripción, las autoridades tienen diversas formas de respuestas. La administración puede emplear estrategias para modular o mitigar la inclusión del problema en la agenda, por ejemplo fingir interés en el asunto, aprobar los argumentos pero invocar fuerza mayor para su cumplimiento, comprometerse a tratar el tema y no con la decisión. Así mismo, las autoridades tienen la opción de rechazar el agendamiento de la situación con la respuesta de derechos de solicitudes, el ataque a los líderes del movimiento, la alianza con grupos opuestos y estigmatizar al colectivo. Esta opción queda reducida cuando los jueces utilizan su potestad de agendamiento de un asunto, como quiera que, en principio, las decisiones judiciales deben materializarse. De igual forma, el seguimiento de los fallos mantiene la circunstancia en la atención de la administración, por ejemplo el monitoreo a la Sentencia T-025 de 2004 cumplió más de 10 años y el poder ejecutivo continúa ejecutando la política pública para atender a la población desplazada. Por último, la burocracia puede aceptar el problema para tomar medidas.

2.2.1.2. Formulación de soluciones y decisión

Ante la evidencia de un problema inscrito en la agenda gubernamental, el Estado debe proponer diferentes salidas a la crisis y escoger una de esas opciones, es decir, transita por la fase de la formulación de soluciones y decisión. Sin embargo, ese recorrido es el resultado de la intervención de muchos actores sociales e institucionales³²⁵. El Estado adopta la medida más adecuada para tratar un asunto, empero esta elección es fruto de debates y disputas con los agentes del campo social. Ello advierte que los modelos de racionalización de la explicación de las escogencias públicas son insuficientes para dar razones de las determinaciones de la administración.

Esa etapa se encuentra conformada por la formulación de las decisiones y la legitimidad de la alternativa seleccionada³²⁶.

Inicialmente, el proceso corresponde con una construcción racional de diversas opciones de selección, las cuales se van reduciendo hasta encontrar la opción que se considera más acertada³²⁷. Vale acotar que este trasegar se encuentra restringido por elementos racionales o por presiones de índole social, económicas o políticas. En esta fase aparecen los enviados de ciertos grupos hegemónicos y contra-hegemónicos para que ejerzan la actividad de cabildeo y beneficien sus intereses con la medida que la administración adoptará. Una muestra de ello se encuentra en las múltiples decisiones irracionales o incoherentes de las autoridades. Para enfrentar esa situación, el Estado se preocupa por crear y afianzar herramientas para construir soluciones racionales y elegir entre éstas, estrategias que enfatizan en análisis cuantitativos que desconocen el aspecto político de la formulación y la decisión.

En construcción de respuestas a un problema inscrito en la agenda, los creadores de gestión pública utilizan herramientas, como el marco lógico³²⁸, la cascada de metas y objetivos propuesta por el centro de estudios de técnica y de evaluación legislativa de Francia³²⁹, y el análisis costo beneficio³³⁰. Tales

³²⁵Ibídem, p. 143-144

³²⁶Ibídem, p. 144-145

³²⁷Op.cit, MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, Barcelona, pp 136.

³²⁸ORTEGÓN Edgar, PACHECO Juan Francisco, PRIETO, Adriana, Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas, Cepal, 2005, en línea [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5607/S057518_es.pdf] última revisión 25-04-2017 a las 9:00 p.m

³²⁹REPÚBLICA DE FRANCIA, Le Service de la Diffusion du Droit, Guide légistique, 2da edición 2007, disponible en línea [<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>] tomado el 25-04-2017 a las 9:36 p.m.

³³⁰FERNÁNDEZ ARROYO, Nicolás y SCHEJTMAN Lorena Planificación de políticas, programas y proyectos sociales., - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación CIPPEC, 2012.

técnicas tienen en común que construyen matrices de decisiones con base en el estudio de los objetivos, fines, componentes e indicadores verificables de la PP.

En la toma de decisión, los burócratas han defendido la necesidad de adoptar una determinación con fundamento exclusivo en criterios racionales o con mayor proporción de éstos³³¹. Sin embargo, esa postura soslaya que las decisiones en las democracias modernas son complejas y en muchas ocasiones son fruto de negociaciones entre los actores políticos³³². La Ciencia Política ha propuesto varios modelos para explicar la forma en que los administradores eligen una política, esquemas que tratan de ajustarse a la realidad³³³ y de reducir la discrecionalidad del decisor.

Para materializar esa premisa, se han planteado los siguientes modelos, clasificación que se estructura del más racional al que subsana sus deficiencias³³⁴: i) la racionalidad absoluta, que apunta a tomar una decisión correcta a partir de una lectura científica de los objetivos, los valores y la información; ii) racionalidad limitada, el cual comprende que es imposible una selección totalmente racional, empero sugiere que se puede emitir una determinación satisfactoria o razonable; iii) incremento de ajustes racionales, modelo que indica que los administradores eligen una alternativa de manera intuitiva, pues el desacuerdo sobre los valores es tan amplio que sólo pueden conciliar los medios técnicos, consenso que restringe las políticas a correcciones marginales del sistema; iv) anarquía organizada, que advierte que el proceso de selección es contingente y desconcertante, dado que, en ocasiones, nadie sabe cómo se adoptó; y vi) *public choice*, el cual aplica la economía a la toma de decisiones en la ciencia política.

Los estudios empíricos han demostrado que la elección de alternativas no es totalmente científica y racional, por lo que las mejores determinaciones jamás se circunscriben a medios técnicos o conceptuales³³⁵. Inclusive, la confianza plena en los parámetros cuantitativos olvida que los procesos decisores de política pública se afectan por aspectos burocráticos, políticos y económicos nacionales e internacionales³³⁶. Así mismo, pasa por alto la relevancia que tienen los ámbitos deliberativo, argumentativo y retórico en las políticas públicas. Por ende, es importante que los modelos de decisión reduzcan la atención en lo racional y se enfoquen a otras técnicas, por ejemplo la interacción con la sociedad, la participación y el debate público.

En ese contexto, no se puede dejar de indicar que la planificación se convierte en una ayuda para la conformación de alternativas y la toma de decisiones³³⁷. El Estado intenta alcanzar objetivos con estrategias de largo plazo. La planeación contribuye a reducir la incertidumbre del futuro, al mantener el control sobre los factores desarrollo. Para ello requiere de información y fijar de manera clara los indicadores para seguir el avance. A su vez, la planificación corrige la incoherencia de las PP, al dirigir los esfuerzos para alcanzar objetivos comunes, de modo que requiere establecer jerarquías entre metas e instituciones. Sin embargo, las promesas de ese criterio regulatorio son espejismos, dado que no sortea grandes obstáculos, verbigracia la poca reacción a nuevos hechos derivado de la estructura

³³¹Op.cit. ROTH, André-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 p. 160

³³²MONNIER, Eric, Evaluación de la Acción de los Poderes Públicos. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda -Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995, pp. 15-19

³³³PARSONS, Wayne, Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, trad. Atenea Acevedo Aguilar, FLACSO México, 2007, pp. 276-280

³³⁴Op.cit. MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, Barcelona, pp 139-152. En el mismo sentido ver Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 pp. 161-168

³³⁵ALLISON, GRAHAM, Modelos conceptuales y la crisis de los misiles cubanos, traducción de Margarita Bojalil. Publicación original en The American Political Science Review, Volume 63, Issue 3 (Sep., 1969), 689-718

³³⁶Op.cit. PARSONS, Wayne, Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, 2007, pp. 260-276

³³⁷Op.cit. ROTH, André-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 pp. 150-153

administrativa que se resiste al diálogo y la dependencia de la legitimidad democrática sustentada en apoyo popular.

La única forma que la planeación responda a los desafíos de la globalización y de los procesos deliberación económica es tornándose más flexible, participativa, dinámica y descentralizada. El modelo debe atender a cada reto inesperado que surja para el Estado, es decir, una planeación emergente que guarde cierta coherencia con valores y objetivos mayores. *“El plan debe transformarse en un lugar privilegiado para la concertación y la evaluación de la selecciones y prioridades públicas. Debe concebirse como una herramienta prospectiva para anticipar las evoluciones y también como lugares de intercambio y diálogo”*³³⁸. Ello implica la construcción de un proceso basado en el aprendizaje del ensayo y error.

El concepto de planificación emergente permite la inclusión de los principios constitucionales como objetivos de largo plazo, verbigracia garantía de los DESC. De la misma forma, esa visión encierra la opción de que los jueces puedan intervenir en ese plan con el fin de que éste mantenga el norte hacia sus objetivos y excluya las alternativas que no se dirigen a esa meta, como quiera que ese proceso es flexible y abierto. En la Sentencia T-025 de 2004 y su seguimiento, la CCC transformó los programas fragmentados y dispersos que beneficiaban a la población desplazada en una política pública unificada e integral³³⁹.

La morigeración del uso de la racionalidad como criterio único de decisión de las PP y de la rigidez administrativa de los planes revela la existencia de una discusión mayor que atraviesa la etapa de la formulación, que se resume en las siguientes preguntas: ¿las parámetros científicos son los criterios fundamentales para seleccionar una alternativa en la gestión pública?, ¿los técnicos tienen la última palabra en las PP? O ¿en la formulación de las PP no hay espacio para otros actores diferentes de los tecnócratas? Las respuestas a estos interrogantes son negativas, puesto que el exclusivo criterio racional no responde a las practica de las PP y de los criterios de legitimidad de los Estado contemporáneos. El siglo XX dio muerte al *“monopolio de las legitimidades política y científica de la toma de decisión que encarnaban en el sistema político representativo para la primera, y en la experiencia burocrática estatal para la segunda, obliga hoy a ampliar la deliberación pública a otros espacios y con otros actores o públicos”*³⁴⁰.

Habermas descubrió la necesidad de que se reconciliaran la razón científica y las posiciones que se fundamentan en valores o criterios irracionales³⁴¹, como la que expresan los políticos en ciertas ocasiones. Este autor rechaza la idea de que la racionalización impere, pues significa su ampliación en todos los ámbitos sociales³⁴². El diálogo entre el técnico, el político, otros funcionarios y el pueblo logra ese reencuentro. Ese acto de comunicación debe estar fundado en la deliberación de argumentos, como se explicó en el capítulo 1 de esta investigación. La nueva gobernanza advierte una relación horizontal entre los agentes que intervienen en la gestión de los asuntos del Estado. El modelo descrito facilitaría el aprendizaje de la administración y la formulación de las PP. Inclusive garantizaría la construcción de mejores y más legítimas actuaciones administrativas.

En esta conversación, el juez constitucional hace parte y es pieza fundamental para que el debate se delante de manera adecuada. Además, el funcionario dialógico puede asumir el papel de diseñador de PP, cuando la administración incurrió en un punto ciego, al no incluir a una población vulnerable en un programa de atención, omisión que se hace evidente e injustificada por la discusión social. En esa

³³⁸Ibidem, p. 156-157

³³⁹Op.cit, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, p.111

³⁴⁰Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 pp. 177

³⁴¹HABERMAS, Jürgen, Ciencia y técnica como ideología, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1986

³⁴²Ibidem, p. 53

hipótesis, los tribunales exigen que la burocracia construya opciones de selección, empero no toma una decisión concreta en la materia. En el seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, la CCC ordenó la configuración de programas específicos de atención a niños, discapacitados y a comunidades desplazadas que pertenecían a colectividades étnicas diversas, como quiera que esa política pública general carecía de regulación para ellos³⁴³. Esa corte dispuso que era imperioso formular medidas para esos grupos (programas y proyectos), sin embargo, dejó que las autoridades definieran esas alternativas concretas.

La crítica de ausencia de capacidad institucional de los tribunales para intervenir las PP que intentan resolver graves problemas sociales queda desvirtuada con la ruptura del modelo burocrático moderno weberiano, y con la coexistencia entre el conocimiento técnico y profano. En este punto, la revisión judicial dialógica permite un control democrático a partir de un debate público. Nótese que la nueva forma de gobernanza se encuentra en el mismo espacio teórico que el control constitucional de la administración en el marco de CE de materialización de DESC, como se explicó en el capítulo 1. Diversas disciplinas consideran legítimo y válido que los problemas sociales sean resueltos en el marco de una amplia conversación que lleve al Estado a favorecer a grupos excluidos de los sistemas políticos o de satisfacción de condiciones mínimas.

El modelo descrito se sintetiza en la democratización de las PP. *“En efecto, por primera vez, la administración pública no se considera una institución que ejerce de manera jerárquica su dominación legal racional sobre la ciudadana, sino que se constituye como institución que dialoga con ésta y la consulta”*³⁴⁴. La participación y la deliberación modificaron la toma de decisiones de las PP:

En el año 2009, los jefes de Estado y Gobierno de Iberoamérica aprobaron la Carta Iberoamericana de participación ciudadana en la gestión pública, documento que indica que la inclusión de la ciudadanía debe ejercerse desde la construcción de las PP y materializarse en las fases posteriores³⁴⁵. Paralelamente, las Cortes de varios países se han tomado en serio la necesidad de garantizar la intervención de las comunidades en la construcción de las acciones estatales.

La CCC ha reconocido que las colectividades tienen el derecho fundamental a intervenir en el procedimiento de toma de decisiones de las autoridades que perturban o interesan al colectivo. Esa faceta se identifica con una participación administrativa³⁴⁶, dimensión que se encuentra fuera de la democracia representativa, de los mecanismos de participación ciudadana o/y de las acciones judiciales. Ese principio se ha reconocido en diferentes escenarios constitucionales: i) planes y programas que son acciones afirmativas para sujetos vulnerables, como personas en condición de marginación³⁴⁷,

³⁴³Op.cit, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, pp. 117-123

³⁴⁴Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 pp. 178

³⁴⁵CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO, Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, disponible en línea [<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-iberoamericana-de-participacion-ciudadana>] consultado el 26-04-2017 a las 12:22 p.m.

³⁴⁶La participación administrativa comprende dos sentidos. De un lado, se identifica con la conformación de los órganos administrativos. De otro lado, significa intervenir en los procedimientos que adelantan las autoridades, sin tener la calidad de ésta. La última clase de participación faculta a las personas a: 1) conocer, debatir e incidir en los procesos de planeación y de gestión del Estado; 2) realizar seguimiento a los programas sociales; 3) saber de la información y los elementos que influyen en las decisiones públicas; 4) hacer parte de los órganos que llevan opiniones de la comunidad; y 4) evitar los impactos desfavorables de las determinaciones de la administración. Sentencias T-1337 de 2001 y T-379 de 2016 y La Participación en la Gestión Ambiental etc. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario (2009), pp. 62 y 74

³⁴⁷Sentencias T-499 de 1995 y T-047 de 2011

desplazados³⁴⁸, recicladores³⁴⁹ y reclusos³⁵⁰; ii) en el ejercicio del control político y la promoción del debate ciudadano en los asuntos públicos³⁵¹; iii) el desalojo de los vendedores ambulantes por la implementación de una política de recuperación del espacio público³⁵²; iv) la intervención de la población en el trámite de expedición de regulaciones, o de reglamentaciones de una materia administrativa, por ejemplo planes de desarrollo³⁵³ y de regulación de oficios de trabajadoras sexuales³⁵⁴; vii) los planes de salubridad en construcción de rellenos sanitarios³⁵⁵; viii) la expedición de normatividades que prohíben el desempeño de actividades en pro de la protección de los ecosistemas³⁵⁶; ix) la planeación y ejecución de los megaproyectos³⁵⁷; y x) política minera en la autorización de contratos de cesión de títulos de exploración y de explotación³⁵⁸.

Ahora bien, la fase de formulación también contiene un estadio de legitimación de la solución seleccionada, proceso que se lleva a cabo por medio de un acto ritual de voto o firma en la adopción de un texto normativo. El acto descrito legitima una posición y termina provisionalmente una lucha entre los agentes sociales. En estos eventos, el derecho ejerce un poder simbólico, ya que la regulación o prescripción justifica el ejercicio de la violencia que se derive de la ejecución de los actos de la administración. A su vez, la legitimidad de la selección se complementa con el reconocimiento de la participación ciudadana y de otros actores institucionales, como se esbozó en párrafos anteriores.

2.2.1.3. Implementación de las decisiones

Los académicos Mény y Thoenig definen la implementación de una política pública como la fase *“durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos o de discursos”*³⁵⁹. Roth resalta que esa etapa se encuentra marcada por dimensiones políticas y se concentra en múltiples prácticas³⁶⁰. En ese espacio se presentan juegos y relaciones de poder en diferentes niveles que acaban con el mito de la neutralidad de la administración. Así, la realización se torna más difícil en lugares donde el Estado carece de poder y debe negociar con los actores locales. Cabe anotar que la implementación es una continuación de la formulación y depende mucho de los objetos y metas planteadas en esta última fase. Así mismo, la ejecución tiene un vínculo estrecho con la evaluación, en la medida en que para verificar si su modelo de implementación tuvo éxito, se requiere una valoración.

Los autores mencionados critican la visión de los analistas que reducen el proceso de implementación a un asunto de simple ejecución administrativa por parte de los funcionarios, porque subestima dicho estadio. La Ciencia Política ha resaltado que los problemas no se resuelven con la expedición de una norma, pues ésta debe tener efectos positivos sobre la realidad.

³⁴⁸Sentencias T-025 de 2004 y T-579 de 2015

³⁴⁹Sentencia T-724 de 2003 y Auto 275 de 2011 y A-268 de 2010

³⁵⁰Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

³⁵¹Sentencia T-637 de 2011

³⁵²Sentencias T-652 de 1998, T-244 de 2012, T-349 de 2012, T-904 de 2012, T-231 de 2014 y T-607 de 2015

³⁵³Sentencias T-245 de 2013 y T-353 de 2014

³⁵⁴Sentencias T-736 de 2015 y T-594 de 2016

³⁵⁵Sentencias T-291, T-411, T-872 de 2009 y T-294 de 2014

³⁵⁶Sentencia T-606 de 2015

³⁵⁷Sentencias T-574 de 1996, T-194 de 1999, T-348 de 2012, T-135 de 2013, T-597 de 2015, T-660 de 2015

³⁵⁸Sentencia SU-133 de 2017

³⁵⁹Op.cit, MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, pp 159

³⁶⁰Op.cit, ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 pp. 185-186

Muchos estudios empíricos han demostrado que la construcción de una política social no mejoró la situación que se pretendía solucionar³⁶¹. De hecho, en muchas oportunidades, las condiciones empeoraron. A su vez, análisis sociológicos han evidenciado que la maquina burocrática tiene averías en los escalones inferiores, debido a que se encuentra inmersa en juegos de influencia y de negociaciones en relación con la aplicación de normas y procedimientos³⁶². Los funcionarios ejecutores no se comportan igual que los servidores que se hallan en la cima de la pirámide, por ejemplo su formación profesional es diferente. Esa situación advierte que la implementación es una etapa fundamental en el ciclo de PP, fase en la que se discute la manera de ejecutar una decisión y se ha enfatizado en la necesidad de restringir la subjetividad del empleado público de base. Así:

“La naturaleza de las prestaciones públicas está condicionada por los escalones de ejecución, cuyas particulares lógicas de acción -nacidas como consecuencia de reacciones psicológicas, presiones jerárquicas o estrategias de poder- modifican el modo de transformación como los de los objetivos generales en una realidad para el usuario a nivel local. A su manera, la base es activa. Escapa a las órdenes y al control de la cumbre. La no ejecución plantea, por tanto, un problema de capacidad”³⁶³.

Los estudiosos de la implementación han desarrollado varios enfoques que se comportan como esquemas normativos de ejecución, es decir, son parámetros que explican la manera en que debe materializarse una decisión. Tales modelos son el eslabón entre la decisión de una política y su proceso de cumplimiento. En el espacio de esta investigación es imposible mostrar todos los enfoques de implementación, por lo que se referencian algunos y se detendrá en la gobernanza, debido a su afinidad teórica con la propuesta defendida en este trabajo.

Los modelos normativos de ejecución se categorizan en dos, según el centro de ordenación y de análisis de la implementación³⁶⁴, y son *Top-down* o *bottom up*.

En el enfoque *top-down*, la administración toma la decisión desde el centro de la burocracia y su ejecución se efectúa en la periferia. La cima de la jerarquía prefigura los criterios de implementación, de modo que las órdenes de los decisores son suficientes para que se materialice la política con los ejecutores en la base. Además, supone la diferencia clara entre las etapas de formulación e implementación. Para los analistas que adhieren este modelo, los problemas de ejecución son inconvenientes de coordinación y de control.

En el esquema *Bottom-up*, la administración prefigura la decisión en el centro, empero la implementación se concibe como un proceso de abajo hacia arriba. La atención recae sobre los comportamientos concretos donde se produce el problema social. La política pública se va construyendo desde la base hasta llegar a la cima, por eso, este modelo confía en los mecanismos informales de delegación de autoridad y recurre a la discrecionalidad en vez del control de los funcionarios ejecutores.

Como se ha manifestado en esta investigación, el paso del siglo XX acabó con la credibilidad de la administración weberiana. La burocracia neutral, jerárquica, lineal y uniforme se encuentra en crisis. De ahí que la implementación autoritaria y rígida de las PP corrió con la misma suerte. Los analistas

³⁶¹Op.cit, PARSONS, Wayne, Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, 2007, pp 477-479

³⁶²Op.cit, MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, pp 160-161

³⁶³Ibidem.

³⁶⁴Op.cit, MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, Barcelona, pp 159-191. En el mismo sentido ver Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 pp. 187-218 y Op.cit, PARSONS, Wayne, Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, 2007, pp 477 - 559

contemporáneos desechan el modelo de *Top-down* puros, empero se resisten a renunciar al control sobre los ejecutores desde el centro. Por su parte, los modelos de *Bottom-up* han tomado fuerza en los últimos años, al punto que el foco de interés de la gestión pública se ha volcado sobre la periferia o los ciudadanos. Ese debate muestra una tensión analítica del estudio de la implementación y de la planeación. También indica que la legitimidad de las medidas de las autoridades dejó de cumplirse con los criterios técnicos científicos.

El debate descrito ha dado origen a diversos modelos que se fundamentan en una perspectiva diversa de la administración pública, como son el criterio racional, de mercado o de gobernanza³⁶⁵.

En la burocracia que centra su análisis en los aspectos racionales, se hallan los siguientes enfoques: i) la gestión pública, que defiende la opción de conseguir una buena política pública con la observancia de una sólida teoría, un programa bien concebido, la presencia de responsables capacitados y comprometidos, el apoyo social, la existencia de un entorno favorable y estrategias de optimización de los anteriores parámetros; ii) el contingente, el cual expone la necesidad de reconocer que la ejecución es imprevisible, por lo que se deben revisar las condiciones de efectividad de la política pública desde la fase de formulación, por ejemplo el instrumento jurídico que se usará para modificar los comportamientos. A su vez, debe tener en cuenta las características de los destinatarios, los entes de implementación y condiciones externas políticas; iii) la implementación evolutiva, que considera la ejecución como un proceso de aprendizaje en que se redefinen los objetivos y se reinterpretan los resultados; iv) la implementación como ambigüedad y simbolismo advierte que las PP observan regulaciones abiertas por la necesidad de lograr consensos, de modo que la ejecución se refiere a intenciones o a realizaciones parciales que complementarían los funcionarios de la periferia; y v) el enfoque por retroceso, el cual propone acercarse a la fuente del problema de la materialización de las PP y establecer incentivos para que la burocracia inferior adopte una buena práctica, planteamiento que implica la delegación de competencias.

Entre los enfoques de implementación de una administración pública de mercado, que se enarbó con el neoliberalismo en la década de 1980, se encuentran: i) la nueva gestión pública (NGP) o *new management*, la cual esgrime la reinención del gobierno y la influencia del espíritu del sector privado. La NGP aboga por una administración de organización flexible, más eficiente en el uso de recursos y participativa, al igual que con mayor satisfacción de los bienes y servicios ofrecidos a la población. Así mismo, se sustenta en los principios de separación entre lo político y la administración, la descentralización del sistema administrativo, la reducción de jerarquías, la potencialización del mercado, la transparencia de los procesos administrativos y el empoderamiento de las comunidades³⁶⁶. La influencia del mercado advierte el reemplazo de una gestión administrativa dirigida por la norma impersonal a una gestión por contrato guiada por el mercado. En América Latina en la década de 1990, la NGP se implementó con el consenso de Washington y tuvo una matización en el núcleo estratégico, concepto que articulaba las burocracias de nivel central con herramientas de descentralización, y de principios de desregulación y atribución de competencias a nivel periférico³⁶⁷; y ii) la gestión pos-burocrática que desarrolla principios del NGP, y agrega que las oficinas estatales deben actuar con la finalidad de satisfacer las necesidades del usuario y del servicio. Aunque este enfoque acepta la burocracia, empero reconoce que no es la única fuente de gestión.

³⁶⁵Ibidem.

³⁶⁶Op.cit, PARSONS, Wayne, Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, 2007, pp 480

³⁶⁷Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD, Una Nueva Gestión Pública para América Latina, sesión del día 14 de octubre de 1998, pp. 13-20

A partir de una reformulación del concepto del buen gobierno en la primera década del XXI, los teóricos construyeron el enfoque de la gobernanza, que reconoce que la implementación de las PP ya no se encuentra bajo el monopolio de la burocracia institucional³⁶⁸. Las decisiones son el resultado de una negociación y deliberación entre los actores. La definición del interés público se configura de manera horizontal, pues es producto de consensos entre varios intervinientes³⁶⁹. El proceso conceptual relatado va de la mano con la historia, pues “en el curso del siglo XX, el foco para la teoría y el estudio de la implementación se ha ido desplazando del gobierno y aparato administrativo hacia estructuras de gobernanza que incluyen actores públicos, privados y asociativos”³⁷⁰. En este modelo la implementación se enfila a los actores involucrados y cambia en cada caso³⁷¹.

La apertura a los demás actores institucionales y sociales de la gobernanza recibe con buenos ojos la revisión judicial dialógica, por cuanto se basa en una organización flexible que facilita una implementación eficaz de un problema social. A su vez, este juez dialoga con la comunidad y el ejecutivo, e impone remedios estructurales que carecen de detalle, es decir, ese funcionario no suplanta la vieja burocracia autocrática en la implementación de una política que conduzca a la protección de DESC. Esta nueva forma de activismo puede clarificar los objetivos y reconducir las herramientas del Estado para tal fin, al fungir como un revisor de la ejecución de las PP.

La manera en que la CCC desbloqueó la burocracia en el caso de atención a la población desplazada es un ejemplo de esa intervención en esta fase³⁷². Esa Corte corrigió la dispersión de funciones de diferentes entidades, eliminó la duplicidad de facultades institucionales y subsanó la descoordinación de las oficinas gubernamentales. Así mismo, esa valoración se realizó en compañía de la comunidad, pues llamó a las asociaciones de desplazados para que indicara otros problemas de ejecución de tal política pública. Esas acciones evidenciaron una implementación de tipo *bottom-up*, dado que el tribunal se preocupó por las redes de ejecución de la política. No se puede dudar que el seguimiento de una sentencia implica un escrutinio sobre la implementación y la evidencia de que se debe corregir el rumbo.

2.2.1.4. Evaluación de las políticas públicas

La evaluación de las PP es una fase determinante en el marco secuencial utilizado en este trabajo como enfoque principal de análisis. Inclusive, muchos autores indican que el ejercicio valorativo es una disciplina propia³⁷³. Ese proceso implica medir los efectos de una acción y responde a las siguientes preguntas: ¿la política pública cambió la realidad y tuvo éxito en observar sus objetivos?, ¿Qué impactos generó la política?, o en nuestro objeto de estudio ¿la medida redujo o disminuyó la afectación de DESC? Escrutar las actividades de la gestión pública mejora la eficacia del Estado, puesto que éste aprehende de sus errores para no incurrir en ellos en decisiones futuras. Además, promueve las buenas prácticas administrativas y sirve como ejercicio democrático de rendición de cuentas³⁷⁴.

³⁶⁸MOREAU, DESFARGES, Philippe, *La Gouvernance. Que sais-je*, PUF, París, 2003, p. 5

³⁶⁹Ibidem, p. 44

³⁷⁰Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014 p. 215

³⁷¹No obstante, varios autores han indicado que la gobernanza nace en una crítica contra el Estado Social, por lo que defiende un Estado mínimo que aumentará los males contemporáneos, como la desintegración y exclusión social, la desocupación endémica, desprotección e inseguridad ciudadana crecientes. Ver *Diálogo social y gobernanza en la era del ‘Estado mínimo’* publicado por CINTERFOR Montevideo, Papeles de la oficina técnica n° 16, mayo 2005. Este trabajo se enmarca en el Proyecto “La competitividad transfronteriza en el seno del Mercosur” del Programa ECOS-SUD de Investigación Científica entre Uruguay y Francia, 2004-2006 y contó con el apoyo del “Centre Franco-Chinois de Recherche en Gestion” (CFCRG, Université Jean Moulin, Lyon).

³⁷²Op.cit. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, pp. 95-104

³⁷³SALCEDO AQUINO, *Evaluación de Políticas Públicas*, Siglo XXI editores, México DF, 2011, p. 19-20

³⁷⁴Ibidem, pp. 30-31.

El concepto de evaluación de PP corresponde con la “*valoración sistemática de procesos o efectos de un programa o política, contrastada con una serie de parámetros tácitos o expresos como medio para contribuir a la mejora*”³⁷⁵. De esa definición, Roth resalta que cuenta con los elementos relevantes que caracterizan ese proceso, a saber: i) implica una valoración sistemática con fundamento en métodos y herramientas de las ciencias sociales; ii) recae sobre los procesos de la actuación de los poderes públicos; o iii) se enfoca en los efectos de la intervención del Estado, es decir, en verificar qué cambió para producir propuestas de solución a problemas sociales; iv) la existencia de parámetros tácitos o expresos obedece a la necesidad de contrastar y evaluar el avance del programa en relación los estándares que se fijaron inicialmente en la fase de formulación. Aunque ese ejercicio depende de quién solicitó la estimación, por ejemplo los beneficiarios, los financiadores, los ejecutores o los dirigentes del programa; y v) la evaluación busca producir información útil para mejorar la eficacia y eficiencia del programa. La primera palabra hace referencia al alcance de los objetivos, valores o metas fijados en la política social, mientras la segunda mide y califica el uso de los medios para cumplir los fines del programa³⁷⁶.

La denotación de evaluación entraña varios sentidos derivados de su práctica. Esa actividad es fundamentalmente normativa, dado que los evaluadores se hallan sometidos a valores, normas y percepciones del programa o de las personas que solicitan el estudio. Además, la estimación es un ejercicio argumentativo que se sustenta en una información consistente, producto de una investigación social, debido a que existen diversas formas de realizar esa operación y varios actores³⁷⁷. Dicha labor permite emitir una opinión fundada frente a las consecuencias de las PP, aserción que pretende reducir la subjetividad de los actores. La deliberación ayuda a legitimar la evaluación por medios diferentes a la autoridad y a la corrección de yerros de la gestión pública, toda vez que el argumento es la conexión de los datos e información con las conclusiones del estudio, nexo que limita las omisiones de los evaluadores o los errores racionalidad. En este contexto, se subraya lo siguiente:

*“[L]a evaluación de políticas públicas constituye una herramienta para encarar los tres principales retos de los gobiernos democráticos contemporáneos: comprender, comunicar y controlar. Los gobiernos deben tratar de comprender lo que pasa con los procesos sociales inducidos por la acción pública para fundamental de la manera más acertada posible las acciones futuras; los regímenes políticos democráticos tienen también la obligación de comunicar para explicar, con base en una información argumentada, y dialogar con sus públicos para conseguir el respaldo a sus acciones; y por último, los gobiernos no pueden dejar de lado la responsabilidad de ejercer un control sobre las actividades que realizan”*³⁷⁸

El alcance de la definición de la evaluación ejemplifica una tensión entre dos posturas metodológicas. De un lado, la técnico científica, de otro lado la acción pública. Ello se debe a que “*la evaluación es un ejercicio desde la rigurosidad de la metodología de las ciencias sociales; [que] se realiza en el campo de la política para mejorar la eficacia de la acción gubernamental*”³⁷⁹. El discurso, la deliberación y la argumentación son el camino que existe para que se resuelva dicha contradicción. El debate puede restringir el uso excesivo de uno de los dos polos.

³⁷⁵WEISS, Carol H., *Evaluation: Methods for Studying Programs and Policies*, Upper Saddle River, Prentice Hall. 2 ed, 1998, p.8. Traducción propia.

³⁷⁶Opcit, SALCEDO AQUINO, *Evaluación de Políticas Públicas*, 2011, p. 33-35

³⁷⁷Op.cit, MAJONE, Giandomenico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, 1998, p. 43-46

³⁷⁸Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014, p 232.

³⁷⁹Opcit, SALCEDO AQUINO, *Evaluación de Políticas Públicas*, 2011, p. 51

En ese contexto, los diversos analistas han creado una taxonomía de los numerosos tipos de evaluación, categorización que surge del momento en que se realiza la estimación, la finalidad, el objeto y nivel de la misma, y según el evaluador³⁸⁰.

El instante de la gestión pública en que se lleva a cabo la valoración responde a la pregunta de: ¿cuándo se evalúa? Los momentos en que se juzgan las PP pueden ser tres³⁸¹: i) antes de la acción administrativa, proceso que se conoce como evaluación *ex-ante*. Ésta consiste en analizar una propuesta de ley o de programa con el objeto de determinar las consecuencias que acarrearía. Además, ese estudio debe incluir una revisión de la factibilidad de la acción, ya sea viabilidad política o real; ii) paralela a la acción administrativa, la cual se conoce como evaluación concomitante. Esta estimación acompaña el desarrollo del programa o la política con el fin de corregir los yerros de la medida sobre la marcha. Dicho monitoreo se puede ejercer de manera periódica o continua; y iii) después de la implementación de la política social, es decir, una evaluación *ex-post*. En esta hipótesis, se analizan los impactos de un programa o de una política pública, cuando su ejecución ha concluido. Esa operación es útil para alcanzar un conocimiento que pueda ser aplicado a decisiones futuras. En el estudio se aplicaran herramientas cualitativas y cuantitativas en un proyecto de evaluación.

La clasificación de la finalidad, el objeto y el nivel es la respuesta al interrogante ¿para qué y qué se evalúa? Ese análisis conduce a tres tipos de estimación.

El primero da origen a las evaluaciones recapitulativa y endoformativa, tipología que resulta después de revisar el interés que motiva a los evaluadores. Aquel término hace referencia al análisis que tiene la finalidad de informar al público en general o actores externos sobre el programa o la política, operación que es útil para los proveedores de la política o las demás personas que quiere apoyar la medida. El vocablo posterior hace relación al estudio que se efectúa sobre una acción estatal para informar a las personas que lo desarrollan. Esa reflexión pretende brindar auxilio a los responsables del programa.

El segundo se concentra en prestar atención a los modos que son objeto de evaluación, como³⁸²: a) los insumos utilizados; b) los procesos; o c) los resultados obtenidos. En a), la estimación se fija en los recursos, habilidades y personas que participaron en la acción. En b), la valoración se enfoca en los métodos empleados para transformar la realidad. En c), la evaluación se concentra en las consecuencias que trajo la gestión pública. Cada modo de análisis tiene perspectivas diferentes y dará sustento a una interpretación diversa.

El tercero propone una taxonomía de niveles en que se efectúa la evaluación, en razón de que esa operación racional incluye la estructura político-administrativo y se relaciona con una acción específica. La forma de apreciar los efectos de la acción pública corresponde con una categorización de los 5 niveles de estimación que se enuncian a continuación³⁸³: i) medios: se trata de constatar que las herramientas previstas para la implementación estuvieran a disposición de los ejecutores del programa en el momento y espacio determinado; ii) realizaciones: consisten en apreciar los resultados productivos inmediatos de la administración en la política específica, es decir, el logro de las metas o indicadores; iii)

³⁸⁰BUSTELO RUESTA, María, La evaluación en el marco del análisis de políticas públicas, en SALCEDO AQUINO, Evaluación de Políticas Públicas, Siglo XXI editores, México DF, 2011, pp 192-210. De igual forma Op.cit, ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014, p 240-256 y MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, Barcelona, pp 198-203 y 211-213.

³⁸¹Op.cit. ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014, pp. 241-248

³⁸²Op.cit, MAJONE, Giandomenico. Evidencia, argumentación y persuasión de las políticas públicas, p.219 -221

³⁸³NOICHE, Jean Pierre, De la evaluación al análisis de las políticas públicas, en Revista de ciencia política de las Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol.4, N°1, de 1982, disponible en línea [http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2013/08/06_vol_04_1.pdf], tomado el 27-04-2017 a las 2:41 a.m, pp. 102-103

efectos o impactos: se mide los efectos finales de la gestión en el contexto socioeconómico con el fin de precisar si el programa permitió materializar los objetivos iniciales, o si produjeron consecuencias secundarias; iv) eficiencia: pretende cuantificar la relación entre los efectos obtenidos por la política y los esfuerzos adelantados para alcanzarlos; y v) satisfacción: se trata de verificar en qué medida la política satisfizo la necesidad para la que se creó o si resolvió el problema de la comunidad, por ejemplo determinar si en la política de salud, educación o alimentación se garantizó el mínimo de esos derechos.

La tipología según los evaluadores hace referencia a los sujetos que valoran la acción pública y responde el cuestionamiento sobre quién evalúa. Además, se relaciona con el papel y la posición del individuo que escrutará la acción del Estado. Como se advirtió, la operación de monitoreo no puede quedar al margen de la deliberación y la participación ciudadana, por lo que jamás reemplaza el debate político y la responsabilidad en esa área. La evaluación puede ser externa, mixta o interna³⁸⁴. La primera ocurrirá cuando se contrata a expertos que no pertenecen a la administración ni al programa para que realicen una auditoría y seguimiento a la gestión, por ejemplo los consultores nacionales e internacionales. La segunda se presentará en el evento en que especialistas del mismo Estado, que no pertenecen a la entidad ejecutora, efectúan la estimación, verbigracia las entidades de planeación o contralorías. La tercera aplicará en las situaciones en que la institución implementadora realiza un análisis, es decir, es una autoevaluación.

Además, esta última tipología implica discutir en torno al monopolio de la estimación; en otras palabras a debatir si los expertos tienen la única palabra en la evaluación de las PP. La respuesta corta a este interrogante es no, y se complementa con la necesidad de pensar en otra vía de análisis que considere adecuado una valoración participativa y deliberativa. Consciente de esa necesidad, varios analistas han propuesto la evaluación pluralista³⁸⁵, enfoque que defiende la apertura de ese proceso a sujetos diferentes de los expertos, como el usuario, el juez, o las entidades de control. Lo anterior, en razón de que las perspectivas evaluación van cambiando con la posición que tienen el valorador, situación que contamina de extrema subjetividad la interpretación de los resultados. Ese defecto se subsana con la coexistencia de diversas visiones críticas en relación con la política social. Ello se logra con la introducción de prácticas de diálogo y de participación, al igual que con métodos de investigación más cualitativos y dispositivos de trabajo incluyentes. Tales innovaciones buscan promover el aprendizaje colectivo de los problemas y la flexibilización de la gestión pública. Esa postura se sustenta en un paradigma constructivista, que jamás entiende acabado el proceso de mejora de las PP, en la medida en que pretende resolver los problemas emergentes a partir del diálogo persistente entre los afectados.

La conversación amplia entre los ciudadanos, los expertos, la burocracia y otros actores institucionales facilita la construcción de consensos más auténticos y legítimos. Además, entraña una actividad democrática donde se construyen salidas a las insatisfacciones sociales con base en los acuerdos pactados entre los discursos del político, el experto y el ciudadano. En esta teoría, la evaluación se concentra en hallar la solución más eficaz para los actores involucrados y no la respuesta más adecuada desde el punto de vista técnico. Por eso, la estimación tiende a ser endoformativa. Esa descripción supone un proceso complejo de valoración y nuevas formas flexibles de análisis que capturan la

³⁸⁴Op.cit, MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas, 1992, pp 212-213. En el mismo, Sentido ver Op.cit. ROTH, Andre-Noel. Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación. 2014, pp. 254-256 y Opcit, SALCEDO AQUINO, Evaluación de Políticas Públicas, Siglo XXI editores, México DF, 2011, p. 47-48

³⁸⁵Opcit, MAJONE, Giandomenico, Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, 1998, pp. 35 y 215-220. En el mismo sentido, Ver Op.cit. ROTH, Andre-Noel. Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación. 2014, pp. 256-258

complejidad del contexto, por ejemplo³⁸⁶ la reducción del control jerárquico, el reconocimiento de comportamientos autoregulados, el apoyo a innovación a contextos dinámicos, la profundización sobre el experimentalismo social y el reconocimiento de que la evaluación es una función conjunta de construcción de conocimiento. La *Developmental Evaluation* es una propuesta que sigue esos principios e identifica al evaluador como un facilitador o impulsor del cambio³⁸⁷. Tales premisas advierten que la estimación tiende a fusionarse en mayor medida con la formulación e implementación³⁸⁸.

La evaluación pluralista incluye al juez constitucional como actor de ese proceso de verificación de las PP, pues concibe que la estimación es un proceso donde convergen varios actores para aprender cómo resolver un problema social complejo. En los CE, los tribunales sirven como espacios de deliberación que promueven el trabajo en redes sobre el cumplimiento de una política sobre DESC. A su vez, facilitan la innovación y el cambio de la realidad, al solicitar a la administración formas de garantizar las necesidades básicas de un grupo marginado. En consecuencia, las cortes desarrollan una función de evaluadores de la gestión pública, porque la revisión judicial implica escrutar la actividad del Estado e identificar sus errores.

La intervención judicial dialógica evidencia los elementos característicos de una muestra de un dispositivo de evaluación pluralista³⁸⁹, puesto que encierra a todos los actores afectados en un caso de vulneración de DESC, problema que muchas veces está siendo tratado infructuosamente por una política pública. Esa convocatoria se efectúa para que se realice una conversación entre los interesados con el fin de evaluar la situación y tomar medidas al respecto, escenario que supone una evaluación de la gestión pública de tipo endoformativa, es decir, se centra en los actores del programa y afectados con el problema. El seguimiento fuerte a los remedios moderados evidencia la creación de una instancia *ad-hoc* de evaluación en la que expertos, políticos, burócratas, la ciudadanía y el juez van a conversar sobre la insatisfacción de derechos, la respuesta del Estado a esta situación y los correctivos a adoptar. En la práctica esos escenarios se representaron con salas de seguimiento, comisiones de supervisión, mecanismos de participación, como las audiencias públicas. Los registros de esa labor se representan en las providencias de monitoreo. En definitiva, esa forma de control de constitucional encuentra la respuesta al interrogante: “¿Si las políticas públicas no se hicieron para los expertos ni para políticos, no sería más preciso evaluarlas a partir de los criterios de juicio de los destinatarios de éstas?”³⁹⁰

El seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 es un ejemplo claro de esa evaluación pluralista de la política pública que pretende resolver el problema de desplazamiento. Después de evidenciar múltiples fallas en el ciclo de gestión administrativa, la CCC implementó un proceso de aprendizaje que tenía la finalidad de disminuir la vulneración masiva de DESC con la corrección de la actuación del Estado. Para ello, convocó a diferentes actores gubernamentales y sociales para que discutieran sobre el tema, al escrutar cada aspecto de política. En esa instancia de seguimiento se identificaron yerros en el diseño, en

³⁸⁶DOZOIS, Elizabeth, LANGLOIS Marc, BLANCHET-COHEN Natasha, DE 201: A Practitioner’s Guide to Developmental Evaluation, The J.W. McConnell Family Foundation and the International Institute for Child Rights and Development, 2010

³⁸⁷PATTON, Michael Quinn, Developmental Evaluation, Applying Complexity Concepts to Enhance Innovation and Use, The Guilford Press, New York, 2011, capítulo 1, 2 y 7.

³⁸⁸Ibidem, p. 1.

³⁸⁹Op.cit, MONNIER, Eric, Evaluación de la Acción de los Poderes Públicos. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda - Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995, po. 110-120. Para este autor un dispositivo de evaluación pluralista debe incluir varios evaluadores en el marco de una estimación endoformativa. Además, debe contar con una instancia de valoración *ad-hoc* que esté conformada por diversos protagonistas del programa. Los actores que acuden a ese espacio deben tener la competencia para fijar la metodología de trabajo, seleccionar o recolectar datos y proponer criterios de evaluación. La instancia efectúa el seguimiento a las actividades del equipo evaluador. Con base en esa labor, se emite un informe que da cuenta del trabajo realizado y de la conversación adelantada. E

³⁹⁰Ibidem, 122

la implementación y en evaluación de la actuación de la administración. Inclusive, se inició un proceso de creación de indicadores de satisfacción de derechos en el contexto de una deliberación y experimentalismo administrativo que pretendía responder a la complejidad del caso³⁹¹.

2.2.2. Enfoque de análisis de derechos humanos de las políticas públicas

Como se explicó en precedencia, la constitucionalización de los derechos sociales y la relevancia del derecho internacional de los derechos humanos –Pacto Internacional de Derechos Sociales económicos y Culturales- ha impuesto la obligación a los Estados de poner todo su esfuerzo para lograr progresivamente la efectividad de esos principios. Los gobiernos deben activar su aparato burocrático para observar tal contenido prescriptivo de esos derechos, pues éstos tienen deberes de hacer. Sin embargo, la administración tiende a construir programas que no dirigen sus objetivos o metas, su implementación y evaluación a la materialización de los DESC.

El enfoque de derechos humanos de las PP³⁹² es un intento por remediar esa incoherencia sistémica, pues resalta la relación entre el derecho y la ciencia política. Este esquema permite evaluar el grado de cumplimiento que tienen las decisiones de la administración frente a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Así, los principios constitucionales se convierten en parámetros sustanciales que debe tener en cuenta la administración al momento de crear, modificar, o evaluar un programa de gobierno. Incluso, la aplicación de este modelo es un mecanismo de exigibilidad de DESC complementario a los mecanismos procesales de exigibilidad judicial³⁹³.

Pero, ¿qué significa que una política social tenga enfoque de derechos humanos? Luis Eduardo Pérez Murcia indica que esa calidad la poseerán los programas que se “*diseña[n] con fundamento en los contenidos de derechos humanos y que dispone de planes, programas, proyectos y recursos para implementar acciones concretas para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en la materia*”³⁹⁴. En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha delimitado el enfoque de derechos humanos de las acciones sociales de los Estados en los siguientes tres elementos:

“1) Cuando se formulen las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos. 2) Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a los ciudadanos y ciudadanas como titulares de éstos, el contenido de los derechos, y los correspondientes titulares de deberes y las obligaciones (Estado), procurando fortalecer las capacidades de los primeros para demandar su vigencia y de los segundos, para realizarlos o crear condiciones para su vigencia. 3) Los principios y las normas contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación”³⁹⁵.

³⁹¹Op.cit, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, pp. 123-141

³⁹²ABRAMOVICH, Víctor. *Una Aproximación al enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina*: presentado en el seminario: “Derechos y Desarrollo en América Latina: un Seminario de Trabajo”. Organizado por el BID y la CEPAL en Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004 y Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco Introducción para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales.

³⁹³PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo, Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. en PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusticia-. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico –IDEP-. Bogotá, 2007, p. 75

³⁹⁴Ibidem, p. 78

³⁹⁵ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “*Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo*” Nueva York y Ginebra: ONU, 2006, pp 15-16. Este documento se encuentra disponible en línea [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf], revisado el 20-04-2017 a las 11:24 a.m.

La política pública con enfoque de derechos humanos requiere³⁹⁶: i) una coherencia con las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, visión que debe acompañarse con los principios de universalidad, de interdependencia, de irrenunciabilidad, de igualdad y no discriminación, de participación e inclusión, de progresividad así como de rendición de cuentas³⁹⁷; ii) la formulación de decisiones posibles técnica y fácticamente de ejecutar; y iii) el diseño de programas sostenibles desde el aspecto financiero.

Sobre el particular es importante detenerse en los principios operacionales mencionados en el apartado i) del párrafo anterior que deben aplicarse en el proceso de programación, es decir, los postulados que deben tener en cuenta los hacedores y decisores de PP³⁹⁸.

El principio de universalidad se refiere a la titularidad que poseen los individuos de los DESC, la cual la ostentan todos los humanos por el hecho de ser personas. Sin embargo, no todos pueden pedir acciones positivas del Estado, en la medida en que existen recursos limitados para garantizar esos principios. La organización política se encuentra obligada a satisfacer los mínimos de existencia de los más vulnerables de la sociedad, esto es, los pobres o marginados, quienes sufren una situación de negación de derechos civiles y políticos, así como de DESC³⁹⁹. Según Rodolfo Arango, la activación del aparato gubernamental se desprende del mandato de subsidiariedad, que implica la atención a las personas que están imposibilitadas de cubrir sus necesidades básicas. Las PP con enfoque de DESC deben estar dirigidas a la población marginada y excluida, aspecto que se incluirá en el diseño e implementación de los programas. Además, ese criterio guiará la labor de evaluación para adoptar los correctivos respectivos.

El mandato de interdependencia advierte que los derechos que se encuentran enunciados en el derecho internacional de los derechos humanos tienen igual jerarquía e importancia para garantizar la dignidad humana⁴⁰⁰. Así, las PP en todas sus fases deben salvaguardar ese principio, valor y derecho. La protección de los DESC también debe comprender la materialización de otros derechos, como el debido proceso o la libertad de expresión, puesto que este enfoque asume una visión holística que

³⁹⁶Opcit, PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo, Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. En PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá, 2007, p. 78

³⁹⁷ALZA BARCO, Carlos. El enfoque basado en derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas? en Derechos Humanos y Políticas Públicas, Coord. BURGORGUE-LARSEN Laurence, MAUÉS Antonio, SÁNCHEZ MOJICA Beatriz Eugenia. Red de Derechos Humanos y Educación Superior –DHES–, 2014, disponible en línea [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf] revisado por última vez el 28-04-2017 a las 2:07 p.m, p. 58.

³⁹⁸Cecilia Rossi y Javier Moro recuerdan que existen una serie de principios comunes a todos los derechos y en especial a los DESC, mandatos que se aplican a la implementación de esos derechos. En relación con el primer grupo, se encuentran los principios transversales, los cuales corresponden con: i) Universalidad; ii) igualdad y no discriminación; iii) Acceso a mecanismos de garantía; iv) Acceso y producción de información y participación social. En el segundo grupo se hallan los mandatos de: i) Obligaciones inmediatas y progresivas; ii) Protección especial y prioritaria a grupos en situación de vulnerabilidad; iii) niveles mínimos de derechos; iv) Obligación de no regresividad; y v) Obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. Ver ROSSI Julieta y MORO Javier, Ganar derechos, lineamientos de políticas públicas basadas en derechos, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), Buenos Aires Argentina, 2014, p. 25

³⁹⁹CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-117 de 2017. En igual sentido, Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución aprobada el 22 de diciembre de 2015, No 70/218. Segundo Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza (2008-2017). “Reconociendo que las tasas de crecimiento económico varían según los países y que esas diferencias deben abordarse mediante, entre otras medidas, la promoción de un crecimiento que favorezca a los ‘pobres’ y de la protección social” y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. (Comité DESC) Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Febrero 2001), Párr. 1

⁴⁰⁰ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y programa de acción de Viena. Doc. A/CONF.157.23, 1993.

abarca diferentes ámbitos de regulación, así como de la sociedad civil y el Estado. Una muestra de ello se idéntica con la censura que tendría la autorización a colegios para sancionar de manera fuerte a los estudiantes por su corte de pelo o sus creencias, permisión que se produzca en el marco de una política educativa.

La construcción de las PP debe tener en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos humanos, entre ellos los DESC, debido a que éstos son esenciales para garantizar la vida digna de las personas. Los hacedores de programas y los tomadores de decisión tienen que revisar que los derechos de la población marginada no se hallan en el mercado, al punto que sean negociables. Nadie puede dimitir de sus garantías laborales o de las atenciones en salud.

El principio a la igualdad es un valor infaltable en el enfoque de derechos humanos de las PP, norma que tiene dos dimensiones. De un lado, el ámbito formal de la paridad trata de garantizar que todas las personas sean tratadas igual, siempre que estén posiciones similares⁴⁰¹. A su vez, establece la prohibición de discriminación, prescripción que censura al Estado y los particulares que otorguen tratos desiguales a partir de criterios definidos como ‘sospechosos’ y referidos a razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Cabe anotar que la igualdad es una norma derrotable⁴⁰², por lo que las categorías mencionadas no son intangibles en relación con su regulación. De ahí que existe la posibilidad de que la medida establezca una diferencia válida con base en esos criterios, sin que la prescripción sea inconstitucional, siempre que la disimilitud de trato sea razonable y justificada. De otro lado, la esfera sustantiva de la igualdad impone la obligación de derruir las desigualdades sociales que padecen los grupos históricamente desfavorecidos por medio de la asignación de derechos o de la construcción de “*acciones afirmativas*”⁴⁰³. Esta dimensión también se conoce como principio de igualdad⁴⁰⁴. En materia de PP, el gobierno debe atender las injusticias socioeconómicas, promover el crecimiento y desarrollo con inclusión de todos los colectivos, fijar políticas tributarias y fiscales progresivas. Además, debe formular programas que materialicen los contenidos de la igualdad, por ejemplo políticas educativas que faciliten la integración a la sociedad de las personas discapacitadas, criterio que pone atención en la accesibilidad y la diferencia.

Como se advirtió en los acápites anteriores, la participación ciudadana es un eje transversal de toda la gestión pública, como quiera que la administración dejó de legitimarse con criterios técnicos o legalistas. El reforzamiento de ese principio obedece a una visión activa del ciudadano, que reconoce una capacidad de intervención cualificada en los asuntos públicos, dado que es sujeto de derechos. La participación de la comunidad permite que ésta opine sobre los asuntos que la afectan, lo cual promueve la construcción de consensos razonables.

El principio de progresividad establece la obligación al Estado de mejorar las condiciones del goce y ejercicio de los derechos con el paso del tiempo⁴⁰⁵. Ese mandato supone dos sentidos, a saber⁴⁰⁶: i) los

⁴⁰¹CARBONELL Miguel, Estudio Preliminar. La Igualdad y los Derechos Humanos en el Principio Constitucional de Igualdad, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Mexico De, 2003.

⁴⁰²GUASTINI, Ricardo, Otras distinciones, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, Capítulo XXIV, Breve lección acerca de la igualdad, pp. 503 -504.

⁴⁰³TUSHNET, Mark. “*The New Constitutional Order*”. Princeton University Press. Princeton, 2004. Un tratamiento sistemático del tema puede verse en: Las estrategias de la Igualdad, la discriminación inversa como medio de promover la igualdad, por Macario Alemany, en Isonomía No. 11, octubre de 1999, Universidad de Alicante, España.

⁴⁰⁴ Op.cit, GUASTINI Ricardo, otras distinciones, pp 516 – 518.

⁴⁰⁵ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 “*Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para*

DESC se sujetan a cierta gradualidad en su satisfacción, de modo que se van observando sus contenidos en el futuro. Sin embargo, son exigibles algunas facetas de esos derechos de manera inmediata, por ejemplo el control a una enfermedad o acceso a la alimentación mínima; y ii) los DESC son objeto de progreso, es decir, los aspectos de goce y ejercicio deben ampliar su salvaguarda. En esta dimensión se encuentra el mandato de no regresividad, prescripción que atribuye la obligación al Estado de no adoptar políticas, programas o leyes que empeoren la situación de los derechos sociales de las personas afectadas con la medida. Esa prohibición puede ceder ante una justificación de la medida, debido a que ese principio es derrotable, al ser un factor agravado de análisis de razonabilidad. Para ilustrar, piénsese en una política educativa que retrocede en la garantía del acceso gratuito a la formación superior con el fin de lograr máxima cobertura en la enseñanza de básica primaria y secundaria.

El reconocimiento del derecho que tienen los ciudadanos para reclamar la satisfacción de derechos, ya sea por vía judicial o administrativa, es uno de los principales avances de las PP con enfoque de derechos humanos, en razón de que promueve la participación democrática, el ejercicio del control al poder político y facilita un diálogo de la comunidad con la burocracia⁴⁰⁷. La vigilancia ciudadana sobre la administración es la contra cara de la atribución de derechos a los individuos. A su vez, esa posibilidad es un desarrollo de la exigibilidad de los DESC, por cuanto autoriza un seguimiento constante sobre la gestión pública e identifica a los agentes estatales responsables de garantizar los derechos. Ese monitoreo público se convierte en una herramienta de evaluación crítica de las PP, pues los directos interesados opinan sobre la eficacia y efectividad del programa con el fin de hallar sus fallas. Inclusive, ese control podría llegar hasta reformular la política. Este principio no excluye la posibilidad de que la rendición de cuentas sea horizontal, al ser implementado por parte de otros funcionarios de otras ramas del Estado, como los jueces.

Así las cosas, el enfoque de derechos humanos de una política pública no se agota con la idea de que trate de resolver un problema de vulneración de esa clase de principios. En realidad, se requiere que esos elementos normativos se vinculen con cada etapa de la actuación administrativa. Por ejemplo una agenda volcada a garantizar derechos sociales, ya sea educación o salud; una formulación para satisfacer contenidos de esos principios, al punto que los objetivos tengan el fin de materializarlos, como sería reducir la deserción escolar o ampliar la cobertura y calidad de los servicios de salud; una implementación que sea viable de ejecutar, y que atienda los inconvenientes de los ciudadanos al igual que resuelva los problemas de la burocracia inferior que lleva a cabo la política; y una evaluación de satisfacción que tenga en cuenta si el programa produjo impactos sobre la población beneficiaria. Esas fases deben contar la participación activa de la ciudadanía, por lo que las autoridades tienen que diseñar espacios de deliberación y diálogo que contengan la rendición de cuentas.

La inclusión de un enfoque de derechos humanos en las PP reduce los costos que debe asumir el Estado cuando los programas son inadecuados para satisfacer las necesidades de las personas⁴⁰⁸. Además, es una herramienta analítica para estudiar las desigualdades sociales que surgen en los países de medianos ingresos, eliminar las prácticas discriminatorias y corregir el inequitativo reparto de las

lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos?

⁴⁰⁶Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS CRISTÍAN, El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, 2006, pp. 57-58

⁴⁰⁷CUNILL GRAU, Nuria, Las políticas con enforque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública, en la Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 46. (Feb. 2010). Caracas, pp. 8-9

⁴⁰⁸PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusticia-. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico –IDEP-. Bogotá, 2007. P. 17

riquezas. En efecto, las PP son un valioso instrumento para la materialización de los DESC, que no establece recetas rígidas que eliminen la discrecionalidad de los hacedores y decisores de la gestión administrativa. Lo que sucede es que este esquema se convierte en una orientación general del debate público y en un marco conceptual para la planeación de PP. Los beneficios mencionados revalorizan el derecho como instrumento de integración social⁴⁰⁹.

Con el fin de que el enfoque de derechos humanos en las PP no quede en simple retórica, varios autores han propuesto un modelo de aplicación del esa teoría⁴¹⁰. Esos esbozos tienen diferencias y similitudes, empero se presentarán en un sólo planteamiento, que se complementará con la estructura del marco secuencial de política pública. Tal exposición se efectúa con la finalidad de avivar el debate interdisciplinario entre las PP y los DESC. La dogmática propuesta podría ser aplicada por la administración o el juez al momento de resolver un CE de DESC.

Inicialmente, se parte del supuesto que los CE evidencian un grave escenario de desconocimiento de DESC en que concurre: i) una situación problemática o insatisfactoria que afecta las necesidades básicas de muchas personas, por ejemplo la negativa en el acceso a servicios de salud para tratamiento contra diversas enfermedad o al alimento que evite la muerte por inanición. El desconocimiento de DESC entraña una tragedia para la población, dado que reduce su dignidad humana; y ii) un escenario de marginación de un amplio número de individuos, lo cual evidencia una publicación del problema. Conjuntamente, se estima que los CE implican una movilización ciudadana y legal en que las asociaciones que solicitan a la administración la protección de los derechos. En el evento de no ser escuchados, la sociedad podrá acudir al juez para que inscriba el problema en la agenda gubernamental.

En la etapa de formulación, el analista debe delimitar el problema social o situación de marginación que resolverá la política pública. Después procederá a precisar el derecho que se pretende proteger y el conjunto de obligaciones constitucionales e internacionales que tiene el Estado en relación con esa norma. En muchos casos pueden incluirse los mínimos de satisfacción de los derechos, verbigracia acceso a la educación básica, control de pandemias o entrega de alimentos mínimos de subsistencia. Además, se identificarán los obstáculos que poseen los ciudadanos para gozar y ejercer del principio estudiado, piénsese en la deserción escolar, la discriminación histórica de una comunidad para acceder a los servicios de salud o a la alimentación. Posteriormente, se construirán diversas alternativas de selección y se escogerá una de ellas. Al respecto, se incluirán el diseño de estrategias para adelantar la política pública con la correspondiente atribución de responsabilidad.

En la fase de implementación, se construirá un modelo normativo que tenga en cuenta los parámetros fijados en la fase anterior. Ese plan debe observar mecanismos para su aplicación por parte de los ejecutores. Se definirá de manera clara la actividad, los ítems de implementación, la entidad responsable, el dinero para desarrollar el programa y el periodo de ejecución entre otros. Acto seguido se pondrán en marcha las acciones y el cumplimiento de una programación.

⁴⁰⁹JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo, el Enfoque de los Derechos Humanos y Políticas Públicas, Revista Universidad Sergio Arboleda, enero-junio 2007, p. 37

⁴¹⁰PÉREZ Luis Eduardo propone las siguientes 5 fases de una política pública con enfoque de derechos humanos “(i) definir el contenido del derecho y las obligaciones del Estado; (ii) definir el problema que se intenta resolver, mediante la identificación de las barreras que enfrentan las personas para la satisfacción de sus derechos; (iii) definir las estrategias de política, conforme con el contenido de los derechos y las obligaciones del Estado; (iv) implementar las acciones de manera coherente con los deberes de respeto y protección de los derechos humanos; y (v) evaluar los resultados de la política y su impacto, tomando como referente su aporte para la protección y garantía de los derechos”. Por otra parte, Carlos Alza Barco estima adecuado la siguiente propuesta dogmática “1) Delimitar la política pública, comprendiendo el problema público que la política pública resolverá y la alternativa de solución seleccionada. 2. Delimitar el derecho (establecer los estándares nacionales e internacionales, definir qué derechos y sus contenidos). 3. Identificar las obligaciones estatales. 4. Verificar los principios transversales. 5. Establecer los contenidos específicos para verificar el EBD en la política pública (la arquitectura institucional, las políticas y estrategias, y los programas y proyectos)”.

En el estadio de evaluación, se efectuará la estimación de los impactos de la política con la vigilancia a la misma. Ello se concentrará en revisar la eficacia del programa en el nivel de satisfacción, es decir, los cambios directos sobre los beneficiarios del programa. Así mismo, se inspeccionará la eficiencia de las estrategias y los diversos niveles de valoración. En este estadio, se evaluará el cumplimiento de metas con los indicadores propuestos en la formulación y diseño de la política, sin perjuicio de que puedan crearse nuevos estándares de estudio. Con base en esa labor, se interpretaran los datos recogidos, los cuales se plasmará en un informe. En este punto, el juez puede realizar una evaluación ex-post para encontrar las diversas fallas del programa. En ese análisis, el tribunal tendrá la finalidad de proponer correcciones a la gestión, recomendaciones que surgirán de remedios intermedios y dialogados. Inclusive, puede ordenar el diseño de nuevos proyectos, cambios en la implementación o la reconfiguración de indicadores de estimación, directrices que serán objeto de seguimiento.

Es importante señalar que en todas las fases del marco secuencial de PP se aplican sus principios operacionales de enfoque de derechos humanos, como son la universalidad, el carácter no renunciabile de los DESC, la igualdad y prohibición de discriminación, la participación ciudadana, la progresividad de los programas y la garantía de la rendición de cuentas.

Grafica No 1. Ciclo de políticas públicas con enfoque de derechos humanos



Fuente. Construcción de Camilo Delgado

El esquema propuesto no responde una pregunta central, que se relaciona con la aplicación de los derechos para medir el avance de la política. No es claro cómo se identificará la satisfacción de los DESC ni la forma en qué debe medirse la evaluación de las PP a partir las obligaciones constitucionales

o internacionales del Estado. La respuesta a ese cuestionamiento es la construcción de estándares que permitan cuantificar la garantía de los derechos, es decir, los indicadores en DESC.

Un indicador es una señal que muestra algo difícil de conocer, por lo que representa una técnica de análisis que traduce datos e información que no pueden observarse de forma simple⁴¹¹. *Los indicadores en derechos humanos pueden definirse como herramientas conceptuales destinadas a reflejar el estado de satisfacción de un derecho humano*⁴¹².

Los sistemas de indicadores sirven para evaluar el cumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con los DESC, por cuanto muestran el avance que tuvo en esa materia y su esfuerzo para obtener esa meta⁴¹³. Así mismo, esos parámetros facilitan la determinación de las dimensiones exigibles de los DESC. En un nivel más específico, la aplicación de esas construcciones teóricas permite cuantificar las PP en un enfoque de derechos humanos⁴¹⁴.

Es importante precisar que los indicadores de DESC no son iguales a los indicadores sociales, aclaración que justifica la presencia de aquellos, porque subsanan los vacíos de éstos⁴¹⁵. Los primeros estándares significan la adopción de una perspectiva de escrutinio de la gestión pública, estimación que valora el impacto de los programas sociales sobre los derechos y las condiciones reales de sus beneficiarios. Además, los indicadores de derechos se encuentran diseñados para evidenciar y visibilizar la discriminación que existe en la sociedad, al tomar datos de manera diferenciada e interpretarlos. También, son aptos para identificar el nivel de progreso y no regresividad del cumplimiento de las obligaciones estatales, al cuantificar la evolución de las PP. Los segundos parámetros obedecen a un marco conceptual que desecha la valoración como elemento relevante, por lo que son incapaces de determinar las vulneraciones de derechos o los niveles de disfrute de los mismos. A su vez, los indicadores son ciegos ante las barreras que tienen ciertos grupos sociales para el acceso, goce y ejercicio de los DESC, dado que no usan criterios de desagregación que se requieren para identificar las prácticas discriminatorias. Tampoco están diseñados para monitorear el proceso del Estado en la observancia en la realidad de los DESC

Adicionalmente, los indicadores de DESC se diferencian de sus similares sociales en el fundamento⁴¹⁶ y en sus áreas de aplicación⁴¹⁷. De un lado, los primeros responden a un contenido normativo de los

⁴¹¹GARCÍA CÍVICO, Jesús, *Indicadores y eficacia de los derechos*, en la *eficacia de los derechos sociales*, Editores BERNUZ BENÉITEZ María Jose y CALVO GARCÍA MANUEL, Ed Triant to Blanch, Valencia, 2014, p. 140

⁴¹²COURTIS CHRISTIAN, *Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos sociales y culturales*, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina, Siglo del hombre editores*, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010, p. 391

⁴¹³FELNER EITAN, *¿Cómo hacer operativo el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos sociales y económicos?*, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina, Siglo del hombre editores*, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010, p. 432.

⁴¹⁴ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura, *Introducción, La medición de derechos en las políticas sociales*, Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 2

⁴¹⁵PEREZ MURCIA, Luis Eduardo, *¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios*, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina, Siglo del hombre editores*, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010, p.472-477

⁴¹⁶HUNT, PAUL, *Informe provisional del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud*, presentado de conformidad con la Resolución 2003/45 del Consejo Económico Social, 10 de octubre de 2003, A/58/427, p. 6

derechos –Nacional e Internacional- y a las obligaciones internacionales de los Estados, de ahí que tengan un cierto carácter de exigibilidad⁴¹⁸. Además, el principio de interdependencia de los derechos implica que la revisión de DESC incluye la garantía de los derechos civiles y políticos, como el debido proceso o la dignidad humana. De otro lado, los segundos tienen el fundamento de observar una meta de un plan de desarrollo, por ejemplo el control al gasto público. Por esa característica, los indicadores sociales no monitorean ciertos temas, por ejemplo los derechos civiles y políticos.

Los modelos de verificación han sido elaborados con base en tratados y documentos de derechos humanos, por lo que, son medidas que se usan para “*evaluar y medir el grado de cumplimiento de aquellas obligaciones definidas por las normas y los estándares que surgen de la interpretación autorizada de esas normas*”⁴¹⁹. De ahí que el indicador parte de las garantías mínimas reconocidas para los DESC en las mencionadas fuentes jurídicas, y pueden ser expresados de manera cuantitativa y cualitativa. Empero, la indivisibilidad de los derechos obliga que el medidor sea integral y no sectorial, de modo que se extiende a otros indicadores, verbigracia económicos, medioambientales e institucionales⁴²⁰.

La doctrina internacional ha construido tres clasificaciones diversas de indicadores según el marco conceptual expuesto, a saber⁴²¹: i) estructura-proceso-resultado; ii) respeto-protección-garantía; y iii) 4 As.

La tipología de estructura-proceso-resultado fue expuesta por parte del Relator Especial para la Salud en el sexenio 2002-2008, Paul Hunt, y se centra en fijar indicadores para evaluar la satisfacción de los derechos. Los indicadores de estructura verifican si existen las condiciones normativas para la materialización de DESC, es decir, la ratificación de instrumentos internacionales, su implementación en el marco jurídico interno y la adopción de planes específicos. Los parámetros de procesos monitorean las acciones concretas del Estado y cómo éstas evolucionan. El indicador de resultado centra su atención en el disfrute y satisfacción del derecho que tienen la población.

El modelo de respeto-protección-garantía adoptado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ordena los indicadores en razón de las obligaciones del Estado, y tiene en cuenta las facetas negativas y positivas de los derechos. El parámetro de respeto mide el grado de responsabilidad de los Estados derivado de la vulneración de DESC. El indicador de protección cuantifica la capacidad que tiene el ente gubernamental para prevenir que los actores privados conculquen los derechos. Y las variables de garantía calculan la proporción de los recursos que aporta el Estado y la adopción de políticas que tienen la finalidad de proteger los derechos humanos.

La clasificación 4 AS se planteó por parte de la Relatora Especial para el derecho a la educación en el período 1998-2004, Katarina Tomasevski, quien incluye los indicadores cuantitativos y cualitativos con la naturaleza de cada derecho y las obligaciones de los Estados. Con fundamento en las dimensiones de

⁴¹⁷CECCHINI, Simone, Indicadores sociales y derechos humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas, en *La medición de derechos en las políticas sociales*. Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura. Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 94.

⁴¹⁸En la observación general No 14, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que era un deber de los Estados adoptar indicadores y líneas de base con el fin de monitorear: i) el cumplimiento de sus obligaciones; y ii) el avance en el respeto, protección y garantía de los DESC.

⁴¹⁹PAUTASSI, Laura, Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura. Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 15

⁴²⁰Op.cit, CECCHINI, Simone, Indicadores sociales y derechos humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas, en *La medición de derechos en las políticas sociales*. Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura, 2010, p 121

⁴²¹Op.cit, PEREZ MURCIA, Luis Eduardo, ¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios, en *materia de derechos económicos sociales y culturales*, 2010, pp 485-490.

contenido, de realización de los derechos y de maximización de otros principios a partir de la vulneración de DESC, se configura un sistema de indicadores que cuantifica la asequibilidad o disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad de los derechos.

De acuerdo con lo esbozado, los hacedores, los decisores y los evaluadores de PP, así como la sociedad civil posee la libertad de acoger cualquiera de las tres tipologías explicadas, sin embargo, deben tener en cuenta que cada una de ellas trae impactos disimiles y constituye un monitoreo diverso.

Los propósitos de los indicadores, identificar las barreras sociales e institucionales para el ejercicio de los derechos, evaluar los esfuerzos de los Estados para superar esos obstáculos y alcanzar el disfrute de esos principios, exigen adoptar criterios conceptuales y técnicos que sean operativos para la medición y logro de los objetivos planteados⁴²². De una lado, la selección y formulación de indicadores requiere de sustento normativo del derecho en una obligación del Estado, y de precisión conceptual de la faceta que se desea salvaguardar o desarrollar. De otro lado, se necesita que la variable de medición evidencie las características técnicas de validez –mida lo que dice medir-, objetividad –arroje el mismo resultado en varias cuantificaciones, sensibilidad a los cambios institucionales o sociales, desagregación –sea clasificable en criterios relevantes como grupos vulnerables o víctimas de discriminación-, parsimonia – número reducido de indicadores y efectivos para representar la realidad-, comparabilidad y no duplicidad de medición del mismo fenómeno.

Tales parámetros se necesitan para sortear los problemas de los indicadores⁴²³, como son la ausencia de datos, la falta de cobertura geográfica y de subgrupo de población, la oportunidad y renovación de la información, la pertinencia de los conceptos y métodos, la transparencia y accesibilidad de datos para la ciudadanía y organizaciones sociales, la proliferación de indicadores y el aislamiento de éstos.

La utilización completa de indicadores requiere de un procedimiento analítico que se compone de los siguientes pasos⁴²⁴: i) la identificación de puntos de referencia –*benchmark*-, que permiten comparar esas variables en diferentes momentos, espacios o modos, por ejemplo el compromiso asumido por el Estado o gobierno con la ratificación de un tratado o manifestación verbal pública, la aplicación de estándares internacionales, la medición de un valor en un indicador para un período de tiempo anterior, el contraste con otro país en similares condiciones al Estado analizado y los datos desagregados; ii) la elaboración y selección de indicadores para cada derecho, pues no sirven unas variables para todos los principios por igual, al poseer atributos y contenidos normativos diversos; y iii) la aplicación de los indicadores para verificar el cumplimiento de la obligación en derechos humanos.

Las ideas descritas también pueden ser utilizadas para monitorear el grado de cumplimiento de las providencias y la reducción de la afectación de DESC por parte de los jueces constitucionales, debido a que esa estimación ocurre en el procesamiento de CE⁴²⁵. Para ilustrar este punto, en materia de desplazamiento forzado, la CCC construyó de manera participativa una batería de indicadores que

⁴²²Opcit, PEREZ MURCIA, Luis Eduardo, ¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios, en materia de derechos económicos sociales y culturales, 2010, pp 491-492

⁴²³Opcit, CECCHINI, Simone, Indicadores sociales y derechos humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas, en la medición de derechos en las políticas sociales, Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura, 2010, p 117

⁴²⁴Autores, como Christian Courtis, Luis E Perez Murcia, Eitan Felner y Simone Cecchini, y organizaciones, como el PNUD y los relatores especiales para la salud y la educación, han formulado diversos procedimientos metodológicos para aplicar los indicadores en DESC. Sin embargo, en este punto, se acoge la propuesta de Courtis, debido a que es extremadamente simple, beneficio que permitiría aplicar cualquier clasificación de indicadores expuesta.

⁴²⁵Op.cit, COURTIS CHRISTIAN, Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos sociales y culturales, 2010, pp. 426-427

permitió medir el avance de la política de atención a los desplazados y de garantía de derechos⁴²⁶. Este trabajo sugiere que esos insumos son herramientas para evaluar la gestión de la administración y para facilitar el acceso a la información necesaria que permita al juez emitir sus remedios estructurales y hacer seguimiento a los mismos. Estas órdenes benefician a los más vulnerables de la sociedad y se derivan de la construcción del indicador.

⁴²⁶UPRUMNY YEPEZ Rodrigo y SÁNCHEZ Nelson Camilo, Juzgar y Medir. El Uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional Colombiana, en en la medición de derechos en las políticas sociales, Comp. Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura. Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010, capítulo VIII.

II. Segunda Parte: ¿Qué está pasando con los jueces?

“Lo fascinante de la Corte Suprema es que combina funciones judiciales ortodoxas con funciones de diseño de políticas públicas, en una articulación compleja (...) Aunque los jueces (...) entran en el campo del diseño de políticas públicas, lo hacen con sus togas puestas y nunca (o, por lo menos, rara vez) se las quitan; están tanto facultados como restringidos por sus atributos cortesés”

Robert MacCloskey 1960⁴²⁷

En la segunda parte de la tesis se intentará retratar el estado del arte de la discusión sobre la revisión judicial de DESC en el marco de CE, control que modifica las PP, al emitir órdenes contraburocráticas. En las últimas décadas, tribunales de diferentes lugares del Sur Global comenzaron a intervenir en la gestión pública para proteger derechos de comunidades marginadas, mediación que se produce de manera autoritaria o dialogada. Ello supuso la proliferación de diversas investigaciones sobre la materia. Muchos de los académicos apoyaron de manera absoluta la labor de los jueces, otros lo hicieron condicionadamente y otros la rechazaron. En ese contexto, surgieron reflexiones en torno a los efectos de las providencias e iniciaron una tarea de análisis frente a su cumplimiento e impacto. En hora buena, hasta hace un lustro, los estudiosos comenzaron a formular investigaciones comparadas que intentan encontrar patrones en el control de constitucionalidad concreto. Así, las decisiones novedosas de las cortes sirvieron de caldo de cultivo para una discusión sobre la legitimidad y validez de la función judicial, la separación de poderes, la competencia de la interpretación de la constitución, el rol del juez en las PP y la necesidad de garantizar los DESC.

La presente investigación sigue ese proceso de producción de conocimiento y pretende esbozar el debate planteado a nivel nacional e internacional en relación con el objeto de investigación. Es más, desea constatar que existe un lacónico diálogo entre el derecho y la ciencia política. Además, busca estudiar casos paradigmáticos de intervención judicial con el fin de hallar prácticas adecuadas para los jueces en el proceso de decisión de los CE.

Ante ese escenario, la segunda parte se dividirá en dos capítulos. En el primero, se abordarán los estudios de diferentes doctrinantes sobre la materia de investigación descrita. En el segundo, se estudiarán los CE extremos que se han presentado en algunos países del Sur Global, como en Argentina –caso Matanza/Riachuelo–, en Colombia –situación carcelaria– y en India –el problema de la alimentación–, de conformidad con las variables de comparación reseñadas en la introducción de este trabajo.

⁴²⁷MACCLOSKEY, Robert G, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1960, p. 20

3. Capítulo 3. De América a Asia, la intervención de los jueces en política pública: ¿éxito o fracaso?

La intervención de los jueces en materia de DESC se ha presentado de diferentes maneras en gran parte del Sur Global. Las críticas que se dirigen contra esa actividad deben tener en cuenta que hay diversas formas de activismo judicial. Tales disparidades son determinantes para legitimar y validar esa función, así como para aumentar la eficacia de las sentencias. La teoría debe adecuarse a los procesos decisorios de los tribunales si desea interpretar de manera adecuada ese fenómeno, por ejemplo las discusiones actuales se concentran más en revisar la capacidad de los jueces para hacer realidad los DESC que en temas relacionados con su exigibilidad.

Esta investigación defiende un tipo de activismo judicial y no toda forma de revisión. Se estima adecuado una intervención dialógica de los tribunales y se descarta la mediación monológica. Lo anterior, por cuanto que la primera forma de decisión tiene la posibilidad de responder las críticas que se ciernen sobre la labor de protección de DESC de las cortes. Muchos académicos soslayan en sus reproches la aclaración referida y censuran las formas de activismo judicial de manera indistinta.

Ante esa falencia, en este capítulo, se referenciarán los estudios sobre la jurisprudencia de DESC que implica intervención judicial en las PP en el contexto de CE. Esa presentación se clasificará en análisis que proponen o critican una revisión judicial monológica o dialógica, división que tiene la finalidad de ordenar el debate. El cuadro que se referencia a continuación explica los criterios de categorización que componen cada forma de control judicial:

Tabla 3. Modelos de activismo y revisión judicial –tipos ideales-

Variable \ Tipo de revisión	Comportamiento	Derechos	Remedios	Seguimiento
Juez monológico	Aislado, autoritario y poco sensible a las visiones sociales e institucionales del derecho.	Fuerte	Fuerte	Débil
Juez dialógico	Conversacional, dialógico y sensible a las visiones sociales e institucionales del derecho.	Fuerte	moderado	fuerte

Fuente: elaboración de Camilo Delgado apartir del marco teorico expuesto en la primera parte.

3.1. Propuestas monológicas

Las propuestas monológicas sugieren que el funcionario judicial toma una decisión encerrado en su despacho, sin tener en cuenta otras posturas. Esa visión lleva a que el juez emita remedios fuertes y se autoatribuya grandes facultades, entre ellas el monopolio interpretativo de la constitución. Al respecto, es relevante la ausencia de análisis del comportamiento judicial antes y después de la sentencia, el cual determina si la decisión se emitió en un diálogo y si se adelantó un seguimiento de esta.

Por ejemplo, algunos estudios describen un estado general de la intervención del juez frente a las PP en toda Latinoamérica⁴²⁸. La referida mediación ha sido una actividad característica de los países emergentes o de medianos ingresos. Ello se explica por la violación de los derechos humanos, así como

⁴²⁸STEIN, Ernesto TOMMASI, Mariano ECHAVARRIA, Koldo LORA, Eduardo y PAIN Mark. *The politics of policies. Economic and Social Progress in latinamerica*. Editorial Inter-american developmen bank; 2006.

de la existencia de recursos limitados de los Estados para conjurar dicho estado de afectación, fenómenos constantes en Latinoamérica. Ante ese panorama, los poderes judiciales pueden asumir diferentes papeles en el proceso de formulación de la política pública, que depende del grado de independencia y activismo que tiene el poder judicial en el sistema político específico. Esa tipología de roles se dividen en⁴²⁹: jugador con derecho a veto, jugador político, árbitro imparcial y representante social. Esta clasificación surge de analizar la influencia judicial en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú, México, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Otros autores, como Ricardo Perlingeiro⁴³⁰, esboza una crítica contra los sistemas de administración de justicia de dieciocho países latinoamericanos, signatarios de la convención americana de derechos humanos⁴³¹. Se cuestiona el excesivo activismo judicial, el carácter litigioso y los numerosos pronunciamientos de las cortes constitucionales, porque perturba la eficacia de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual queda reducida a una actividad ejecutora, cuando las decisiones de esos funcionarios judiciales son contradictorias. El juez administrativo pierde su función judicial, dado que esos países fusionaron elementos de dos sistemas de jurídicos diversos. De un lado, tienen una tradición originaria en el derecho civil de tribunales especializados; de otro lado, introdujeron a sus modelos aspectos típicos de derecho administrativo de los países del common-law, es decir, tribunales generalizados. Esa situación se soluciona con el fortalecimiento de las autoridades públicas en relación con la resolución de conflictos y las funciones puramente ejecutivas, al igual que dotándolas de prerrogativas para actuar con independencia e imparcialidad. En el cumplimiento de sus facultades, la burocracia debe estar orientada por el principio de legalidad, que se entiende como la supremacía de los derechos fundamentales a la luz de la doctrina del control difuso de convencionalidad.

La mayoría de los estudios monológicos de la revisión judicial de PP que satisfacen DESC consideran que esa actividad es legítima y válida, debido a que conceden efectos normativos a los principios constitucionales, es decir, vuelven realidad la constitución⁴³². Esa conclusión se sustenta en que

⁴²⁹Ibidem, 84. **Jugador con derecho a veto:** En este papel, la judicatura veta la legislación o acciones administrativas sobre diversas materias importantes en una determinada sociedad, mediación que parte de sus propias preferencias. Si la judicatura es independiente y realiza el papel de jugador de veto, puede ser más difícil cambiar la política arbitrariamente, por lo que el legislador y el ejecutivo se encuentran obligados a tener en cuenta las decisiones de la judicatura como factor relevante para la elaboración del presupuesto, entre otras cosas. El papel de veto es más extenso y tiene mayor impacto cuando los tribunales tienen la competencia de excluir una norma del ordenamiento con efecto erga omnes. El papel del poder judicial se ha ampliado por la regulación constitucional de muchas áreas. **Jugador político:** se presenta cuando los tribunales estudian leyes o medidas políticas para determinar la intención del legislador o ejecutivo, o dan nuevas interpretaciones a la legislación con base en la hermenéutica del sistema. Los jueces intentan imponer sus propias preferencias de política pública desde los marcos normativos preestablecidos. Los rasgos institucionales que favorecen esta clase de rol incluyen la posibilidad de los tribunales pueden crear reglas en ausencia de ley en un caso concreto, o la opción de las cortes declaren la constitucionalidad de las leyes con efectos generales. **Árbitro imparcial:** Se manifiesta en la idea de que se puede apelar a los tribunales con el fin de que la política pública sea aplicada con eficacia. Los jueces actúan como supervisores externos de los acuerdos emprendidos por otros (incluyendo aquellos codificados en la Constitución) y se convierte en un mediador entre los partidos políticos dentro de una democracia. Este papel está siendo jugado cuando el tribunal controla que el ejecutivo no exceda sus poderes, por ejemplo la extralimitación de sus facultades legislativas, afecta la autonomía del banco central y la omisión en el recaudo de impuestos. **Representante social:** En este rol, el juez toma la defensa de ciertos grupos vulnerables de la población -como los agricultores pobres, desplazados o población carcelaria- con el fin de tutelar sus derechos vulnerados e influir en la formación de las PP. En este papel, los poderes judiciales pueden ayudar a hacer cumplir los mandatos constitucionales, en específico la igualdad - acciones afirmativas-, por lo que el funcionario jurisdiccional puede proporcionar una voz para grupos marginados y ser un canal alternativo para la representación social.

⁴³⁰PERLINGEIRO, RICARDO, Contemporary challenges in latin american administrative justice, Brics Law Journal, Volume III, 2016, Issue 2.

⁴³¹Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Dominicana Republica, Uruguay y Venezuela

⁴³²CANO BLANDON, Luisa Fernanda. *Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena medio Antioqueño*: en Estudios de Derecho. Vol. 67 No. 149. Medellín. Junio, 2010. Pp. 87-114.

identifican a las PP como una herramienta para implementar los DESC⁴³³, y al juez como el funcionario que puede sortear la debilidad institucional que impide que se obtenga esa meta⁴³⁴. A esas razones se agrega la idea de que los tribunales respetan las reglas de corrección del discurso y su competencia, al momento de efectuar esa mediación en una providencia⁴³⁵.

Ahora bien, los estudiosos se han concentrado en analizar casos en países específicos, como en Argentina, Ecuador y Colombia.

En Argentina, se analiza la forma en que la Corte Suprema de Justicia de ese país⁴³⁶ había modificado la política pública de la seguridad social frente a su diseño e implementación, por ejemplo con la indexación de la primera mesada pensional. Esa aseveración ha sido el resultado de una constatación empírica de las decisiones frente a la negativa de la institución previsora de seguridad social de proteger algunas facetas del derecho.

En Ecuador, la relevancia de los derechos del buen vivir⁴³⁷ volcó al Estado sobre la riqueza ciudadana, *“entendida no sólo en cifras sino en conocimientos y convivencia con la comunidad y la naturaleza, riqueza que ha sido denominada como buen vivir o sumak kawsay”*⁴³⁸. La exigibilidad de esos principios se encuentra reconocida en la Constitución de Ecuador así como la posibilidad de cuestionar judicialmente de las PP⁴³⁹. En ese marco, se esboza la siguiente tipología de revisión judicial en relación con los DESC: i) la visión tradicional, que desecha la justiciabilidad de los derechos; ii) la concepción activista, postura que defiende que los jueces pueden someter a control constitucional las PP de los DBV, pues se está aplicando la norma superior ecuatoriana. En este punto, se emiten órdenes concretas de formulación de política específica. Además, reconocen órdenes concretas de reparación; y iii) la postura intermedia, donde la corte constitucional sugiere o exhorta lineamientos de política pública con el fin de remitir la decisión al congreso y al ejecutivo. No obstante, se reconoce la posibilidad de que el poder judicial amplíe, reformule la gestión del Estado y se ordene la indemnización.

En Colombia, las justificaciones de la intervención judicial de las PP se concretan en que el Estado requiere un nuevo modelo de gobernanza para responder a graves crisis sociales, gestión que se identifica con la figura de los Estados de cosas inconstitucionales (ECI)⁴⁴⁰. La legitimidad del tribunal para mediar en las PP se sustenta en: i) la materialización de la constitución y obligaciones

⁴³³Op.cit, ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. *Control Constitucional y políticas públicas. El rol de las y los jueces constitucionales frente a los derechos del Buen Vivir*, 201

⁴³⁴LEVITSKY, Steven MURILLO, María Victoria. *Construyendo instituciones sobre cimientos débiles: Lecciones desde América Latina*: en revista Fortalecimiento institucional. Editorial Comisión de Publicaciones Asociación Civil Politai. Tomado el 06-05-2014 a las 2 am. Disponible en línea [<http://www.politai.pe/PDF/articulo5-1.pdf>]

⁴³⁵MOGOLLÓN ARISTIZÁBAL, Lina María. *La legitimidad de los fallos de tutela del juez constitucional cuando interviene en políticas públicas. Incidencia de la sentencia de tutela T- 085 de 2009 en el tema de la reparación a las personas víctimas del desplazamiento forzado*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Bogotá, Colombia. 2013. Tesis no publicada.

⁴³⁶HERRERO, Álvaro. *La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino*: Revista Política Vol. 49 N° 1 2011. Pp. 71-106.

⁴³⁷Op.cit, ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. *Control Constitucional y políticas públicas. El rol de las y los jueces constitucionales frente a los derechos del Buen Vivir*, 2010. El concepto de los derechos del buen vivir se asimilan en el escenario internacional a los DESC en su mayoría, a excepción de los derechos de familia, los cuales hacen parte de los derechos de libertad, según la Constitución de Ecuador.

⁴³⁸Ibidem, p. 91

⁴³⁹Cabe precisar, que el inciso 2° del artículo 88 de la Carta Política de Ecuador reconoce que la herramienta procesal de protección se puede dirigir con las PP que supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

⁴⁴⁰HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Juez Constitucional: Un Actor De Las Políticas Públicas*: Revista de Economía Institucional 15, 29, 2013., pp. 67-102.; Así mismo, Op.cit, OSUNA, Nestor, Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, en Justicia constitucional y derechos fundamentales No 5.

internacionales; ii) el deber de adoptar y desplegar recursos efectivos para hacer cumplir los derechos; y iii) en que posee la legitimidad de un poder constituido, otorgada por la Constitución.

Ese contexto global de valoración de ECI, se indica que el Tribunal Constitucional ha regulado la política pública económica con base en los principios consagrados en la Carta Política⁴⁴¹. Inclusive, se manifiesta que esa intervención no es arbitraria, puesto que pretende reducir la falla de regulación del mercado que causa el gobierno, al gestionar los ECI. El proceso de gestión del ejecutivo desconoce los costos de transacción de las operaciones, de modo que es ineficiente e injusto en términos económicos. Siendo así, es preferible adoptar el modelo que defiende ese tribunal, toda vez que es consistente, coherente y se basa en la teoría de juegos no-cooperativa. Con esta regulación, se alcanza la eficiencia económica y la justicia social.

También se coloca atención sobre ECI específicos, verbigracia el hacinamiento carcelario, los desplazados y la salud⁴⁴². En el primero, se resalta el activismo judicial de la Corte Constitucional para atender los derechos de los presos y modificar el ciclo de política pública en ese asunto, cambio que se produjo con la Sentencia T-153 de 1998⁴⁴³. En el segundo, se ha mostrado como esa corporación alteró la fase de definición del problema y de diseño de la política pública⁴⁴⁴, por ejemplo incluyó la reparación de las víctimas al desplazamiento forzado, sin necesidad de pasar por el proceso de justicia paz, en la Sentencia T-085 de 2009⁴⁴⁵. Al respecto, se reconoce que la Corte es actor de política pública. En el tercero, se precisa que el juez es un ejecutor subsidiario de la PP de salud⁴⁴⁶, puesto que la

⁴⁴¹GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. *El juez de las políticas públicas Del estado de cosas inconstitucional en la política económica en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2012.

⁴⁴²Vale anotar que existen estudios sobre la intervención de la Corte Constitucional en materia de ordenamiento territorial, empero éste se referencia someramente, debido a que es una revisión contra-legislativa, aspecto que escapa el objeto de investigación. El rol del juez constitucional como actor regulador de las políticas de descentralización en Colombia presenta un diálogo entre juristas, politólogos y administradores, en que el derecho y las políticas públicas tienen ámbitos en común. Dicha posición rechaza el análisis de las acciones de gobierno sin la intervención del derecho, y a su vez la concepción positivista de este último. Por ende concibe al derecho como normas, actores y procesos que constituyen una decisión. Así mismo evidencia como la clásica división de poderes se encuentra en crisis y la relación del derecho y políticas públicas en el Estado contemporáneo. Con base en esa emergencia muestra como el sistema jurídico-constitucional regula las políticas públicas en Colombia, en especial la política territorial. La hipótesis del autor responde a que el juez constitucional es un actor de políticas públicas en Colombia, intervención que tiene sustento en la norma constitucional. Ver Op.cit, SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, 2009.

⁴⁴³FUENTES LÓPEZ, Adriana Patricia. *Corte Constitucional y Políticas Públicas: Un análisis de la sentencia T-153 de 1998 y la declaratoria de Estado de cosas Inconstitucional de las Prisiones Colombianas*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2000. Tesis no publicada.

⁴⁴⁴Op.cit, VALDERRAMA GÓMEZ, Cesar Augusto. *Corte Constitucional Colombiana: un actor relevante en ciclo de Política Pública, El caso de la Política Pública desplazada por la violencia*, 2010.

⁴⁴⁵MOGOLLÓN ARISTIZÁBAL, Lina María. *La legitimidad de los fallos de tutela del juez constitucional cuando interviene en políticas públicas. Incidencia de la sentencia de tutela T- 085 de 2009 en el tema de la reparación a las personas víctimas del desplazamiento forzado*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Bogotá, Colombia. 2013. Tesis no publicada. Se defendió la legitimidad de la Corte Constitucional para intervenir en el ciclo de PP, debido a su rol protector de derechos fundamentales. Este papel activo es legítimo, porque el juez respeta las reglas de corrección del discurso y su competencia. En esa función, el tribunal contribuye a los fines del Estado Social de Derecho y no a la perturbación de la estructura de la división de poderes. Encima, advierte que el proceso de decisión en las PP debe estar precedido de argumentación, enfocado a la persuasión. Las disertaciones surgieron en el marco del análisis de la reparación de las víctimas al desplazamiento forzado de la Sentencia T-085 de 2009 producto de una masacre ocurrida en el corregimiento de Bellavista, municipio Algarrobo en el departamento de Magdalena, providencia que reconoció una indemnización a las víctimas, sin que fuera necesario acudir a la Ley 975 de 2005. Lo anterior, en razón de que no existían recursos eficaces para que los tutelantes de ese entonces obtuvieran la reparación de sus derechos. Otros tribunales del país aplicaron dicha decisión, empero la corte suspendió tales providencias mientras emitía un fallo de unificación.

⁴⁴⁶SANDOVAL CUMBE, Helber Mauricio. *La Intervención del Juez en la Realización de Políticas Públicas: Una interpretación del fenómeno a partir del Derecho a la Salud*: en Revista Jurídica Piélagus. 2010.

administración omitió incluir en la gestión pública un enfoque de derechos humanos⁴⁴⁷. Sobre el particular, se señala que los jueces de instancia de los procesos de tutela, en algunas regiones del país, son reacios a retomar el activismo judicial del tribunal constitucional.

La lectura de los fallos se reduce a revisar la argumentación que sustenta la decisión de las cortes y a referenciar sus órdenes. Sólo algunos académicos estiman relevante resaltar la intervención en CE y los remedios que deben emitirse, empero no analizan la clasificación de las disposiciones de los tribunales o las respuestas efectivas que pueden otorgar, y si hubo diálogo para emitir sentencias o seguimiento alguno a la estás, elementos que cambian la interpretación del comportamiento de los jueces.

A continuación, se reseñaran esquemas de investigaciones que tienen en cuenta varios aspectos de la justicia dialógica.

3.2. Propuestas dialógicas

En los últimos 30 años, la jurisprudencia sobre DESC ha crecido exponencialmente en el derecho comparado⁴⁴⁸. Ese escenario se ha visto favorecido por las reformas constitucionales de los Estados, la expansión de los mecanismos universales y regionales de derechos humanos y la aceptación de la movilización legal de los activistas sociales, que ven en los tribunales espacios complementarios de estrategia de lucha política. Dicha proliferación se ha efectuado de manera diversa en las diferentes judicaturas, empero ha tenido un común denominador que responde a *“la creación de una cultura de justificación en torno a los derechos sociales”*⁴⁴⁹.

A nivel mundial, los tribunales reconocieron la justiciabilidad de los DESC y jugaron un papel importante en esa área. En dicha labor, es innegable la intervención en la gestión pública. Las cortes derrotaron los argumentos de vaguedad y de ambigüedad de los DESC, críticas que se sustentaban en que éstos carecen de facetas exigibles judicialmente. La judicatura se concentró en delimitar el contenido de los DESC con base en los tratados de derechos humanos, las obligaciones internacionales del Estado y los estándares de razonabilidad, carácter adecuado y proporcionalidad⁴⁵⁰. La explosión de jurisprudencia sobre los DESC se demuestra con la reseña de unos breves ejemplos a nivel global.

En África, la Corte Constitucional Sudafricana emitió dos fallos importantes sobre la tierra y el derecho de posesión de las personas pobres, a saber: i) en *Abahlali base Mjondolo*⁴⁵¹, se concluyó que quebrantaba el derecho a la vivienda una ley que obligaba a las autoridades a desalojar a una comunidad; y ii) en *Thubelisha*, se fijó el deber de otorgar alojamiento alternativo a las personas que eran desalojados de los predios⁴⁵². En Botsuana, en *Mosetla e Matsipane v. The Attorney*⁴⁵³, el Tribunal de apelaciones estimó que una comunidad tenía el derecho a cavar un pozo con el propósito de acceder al agua para consumo

⁴⁴⁷O.p.cit, CANO BLANDON, Luisa Fernanda. *Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena medio Antioqueño*: en. Medellín. Junio, 2010., pp. 87-114.

⁴⁴⁸COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos, económicos, sociales y culturales. Serie derechos humanos y Estado de derecho No. , CIJ. Ginebra, 2010

⁴⁴⁹LANGFORD, Malcolm, La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría, en LANGFORD, Malcolm, Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho constitucional comparado, Ed. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 100

⁴⁵⁰O.p.cit COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos, económicos, sociales y culturales. CIJ. Ginebra, 2010, ver capítulo III.

⁴⁵¹Corte Constitucional de Sudáfrica, *Abahlali base Mjondolo vs Premier of KwaZulu Natal Province and Others*, 2010 (2) BCLR 99

⁴⁵²Corte Constitucional Sudafricana, *Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape v. Thubelisha Home san others* 2010 (3) SA 454.

⁴⁵³Tribunal de apelaciones de Botsuana, *Mosetla e Matsipane v. The Attome*, 2011 (MAHLB-000393-09)

humano, porque el recurso se hallaba dentro de su territorio. Además, indicó que negar el derecho constituía una práctica degradante hacia ese colectivo.

En Asia, en India, el Tribunal Superior de Delhi consideró que desconocía el derecho a la vida y a la salud negar la atención médica de maternidad a una mujer que observaba los requisitos para acceder al sistema de salud gratuito público⁴⁵⁴. En Nepal, en *Prakashmani Sharma and Others*⁴⁵⁵, el Tribunal Supremo ordenó al gobierno adoptar medidas necesarias para proteger el derecho a la salud reproductiva de las mujeres de los distritos montañosos, por cuanto estaban padeciendo mayoritariamente de prolapsos de útero.

En América, en el caso Monteserín Marcelino contra el Estado Nacional - Ministerio de Salud⁴⁵⁶, la CSJA advirtió que el Estado Nacional tenía la obligación de atender a los menores discapacitados, cuando las entidades del sistema de salud omitan ese deber. Así, dispuso crear un programa para atender a estas poblaciones. En otra causa, invalidó la regulación administrativa que excluía algunos tratamientos para atender a las personas que padecen de *esclerosis múltiple*⁴⁵⁷. En Colombia, en Sentencia T-057 de 2015, la CCC consideró que las personas tenían el derecho innominado a que fuese intentado *-right to try-* la práctica de los tratamientos experimentales de salud en los pacientes. También, ese Tribunal adelantó una interesante intervención en la Sentencia T-774 de 2015, que se relacionaba con respuesta a las peticiones de reconocimiento pensional en Colpensiones. En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia ha garantizado la atención prioritaria de salud a los niños y adolescentes, y el acceso de tratamientos hospitalarios⁴⁵⁸.

En Europa, el Tribunal Constitucional de Letonia concluyó que los recortes pensionales transgredían el derecho a la seguridad social con independencia de que fueran resultado del plan financiero de rescate otorgado por el Fondo Monetario Internacional⁴⁵⁹. Lo propio hizo la Corte Constitucional de Hungría ante las restricciones fiscales⁴⁶⁰.

En el contexto del creciente activismo judicial en el ámbito de los DESC, las cortes constitucionales o supremas de países como Argentina, Colombia, Costa Rica e India desplegaron mecanismos institucionales de cumplimiento de sus sentencias⁴⁶¹. A su vez, la CCS ha sido criticada por no implementar un mecanismo de monitoreo en el caso Grootboom⁴⁶². Sin embargo, en otros eventos, el

⁴⁵⁴Tribunal Superior de Delhi, *Laxmi Manal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Others* W.P. ©, No. 8853 de 2008

⁴⁵⁵Tribunal Supremo de Nepal, *Prakashmani Sharma and Others GON, Office of Primer Minister and Council of Ministers & Others*, 2008, Writ No. 064 WO-0230

⁴⁵⁶Corte Suprema de Argentina, *Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*; sentencia de amparo individual M. 375. XXXVI. 16 de octubre de 2001

⁴⁵⁷Corte Suprema de Argentina, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud-Estado nacional* sentencia de acción de amparo-medida cautelar, memorando del procurador de 4 de agosto de 2003, decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

⁴⁵⁸Tribunal Superior de Justicia, HC 19913/SP (2004).

⁴⁵⁹Corte Constitucional de Letonia, Caso No 2009-43-01, *On Compliance of First Part of Section 3 of State Pensions and State Allowance Disbursement in 2009-2012*, insofar as it applies to State Old-Age Pension with Article 1, Article 91, Article 105 and Article 109 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia.

⁴⁶⁰Corte Constitucional de Hungría, decisión 43/1995 del 30 de junio de 1995.

⁴⁶¹BOTERO CABRERA, Sandra, *Courts That Matter: Judges, Litigants And The Politics Of Rights Enforcement In Latin America*. A Dissertation Submitted to the Graduate School of the University of Notre Dame in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Julio de 2015, p. 35..

⁴⁶²LIEBENBERG, Sandra, Sudáfrica: El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una constitución transformadora, en LANGFORD, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho constitucional comparado*, Ed. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 175-177

seguimiento se llevó a cabo por las organizaciones civiles demandantes, por ejemplo, en el caso *TAC*⁴⁶³, la organización de la sociedad civil que representaban los derechos de las personas con VIH-SIDA tuvo que ejecutar varias medidas para la observancia del fallo, como enviar cartas, citar a reuniones, interponer una queja ante la Comisión de Derechos Humanos Sudafricana y presentar una queja por desacato.

A partir de ese tipo de jurisprudencia, los académicos idearon estructuras explicativas y analíticas de ese fenómeno. Nótese que esos modelos se diferencian en razón de las providencias que se estudian y del contexto político del país donde se expidieron. Mark Thusnhet señala que en el derecho comparado es un error universalizar una doctrina, puesto que puede viciarse con una abstracción excesiva. *“El derecho constitucional está profundamente arraigado en el contexto institucional, doctrinal, social y de cada cultura, [por eso] probablemente nos equivocaremos si intentamos pensar cualquier doctrina o institución específica, sin valorar su estrecho vínculo con todas las situaciones en las que se hace realidad”*⁴⁶⁴.

Los diferentes esquemas de estudio se justifican por la aproximación o énfasis a algunas disciplinas o de condiciones de los países, por ejemplo herramientas de la ciencia política o la sociología, o el estudio de la revisión judicial en Colombia y Sudáfrica. Sin embargo, se puede evidenciar la siguiente tendencia: se comenzó a reflexionar en torno a la preocupación de los jueces por la materialización de los derechos protegidos en sus sentencias, y en consecuencia por el cumplimiento de éstas. Se trata de que los tribunales defendieran una exigibilidad de DESC, adoptaran una forma de dirigir el proceso, emitieran una clase de remedios y se interesaran por una vigilancia. En ese escenario, los académicos emprendieron la tarea de analizar los impactos de esas providencias, y a evaluar el éxito de éstas para suprimir discriminaciones y exclusiones⁴⁶⁵. Por ello, a continuación se presentarán esquemas que se diferencian en sus variables de valoración, empero mantienen como norte un compromiso con los DESC y el diálogo institucional y social.

Inicialmente, Daniel Brinks y Varun Gauri se concentraron en explicar la manera en que los tribunales participaban en la formulación de PP, al momento de proteger los DESC⁴⁶⁶. Se argumenta que el ciclo de vida de los litigios de política pública se compone de las siguientes etapas, a saber: (a) la colocación de los casos en los tribunales, es decir, la movilización legal; (b) la decisión judicial; (c) la respuesta burocrática, política o privada a las órdenes del tribunal; y en muchas ocasiones, (d) alguna forma de seguimiento a la determinación. Ese proceso conduce a la legalización de la política, fenómeno que se comprende como un espacio de discursos que concluye con la modificación de la gestión pública y el reconocimiento de derechos. El fenómeno de judicialización de las políticas sociales es producto de que las cortes actúan como sistema de alarma o ejecutoras de acuerdos institucionales incumplidos. En el primer rol, los jueces son fuente de información y de atribución de responsabilidades para resolver problemas de inoperancia de las agencias; mientras en el segundo papel, los tribunales ayudan a las instituciones a salir de bloqueos institucionales después de formar alianzas con los sectores sociales.

De similar forma, precisaron que el concepto y la medida del poder judicial es determinante para identificar el tipo de justicia constitucional en un país y evidenciar el contexto institucional que permita

⁴⁶³Ibidem, p. 177

⁴⁶⁴Op.cit, TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Right in Comparative Constitutional Law*, 2007, p. 9

⁴⁶⁵Una revisión inicial del estado del arte puede verse BRINKS, Daniel M., and FORBATH. William Comentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions, *Texas Law Review* Vol 89, pp. 1943-1965.

⁴⁶⁶GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008, p. 4.

que sus decisiones tengan mayor efecto⁴⁶⁷. Esa operación se obtiene con la combinación de dos variables: autonomía y autoridad de la judicatura⁴⁶⁸. Por ejemplo, en México, las reformas legales que otorgaron la independencia a la Corte Suprema de Justicia y el acompañamiento de magistrados progresistas permitió un activismo judicial de protección de derechos y la creación de un espacio de diálogo en el tribunal, que fungió como foro político⁴⁶⁹.

Ese *iter* analítico se articula con una concepción triangular de los derechos sociales, que permite identificar los problemas de insatisfacción de esos principios, la sustancia de la reivindicación, los remedios que puede escoger el juez, así como el impacto de la protección judicial⁴⁷⁰. La estructura de los DESC comprende tres tipos de actores que intervienen en la distribución de bienes y servicios, como son el Estado, los beneficiarios y los proveedores. En el evento en que la corte aplica los derechos modifica uno de los vértices que representan las relaciones y funciones de esos sujetos, al igual que libertades y derechos, por lo que implicará financiamiento si cambia el eje Estado-Beneficiarios, regulación si transforma los extremos Estado-Proveedor o atribución de obligación privada si se modifica el nexo Cliente-Proveedor. Aunado a lo antepuesto, el modo de toma de decisiones responde a una racionalidad comunicativa de carácter investigativa, a la necesidad de exigir argumentación entre las partes y a la creación de un foro de comunicación por medio del empoderamiento de actores⁴⁷¹. La aplicación de ese modelo se ha utilizado en el litigio del derecho a la salud⁴⁷².

Además, Brinks y Gauri denunciaron que la toma de decisiones judiciales es un proceso inherentemente político, como lo ha mostrado la literatura sobre el comportamiento judicial⁴⁷³. Esa calidad es otro ejemplo de la vernacularización o apropiación de los derechos sociales en el ámbito de lo local, por lo que la judicialización de DESC es una materialización de un lenguaje universal transformado en un contexto particular. A partir de una revisión de la jurisprudencia latinoamericana, se indica que existen dos dimensiones de estudio en los casos de respuesta judicial a la violación de DESC⁴⁷⁴. De un lado, la distinción entre el carácter perentorio o deferente de las ordenes de los tribunales en relación con otras ramas del gobierno. Ello se conjuga con la respuesta del poder judicial, que puede ser pragmática o silogística, variables que permiten medir el tipo de intervención y la probabilidad de impacto de la

⁴⁶⁷BRINKS Daniel M y BLASS Abby, Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations Of Constitutional Justice, Forthcoming in International Journal of Constitutional Law, p. 38

⁴⁶⁸Ibidem, p. 8. El cruce de variables puede dar origen a las siguientes judicaturas: i) Un tribunal con limitada autoridad y baja autonomía es una corporación marginada con una husticia constitucional irrelevante para la política; ii) Una Corte con amplia autoridad y baja autonomía es una aliada del régimen, caso donde la justicia constitucional canaliza la política mayoritaria y refuerza las metas del régimen; iii) Una Corporación con limitada autoridad y alta autonomía es una justicia constitucional delgada así como limitada a la protección del mercado y el proceso político; y iv) Un Tribunal con amplia autoridad y alta autonomía es el jugador principal de la política, al punto que las posiciones de la corte permean la política.

⁴⁶⁹CASTILLEJOS ARAGON, Mónica, The Transformation of the Mexican Supreme Court into Arena for Political Constestation, en Kapiszewski Diana, Silverstein Gordon, A. Kagan Robert, Consequential Courts Judicial Roles in Global Perspective Series: Comparative Constitutional Law and Policy, Cambridge University Press, 2013.

⁴⁷⁰Op.cit, BRINKS, Daniel M, sobre los triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA Roberto, Por una justicia dialógica, poder judicial como promotor de la democracia deliberativa, 2014, pp 297-304

⁴⁷¹GAURI, Varun y BRINKS Daniel M, Human Rights as Demands for Communicative Acción”, Journal of Political Philosophy 20 (4): 407-431

⁴⁷²BERGALLO, Paola, Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina Texas Law Review Vol 89, 2014, pp. 1611-1640,

⁴⁷³BRINKS, Daniel M, GAURI, Varun y SHEN Kyle, Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tensión Between the Universal an the Particular, The Annual Review of Law and Social Science is online at lawsocsci.annualreviews.org, 2015, p. 18.9

⁴⁷⁴BRINKS, Daniel M., and FORBATH. William "The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America." In Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap, eds. R. Peerenboom and T. Ginsburg. New York: Cambridge University Press. 2014.

medida⁴⁷⁵. Por ejemplo, la CCC respondió de manera perentoria y pragmática en las Sentencias T-760 de 2008 y T-025 de 2004, casos en que el tribunal asumió un rol central en la construcción del Estado Social de Derecho y produjo una decisión de impacto máximo con menores consecuencias regresivas. De otro lado, la movilización social es importante para la protección de los derechos sociales, pues los tribunales requieren el apoyo de la sociedad para eliminar las desigualdades.

Daniel Brinks y Sandra Botero enfatizan que la posibilidad de que se garanticen los DESC depende del seguimiento de la sentencia, el cual debe presentarse en espacios de colaboración donde participe un grupo de interés público denso en la construcción de soluciones y en el escrutinio de la garantía del derecho respectivo⁴⁷⁶. Los estudiosos encuentran indispensable la existencia de una estructura sostén que permita mantener activo el proceso de supervisión y maximice los efectos de la decisión⁴⁷⁷, tejido que se compone del número de organizaciones activistas, vínculos preexistente entre éstas y la presencia de la financiación⁴⁷⁸. Nótese que el fallo no es la meta de los activistas y movimientos sociales, puesto que se debe incluir el cumplimiento de la decisión en los cálculos de los litigantes que acuden al proceso⁴⁷⁹. Así, los grupos sociales tienen la obligación de anticipar los costos financieros, normativos y políticos de la observancia del fallo y de los desafíos a los que se enfrentará. El cumplimiento trae beneficios económicos (eficiencia en la gestión burocrática o del mercado), políticos (refuerza la identidad de los demandantes) e ideológicos (expansión de conciencia de derechos); a su vez, esa fase implica desafíos económicos (boicoteos de otros sectores sociales), políticos (movilización social post-fallo) e ideológicos (sujeción a los principios del Estado Social de Derecho a los DESC).

Por ende, la intervención de las cortes en DESC puede ser equitativa y tienen la virtud de transformar la relación entre los titulares y obligados del derecho, siempre que se produzca: i) en un contexto específico institucional, político y social; ii) con un enfoque dialógico, perentorio y pragmático; iii) con un seguimiento de la decisión en espacios colaborativos; y iv) la participación activa de grupos densos de interés público antes y después del fallo.

Los profesores Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas consideran que las decisiones de los jueces pueden engendrar cambios sociales y prácticas emancipadoras⁴⁸⁰. Aducen que se puede verificar el impacto de una providencia en la emancipación social con valorar los siguientes parámetros:

⁴⁷⁵BRINKS, Daniel M, GAURI, Varun, *The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights*, Perspective On Politics June 2014, p. 379-382. Esas variables permiten identificar los tipos de intervención y la probabilidad de impacto regresivo de la siguiente manera: i) ordenes perentorias con una forma pragmática de resolución de caso produce un impacto máximo con menor peligro de efectos regresivos; ii) remedios deferentes y determinación pragmática causa un impacto medio alto con un mínimo peligro de efectos regresivos; iii) disposiciones perentorias con una aplicación silogística del derecho trae impacto medio a la providencia con mayor peligro e inequidad; y iv) deferencia en las disposiciones y formas de adjudicación silogística conlleva a que la decisión tenga impacto mínimo y máximo peligro de impacto regresivo. Los autores entienden el efecto regresivo o progresivo del litigio examinando si los pobres definidos en casi todos los casos como los dos quintiles de ingresos inferiores están sobre o subrepresentados entre los beneficiarios de los litigios en relación con su participación en la población.

⁴⁷⁶Op.cit, BOTERO CABRERA, Sandra, *Courts That Matter: Judges, Litigants And The Politics Of Rights Enforcement In Latin America*. A Dissertation Submitted to the Graduate School of the University of Notre Dame in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Julio de 2015, p. 42-43 y 120

⁴⁷⁷EPP, Charles R. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Chicago University Press [ed. cast.: *La revolución de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013]

⁴⁷⁸Op.cit, BOTERO CABRERA, Sandra, *Courts That Matter: Judges, Litigants And The Politics Of Rights Enforcement In Latin America*. A Dissertation Submitted to the Graduate School of the University of Notre Dame in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Julio de 2015, p. 37

⁴⁷⁹BRINKS Daniel M, *Solving the Problem of (Non)Compliance in Social and Economic Rights Litigation*, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.

⁴⁸⁰UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA VILLEGAS Mauricio. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia". En Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.). *Emancipación Social y Violencia en Colombia*. : Editorial

- i) la decisión judicial: es un estándar que estudia el modelo de activismo judicial en la práctica de las cortes y puede ser de tres tipos, por ejemplo el reconocimiento de valores y principios a un grupo, acción que despierta la reacción de las fuerzas políticas (ideológico); la expedición de las medidas para proteger los derechos de un colectivo, sin que exista discusión sobre el principio pero sí en relación con las ordenes (Remedial); o la combinación de los anteriores. Esa clasificación se vincula a la tipología de derechos y remedios judiciales. Con el activismo ideológico, muchos jueces pueden crear un derecho (progresivo), o preservar una garantía existente en el ordenamiento jurídico (preservador). Con los remedios, los jueces pueden emitir órdenes de hacer (remedios positivos), o de prohibición (negativos);
- ii) el contexto social: revisa los costos políticos de la intervención, la incidencia social de ésta y el consenso del beneficio que trajo la providencia;
- iii) los actores sociales: hace referencia a los receptores de la decisión, los cuales pueden ser los actores dispersos que se unen únicamente para lograr un interés individual. A su vez, se hallan los actores fuertemente cohesionados atados por vínculos comunitarios en la consecución del interés general y los actores ligados a un movimiento social por la confluencia de intereses políticos compartidos;
- iv) la incidencia de la decisión en la estrategia contrahegemonica del movimiento: este estándar puede ser constitutivo o coyuntural. En el primero, la providencia se convierte en el elemento cohesionador y constructor del colectivo; mientras en el segunda, la determinación es la respuesta a un momento de crisis, por lo que no se concibe como un aspecto esencial de la lucha política; y
- v) el entorno político: incluye una dimensión internacional y la globalización, espacios que permiten evidenciar un fenómeno progresista a nivel mundial.

Con base en esas variables, se concluye que las decisiones judiciales progresistas que tienen una mayor efectividad para lograr prácticas emancipadoras que alcancen un cambio social y logren una resistencia a las lógicas hegemónicas obedecen a varios factores sociales, institucionales y políticos. La decisión judicial debe preferir los remedios positivos, ordenes emitidas en contextos consensuales y apropiados por parte de movimientos dispersos o comunitarios, quienes adoptan la estrategia jurídica como parte constitutiva de la lucha política y cohesionadora de su identidad. Tales actores sociales poseen vínculos con grupos internacionales de apoyo. Esos factores son las combinaciones ideales o tendencias, por lo que no se requieren que estén todos para que existan cambios sociales.

Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia sobre la pobreza y la discriminación ha profundizado en herramientas de la sociología jurídica para valorar ese comportamiento de los tribunales y sus efectos. A la pregunta ¿Cómo se debería medir las repercusiones que tienen las demandas sociales sobre derechos sociales?, Malcolm Langford responde con el examen de los beneficios directos e indirectos⁴⁸¹. Los primeros son la repercusión sobre la protección del derecho y las implicaciones en las PP, verbigracia el

Norma, Bogotá, 2004. De acuerdo con los autores, en Colombia, la movilización legal de colectivos ha producido una alianza entre la CCC y los sectores excluidos de la sociedad. El carácter progresista de la CCC surge de diseños institucionales de la justicia constitucional y de la cultura política del país, por ejemplo en Colombia, existe una tradición de control abstracto de constitucionalidad de más de 100 años, el acceso a la administración de justicia es poco costoso y una cultura de reconocimiento de derechos. Ello se articula con la crisis de representatividad en el sistema político, así como represión y debilidad de los movimientos sociales, escenario que favorece el recurso de mecanismos de jurídicos por los actores.

⁴⁸¹Op.cit. , LANGFORD, Malcolm, La exigibilidad judicial de los derechos sociales: De la práctica a la teoría, en, LANGFORD, Malcolm, Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho constitucional comparado, Bogotá, 2013, p. 95-98

reconocimiento legal de un derecho o el suministro de un medicamento en salud. Los segundos son la conciencia de la existencia del derecho en la sociedad o las representaciones sociales, ya sean morales o políticas⁴⁸², por ejemplo el surgimiento de movimientos sociales después del fallo. Además, se construyeron marcos de análisis para replicar las críticas formuladas contra el insuficiente poder de las cortes para lograr la igualdad⁴⁸³. La idea es configurar un modelo de respuesta que tenga en cuenta la posible renuncia al compromiso judicial de los DESC y a la inequidad distributiva de sus decisiones. Los dos elementos son parámetros normativos para medir los impactos de las sentencias.

La abdicación de la judicatura hace referencia a la aplicación de doctrinas de adjudicación y comportamiento judicial. En esta dimensión, se hallan dos ejes que muestran la clase de postura del tribunal, a saber: i) horizontal: se relaciona con la sensibilidad del juez a su contexto social, político y moral (reflexiva), o con su aislamiento para decidir un caso y su restricción a atender sólo el derecho como justificación de la decisión (legalista); y ii) vertical: se refiere al compromiso del juez con la misión de proteger los derechos humanos (Justicia Sustantiva), o la autonomía de éste frente a ese tipo de principios (justicia autónoma). El cruce de esas variables de adjudicación judicial produce las posturas clásicas, impositivas, deferentes y receptivas. El juez receptivo es el modelo que representa la mejor respuesta a las críticas, dado que se encuentra sustantivamente en sintonía con su misión social y reflexivamente consciente de su contexto y vínculo con otros actores sociales e institucionales. En esta postura, los tribunales son sensibles a otras doctrinas jurídicas, a los remedios abiertos y a la innovación en las repuestas. Una muestra de ello son las audiencias públicas, las presentaciones de *amicus curiae*, la recolección de pruebas y seguimiento de sus decisiones, ello sin perder el compromiso con los DESC.

La disparidad de distribución plantea la competencia entre teorías de igualdad. Se trata de formular algunos criterios de medición de ese principio y valor, categorías que son aplicadas con etiquetas de favorecidos y desfavorecidos. Éstas son: i) fuerte: se compone de igualdad radical (todos los beneficios para los desvalidos) e igualdad ponderada (los grupos desfavorecidos reciben las mayores prestaciones); ii) moderado: se conforma con la igualdad proporcional (todos los grupos reciben beneficios iguales o proporcionados), igualdad diacrónica (Los grupos más favorecidos se benefician inicialmente, empero este estado es la base para las demandas de los grupos desfavorecidos), la igualdad Rawlsiana (Tolerancia de las desigualdades iniciales, siempre que se beneficie a los más desfavorecidos en la actualidad) e igualdad por capacidades (aumento de capacidades que maximizan el bienestar y las libertades individuales); y iii) débiles: se halla la absoluta pobreza (reducción de la pobreza absoluta) y el impacto legal neutral (no hay redistribución ni beneficios a los desfavorecidos). La combinación de esas dos variables da origen a arquetipos conservadores, como sucede con las cortes de Irlanda, países bajos, Dinamarca, Uganda o Francia; o a arquetipos progresistas en los Tribunales de Colombia, Nepal o Portugal.

En ese mismo sentido epistemológico, Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco proponen una dogmática más desarrollada para evaluar los efectos de las sentencias que protegen los DESC. La metodología incluye el análisis de los efectos directos e indirectos, así como simbólicos y materiales de los fallos, escenario que implica la aplicación de métodos cuantitativos y cualitativos. Esas variables conducen a la siguiente matriz de consecuencias⁴⁸⁴: i) directas: comprende las acciones ordenadas por

⁴⁸²PUGA Mariela, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2012, p. 56. Este impacto simbólico tienen efectos: i) debate público: esfera y agenda pública; ii) en el campo jurídico: leyes regulaciones-jurisprudencia-legitimidad del PJ; iii) en el campo político estatal: legitimidad del gobierno agenda público y experimentalismo estatal; iv) en el campo político: negociación No-estatal.

⁴⁸³LANGFORD, Malcolm, *Judicial Politics and Social Rights*

⁴⁸⁴RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar *La judicialización de los derechos: el caso de la salud y Los efectos de los fallos estructurales sobre derechos sociales: la sentencia T-025 de 2004 en GARCÍA VILLEGAS Mauricio y CEBALLOS BEDOYA María Adelaida, Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia Centro de Estudios de*

parte de los jueces que afectan a los sujetos procesales de la causa; ii) indirectas: impactos de las sentencias que no se encuentran fijadas de manera expresa en la decisión, que padecen las partes y otros sujetos sociales; iii) materiales: efectos verificables en la conducta de grupos e individuos que trae el fallo; y iv) simbólicas: “*los cambios en las ideas, las percepciones y las concepciones sociales colectivas relativas a la materia objeto de litigio*”⁴⁸⁵. Los parámetros referidos pueden confluír en un análisis, verbigracia el diseño o modificación de las políticas públicas derivada del fallo puede clasificarse como un efecto material – directo

La doctrina ha manifestado que la intervención dialógica (derechos fuertes-remedios moderados-seguimiento fuerte) maximiza y profundiza los efectos de las providencias, por lo que tienen mayor probabilidad de materializar los DESC. Esa conclusión se ha sustentado en el estudio de casos en Colombia –Sentencias T-153 de 1998, T-025 de 2004 y T-760 de 2008-⁴⁸⁶ y en el derecho comparado – Sudáfrica case Grootboom, India UPLC y Colombia T-025 de 2004⁴⁸⁷-. En este enfoque se señala que el análisis sobre efecto de las sentencias debe centrarse en las víctimas, obligación que se traslada al juez en la implementación⁴⁸⁸. Además, advierte que los tribunales, las instituciones de derechos humanos y los defensores derechos humanos deben tener en cuenta que las estrategias de implementación son afectadas por los factores que inciden en la garantía de derecho y cumplimiento de un fallo, como son⁴⁸⁹: i) la legitimidad y fortaleza de los jueces; ii) la capacidad institucional del tribunal que dicta la decisión para monitorear sus órdenes y de las entidades estatales responsables de su observancia; iii) los costos de la implementación, ya sea político o financiero; iv) el tamaño del grupo demandante; y vi) los movimientos sociales en entorno a los procesos judiciales.

Con fundamento en ese mismo lenguaje, Rosalind Dixon propuso que la mejor forma de intervención judicial dialógica para los DESC corresponde con la protección de derechos débiles, remedios fuertes y seguimiento débil⁴⁹⁰. Esa postura se fundamenta en las disertaciones que el profesor Mark Thusnet esgrimió en su famoso libro *Weak Courts Strong Rights*. Sin embargo, se aclara que ese modelo se

Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2016; RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, Texas Law Review Vol 89, 2014, pp. 16669-1698, RODRIGUEZ GARATIVO CESAR, *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 Diciembre de 2013. En el mismo sentido ver Op. cit RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colecciones de DeJusticia. Bogotá D.C., 2010, Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcom LANGFORD (ed.) *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales*, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, 2013; Op.cit; RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, capítulo I.

⁴⁸⁵Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcom LANGFORD (ed.) *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales*, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, 2013, p. 904.

⁴⁸⁶Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, Texas Law Review Vol 89, 2014, pp. 16669-1698; Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcom LANGFORD (ed.) *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales*, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, 2013, p. 913, Op.cit, RODRIGUEZ GARATIVO CESAR, *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 Diciembre de 2013.

⁴⁸⁷Op.cit, RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ Franco, Diana, juicio a la exclusión, 2015, parte III capítulo 8

⁴⁸⁸GUTIÉRREZ, BELTRÁN, Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Tesis doctoral en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento en Derecho Público y Filosofía Jurídica Área de Derecho Constitucional, junio 2016.

⁴⁸⁹RODÍGUEZ GARAVITO, Cesar y KAUFFMAN, Celeste. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales, Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*. Dejusticia. Bogotá, 2014, pp. 13-14

⁴⁹⁰Op.cit, DIXON, Rosalind “*Creating Dialogue about Socioeconomic Rights, Strong from Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*”, International Journal of Constitutional Law. Se resalta que la doctrina reconoce y promueve el diálogo con los demás poderes públicos Ver. PILLAY Anashri, *Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement*, J•CON (2012), Vol. 10 No. 3, 732–755, pp. 749-753

defiende para Sudáfrica, país donde la CCS tiene un gran papel como mediadora del intercambio de seguros-garantías constitucionales fijados en la Constitución de 1996⁴⁹¹.

Por su parte, David Landau cuestiona esa forma débil de revisión judicial, toda vez que tiende a favorecer los grupos de mayores ingresos de la sociedad o a la clase media, al punto que no está dirigida a los pobres⁴⁹². Estas se presentan en los modelos de adjudicación de DESC tradicionales, a saber; i) individual, en el cual las cortes emiten una respuesta sencilla a un sujeto o individuo, y niegan las soluciones sistémicas que pueda beneficiar a más personas diferentes de las partes procesales, como la protección del derecho a la salud en Brasil; y ii) negativo de tutela, situaciones en que los tribunales invalidan normas que restringen los beneficios de una población, para ilustrar, la Corte Constitucional de Hungría suprimió del ordenamiento jurídico la reducción de prestaciones a los pensionados. La aplicación de los DESC debe preferir los tipos más fuertes de control judicial, alternativas innovadoras y no convencionales. Se trata de una revisión de DESC estructural que pretende salvaguardar las necesidades básicas de una comunidad marginada, que incluye el monitoreo de las providencias de la judicatura. Un ejemplo de éstas corresponde con la intervención de la CCC en el caso de desplazados o de la CSI en la salvaguarda del derecho a la alimentación.

Las formas débiles de control a los DESC generan pocos costos de legitimidad y de competencia de los tribunales para tomar decisiones políticas, que deben sustentarse democráticamente. A su vez, reducen la fuerza de la crítica de ausencia de capacidad de los jueces para proferir determinaciones que implican destinación de recursos económicos. El impacto de estos modelos en el cambio social es mínimo. La aplicación individualizada no transforma la práctica burocrática y la expedición de órdenes negativas mantiene el *estatus quo*, por lo que las dos herramientas favorecerán a los sectores de la sociedad con ingresos medios y altos. La aplicación estructural de DESC pretende reformar la práctica institucional por un prolongado periodo, de modo que sus costos y críticas son altos, empero su efectividad en la administración es elevada. Los beneficiarios de esa intervención serán las poblaciones más vulnerables, presupuesto que hace más deseable dicha revisión judicial. El éxito de ese control fuerte de DESC depende del contexto político de la causa, por ejemplo la presencia de grupos sociales cohesionados, y la configuración de espacios de diálogo entre éstos y los funcionarios públicos.

En los estudios de impactos de las decisiones, Alicia Yamin y Siri Gloppen llamaron la atención sobre los efectos del litigio de salud en la sociedad⁴⁹³. Se preguntaron por el modo en que la lucha por ese principio perturbaba a las personas. La reflexión se restringió a las siguientes facetas de la salud que se vinculaban al sistema y a las PP en la materia, esto es: i) demandas basadas en un derecho constitucional o internacional de ese derecho; ii) el acceso a instalaciones bienes o servicios sanitarios, o al suministro de medicamentos; y iii) aspectos vinculados a las precondiciones de salud, como la salubridad y la necesidad de un ambiente sano.

Se plantea un proceso de litigación en el caso específico del derecho a la salud con el fin de mostrar su dinámica y efectos sobre la elaboración de la gestión pública y distribución de los servicios de esa área. El marco analítico está compuesto por diversos factores que pueden influir en los modos de litigación y

⁴⁹¹GINSBURG, Tom & DIXON Rosalind, "The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'" (CoaseSandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 650, 2013)

⁴⁹²Op.cit, LANDAU, David, La realidad de la aplicación de los derechos sociales, en Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en 2015, el derecho comparado, 72, Bogotá 2015, pp. 299-492

⁴⁹³YAMIN Alicia y GLOPPEN Siri (eds.), Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: "Evolución del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud", en Alicia Yamin y Siri Gloppen (eds.), La lucha por los derechos de la salud, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013]

tiene diferentes fases⁴⁹⁴: i) la generación del reclamo; ii) la decisión judicial; iii) la implementación; y v) los resultados en la sociedad, ámbito en que tiene especial relevancia las dinámicas políticas y sociales⁴⁹⁵. En ese trasiego, los tribunales deben abrir espacios de diálogo con el fin de promover un debate abierto para arribar a las mejores decisiones posibles, alternativas que tengan en cuenta los derechos. En el marco de este análisis, se presentaron estudios de litigación de países en concretos con el objeto de entender los factores que impulsan la movilización social, al presentar estudios sobre Costa Rica, Brasil, India, Sudáfrica y Colombia⁴⁹⁶. A su vez, se reflexiona sobre esa protección del derecho a la salud en los tribunales internacionales o regionales de protección de derechos humanos⁴⁹⁷.

Finalmente, los estudiosos proponen modelos analíticos que buscan incluir las dimensiones jurídicas, institucionales y de PP para que los jueces garanticen los DESC, sin perturbar la dinámica política. Es así como Víctor Abramovich asevera que la intervención del poder judicial en la gestión pública reconoce la capacidad de los actores para lograr la efectividad de los principios superiores, por lo que esa labor no debilita el sistema político⁴⁹⁸. La complementariedad entre el activismo judicial y político es un hecho que las organizaciones sociales reconocen y que toman como insumo para planear sus estrategias de litigación⁴⁹⁹. Existen diversos factores que influyen en una revisión exitosa, por ejemplo la maduración de los movimientos sociales y la introducción de mecanismos de acceso a la administración de justicia y de participación de la sociedad en el proceso. La crítica o defensa de la revisión judicial debe desechar un enfoque normativo abstracto, por cuanto la modalidad de mediación depende de contexto social y político, al punto que tiene diversos matices por las múltiples variables utilizadas. El activismo judicial cambia en las materias en que interviene, en las órdenes que se emiten y en cómo se decide, aspectos que implica analizar el tipo de asuntos afectados, los remedios y los procesos donde ocurre⁵⁰⁰.

Los tipos de materias o asuntos en que se prevé la posibilidad de que los tribunales deban intervenir son los siguientes cinco supuestos: i) decisiones judiciales que invalidan las PP, debido a que quebrantan normas jurídicas; ii) providencias que disponen la implementación de programas sociales que diseñaron el legislador y el ejecutivo, empero no ha sido ejecutado por la administración local o los funcionarios inferiores; iii) las determinaciones de los jueces ordenan definir las PP o a reestructurar los sistemas de protección social, medida que se justifica en la aplicación directa de la constitución; iv) las sentencias y autos que reconfiguran la gestión pública o los modelos de protección social con el fin de que se incluya o extienda una nueva prestación o a un grupo de beneficiarios; y v) las medidas judiciales que

⁴⁹⁴Ibidem, p. 44.

⁴⁹⁵GLOPPEN Siri, Legal Enforcement Of Social Rights: Enabling Conditions And Impact Assessment, Erasmus L. Rev. 465 2009

⁴⁹⁶El estudio se actualizó con los siguientes textos: PARRA VERA Oscar y YAMIN Alicia, la Sentencia T 760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la Justicia Dialógica, en línea [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>] tomado el 06-05-2017 a las 3:22 a.m.; PARRA VERA Oscar, YAMIN Alicia; GIANELLA MALCA, Camila y TORRES-TOVAR, Mauricio ¿deliberación democrática o mercadeo social? los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. Revista Health and Human Right Volume 11, No 1.

⁴⁹⁷YAMIN, Alicia Ely y DUGER, Angela, Adjudicating Health-Related Rights: Proposed Considerations for the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and Other SupraNational Tribunals, Chicago Journal of International Law, 17 Chi. J. Int'l L. 80 2016. No se puede dejar pasar por alto que ese documento estudia las diversas elecciones que podría tomar un tribunal internacional por el caso de Camila Abuabara, fallecida el 24 de febrero de 2015. Pone de presente los límites del derecho a la salud, la distribución de los recursos y el financiamiento del sistema de salud.

⁴⁹⁸Op.cit., ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI Laura, La revisión judicial de las políticas sociales, 2009, p 49.

⁴⁹⁹GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro, Activismo judicial y emancipación social: notas a partir de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia y Argentina, Programa Regional de Becas CLACSO – ASDI, 2009, p. 26

⁵⁰⁰Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI Laura, La revisión judicial de las políticas sociales, 2009, pp. 50-81

reformulan los procedimientos de diseño y ejecución de PP, los espacios de participación o el acceso a la información sobre éstas.

Los tribunales tienen a su disposición una amplia variedad de remedios judiciales, que se restringen por la cultura jurídica del país del juez o por el procedimiento en que se debe decidir. Una corte puede decretar las medidas que se enuncian a continuación: i) los remedios declarativos, los cuales efectúan un juicio de conformidad jurídica de una norma que hace parte de una política social en relación con el ordenamiento jurídico superior a ésta, sin emitir medidas concretas a adoptar; ii) las ordenes detalladas, concretas y precisas para la burocracia del Estado; iii) las medidas generales que se dirigen al congreso y/o al gobierno con un mecanismo de control o monitoreo; y iv) los remedios abiertos, que disponen acciones positivas a la administración y el diseño de espacios de participación donde se formulan y seleccionan la opción que restituirá el derecho.

La variedad de procesos judiciales en que los jueces pueden decidir muestra el marco institucional y los trámites en que éstos emiten una determinación, variable que amplifica o minimiza los efectos de sus providencias, al igual que establece el tipo de pruebas, de decisiones y de remedios. Los tribunales resuelven un caso en el marco de procesos de amparo individual o colectivo. En la primera hipótesis, los jueces reducen el perfil público de la decisión con una orden particular que dispone una acción y que no produce tensión política, verbigracia la entrega de un medicamento. Dicha forma de intervención no responde el problema sistémico de la vulneración de DESC y provoca distorsiones en el sistema de seguridad social. En la segunda situación, la autoridad judicial resuelve un problema sistémico, al ampliar el alcance de sus órdenes o protección. Así, se profieren remedios abiertos de carácter regulativo.

Los elementos relevantes para mejorar la cadena de transmisión entre las decisiones judiciales y el sistema político se encuentra en la participación de organizaciones sociales que coordinen el litigio con su estrategia, la visibilidad del problema en los medios de comunicación y la interlocución con el gobierno. Ello se complementa con la creación de espacios de diálogo y de deliberación, así como la incorporación de redes de vigilancia, como el ministerio público. Estas características deben articular ese tejido social en un litigio colectivo para otorgar mayor coherencia a la intervención, lo cual significa la emisión de remedios abiertos. A su vez, deben pensarse modelos institucionales de respuesta a las demandas sociales sin que afecte la acción política. Para ilustrar este aspecto, son fundamentales las reglas procedimentales que articulan o regulan la acción judicial colectiva, la legitimidad de los grupos de interés, la intervención de terceros, la realización o publicidad de las audiencias, la definición de remedios judiciales, la construcción de mecanismos de seguimiento de las sentencias, la facilidad de acceso a los tribunales y la asistencia jurídica a las comunidades vulnerables. Ese esquema se aplica a litigios de salud o de vivienda entre otros derechos⁵⁰¹.

En ese contexto institucional, Blanca Raquel Cadenas esboza que se requiere un procedimiento dialógico que permita la intervención judicial en el marco de los CE, o como se conoce en Colombia ECI⁵⁰². El legislador debe colmar esa laguna con una regulación que establezca un trámite autónomo, independiente y de naturaleza transubjetiva, *“es decir, situada entre las acciones subjetivas y objetivas”*⁵⁰³. El

⁵⁰¹ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina, Revista salud colectiva Septiembre-Diciembre 2009, Buenos Aires; y ABRAMOVICH, Víctor, Soledad, CRAVINO María Cristina, FAVA Ricardo, La protección judicial de los derechos sociales en la Provincia de Buenos Aires, Colección Cuadernos de Trabajo Serie Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2014;

⁵⁰²CARDENAS Blanca Raquel, Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía intersubjetiva, Tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

⁵⁰³Ibidem, p. 459

principio de participación rige ese proceso, el cual cuenta con los elementos mínimos para garantizar una deliberación.

Las fases de ese *iter* legal son: i) la admisibilidad del caso y la declaratoria provisoria de ECI, decisión que se adoptará por auto; ii) la integración consorcial, estadio donde se llamarán al proceso a los grupos afectados, las autoridades involucradas, los colectivos de interés y cualquiera que desee convocar la corte; iii) primera audiencia de discusión, espacio en que se precisarán los hechos que involucran la situación problemática y las reglas de intervención; iv) segunda audiencia de discusión, diligencia donde se escucharán a los intervinientes y se designará el ponente para que unifique todas las posiciones en un documento; v) tercera audiencia de discusión, la cual escuchará la propuesta de fijación de ruta del magistrado ponente, los intervinientes presentarán las solicitudes de corrección y se determinará el camino a seguir por medio de auto de sala; vi) declarativa del ECI y expedición del fallo con órdenes y medidas de monitoreo concreto y específico; y vii) seguimiento y control, etapa que identificará la comisión de seguimiento e intervención, además celebrará las audiencias de vigilancia y la sesión de levantamiento del ECI. Los indicadores de satisfacción de derechos son las herramientas para verificar la protección efectiva de esos principios y la superación del ECI⁵⁰⁴.

No deja de ser desalentador que esta propuesta omitiera la importancia de los movimientos sociales en dicho trámite, los principios y presupuestos sustantivos que se requieren para exista un diálogo verdadero, la posibilidad de dictar medidas provisionales de intervención antes de la sentencia, el tipo de remedios judiciales que se debe dictar, los costos e impactos de implementación de la decisión y la construcción de una dogmática que hablará de cómo se toma la determinación.

La literatura defiende la premisa de que el control judicial a las PP se justifica en que introduce los derechos humanos en las decisiones de la administración, las cuales casi nunca incluyen a los primeros⁵⁰⁵. Esta actividad se presenta por medio de sentencias estructurales, que se expiden en el marco de un diálogo. La intervención de la judicatura en la gestión pública favorece la participación ciudadana y el acceso a la justicia, permite la revisión permanente de las PP y contribuye al mantenimiento de los principios básicos del Estado Social de Derecho⁵⁰⁶. En ese contexto, los tribunales inciden en las PP de la siguiente forma⁵⁰⁷: i) en los procesos de formulación de las PP, al abrir espacios de participación y permitiendo el acceso a información; ii) en la supervisión de la implementación de PP elaboradas por los otros poderes del Estado dentro de sus competencias. El poder judicial actúa haciendo efectivas las decisiones asumidas en el marco de reclamos, negociaciones o acuerdos previos entre autoridades públicas y distintos actores sociales; y iii) en la valoración de la política en relación con los estándares jurídicos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales.

En este enfoque de intervención judicial de institucionalización y de PP, la doctrina precisa que los ECI o CE son un marco referencial de política pública, en la medida en que configura un conjunto de

⁵⁰⁴RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? En MÁS ALLÁ DEL DESPLAZAMIENTO COLECCIÓN ESTUDIOS CIJUS, Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, César RODRÍGUEZ GARAVITO (Coord.), Ed. Universidad de los Andes y Alto Comisionado de las Unidas para los Refugiados, 2010, capítulo 8º

⁵⁰⁵QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando y RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2010.

⁵⁰⁶Op.cit, GUZMAN RINCÓN, Andrés Mauricio, Políticas públicas y derechos humanos: puntos de convergencia en contextos democráticos, 2013, pp. 131-134

⁵⁰⁷Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, La Lucha por el derecho, litigio estratégico y derechos humanos, CELS – Siglo Veintiuno editores, 2008, p. 50

representaciones o símbolos sobre la realidad en la que pretende transformar⁵⁰⁸. Por medio de la institucionalización de los ECI, la CCC construye un conjunto de imágenes e ideas que deben ser garantizados, como es el goce y el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Las autoridades deben perseguir la consecución de dicho símbolo. Al respecto, los tribunales se sitúan como el principal mediador en la construcción del referencial del ECI, al dotar de eficacia simbólica las PP y tornarlas obligatorias. Además, reconoce que el juez participa en el proceso de política pública, empero él no puede realizar y desarrollar todo el marco secuencial, puesto que el gobierno es el único que tiene la capacidad técnica y los recursos económicos para recorrer el ciclo. Inclusive, ningún juez podría ejecutar, movilizar y ordenar gastos que implica una PP.

Por consiguiente, los estudios dialógicos sobre la jurisprudencia de intervención de las PP para garantizar DESC parten de algunos presupuestos teóricos diversos o enfatizan en diversas disciplinas. Sin embargo, existen aspectos que evidencian una tendencia en los pronunciamientos judiciales y en los análisis académicos.

Desde el punto de vista metodológico, todos plantean una construcción dogmática que revise la realidad y construya una doctrina, por lo que desechan las propuestas normativas abstractas. Además, convergen en la necesidad de dar una mirada multidisciplinar al fenómeno del activismo judicial y de la medición de sus impactos, ya sea acudiendo a la sociología, a la economía o a la ciencia política.

En una óptica sustantiva, los estudiosos resaltaron que las decisiones que responden a las críticas del activismo judicial y ofrecen mayores efectos promueven la participación de la comunidad en el marco de un diálogo entre los actores sociales e institucionales, escenario que permite una clara deliberación. Los remedios deben ser flexibles para facilitar la materialización de DESC, al igual que la concepción de derechos debe ser fuerte. Para los académicos es sumamente importante el contexto político, social y cultural donde se encuentra el juez. Inclusive, la participación en el proceso y en el monitoreo de las sentencias de grupos de interés legal denso que apoyen la rendición de cuentas de las autoridades para garantizar los derechos.

⁵⁰⁸MENDOZA PULIDO, Fabián, *La incidencia del Estado de Cosas Inconstitucional en las políticas públicas: crisis de la separación de poderes o eficacia del discurso del Estado Social de Derecho*, Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho, Profundización en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Colombia 2015

4. Capítulo 4. La justicia dialógica y su impacto en las políticas públicas en perspectiva comparada

En este acápite, la presente disertación se concentrará en mostrar la intervención judicial en las PP de garantías de DESC en Argentina, Colombia e India. Como se explicó en la introducción, la selección de los casos estuvo guiada por criterio de causa extremas, que evidencian innovaciones de los jueces en el cambio social y un monitoreo constante de la administración para resolver una marginación de una comunidad, como sucedió en el litigio de Mendoza-Riachuelo, la población carcelaria y la lucha contra el hambre. Se recuerda que los criterios de comparación son: i) la conversación que tuvo el tribunal con el pueblo y otros poderes públicos; ii) la concepción sustantiva de los derechos que esbozaron las corporaciones; iii) los remedios proferidos en autos u órdenes provisionales, además de sentencias; y iv) el monitoreo de sus decisiones. Los parámetros reseñados se enfocarán en revisar las etapas del ciclo de política pública en las que interfirieron los jueces durante la revisión.

4.1. Argentina: Revisión judicial en la recuperación de la salud y el ambiente del Río Matanza-Riachuelo

Cuando la señora Beatriz Mendoza y otros vecinos de la Villa Inflamable de la provincia de Buenos Aires demandaron a la administración federal y local de la República de la Argentina jamás imaginaron que sus denuncias iban a tener eco en la CSJA y que ésta iba ser sensible a sus derechos⁵⁰⁹. Los actores sabían que no eran los primeros individuos en acudir a los jueces. Sin embargo, la población que vivía cerca de la cuenca Matanza-Riachuelo tenía graves quebrantos de salud por la contaminación ambiental del afluente, situación que debía ser reparada o remediada.

La CSJA emprendió un fascinante camino donde mostró su compromiso con espacios de participación para escuchar a la comunidad, a peritos expertos, a organizaciones de la sociedad civil y a las entidades demandadas. Ese juez enfatizó en la necesidad de prevenir el daño ambiental futuro y reorganizar los efectos nocivos existentes en el entorno ecológico. La autoridad judicial se preocupó por ir más allá y asegurar la eficacia de su sentencia, por lo que estableció un esquema de seguimiento que tiene elementos positivos y otros negativos. Se trata de un litigio que busca cambiar las condiciones de vida de los marginados de la ciudad y eliminar las condiciones inequitativas de salud. En ese escenario, surgen las siguientes preguntas: ¿cómo lo hizo?, ¿se logró esa transformación? Las respuestas a estas incógnitas serán el objeto del presente acápite.

4.1.1. El impacto de un sistema político inestable y de las normas constitucionales progresistas

En la Argentina, la novedosa jurisprudencia de DESC es el resultado de la convergencia del reconocimiento de que las instancias judiciales son una herramienta que complementa la estrategia de lucha política de los movimientos sociales y del compromiso de la CSJA con la garantía de los derechos. La inestabilidad del sistema político y económico evidenció que existían otros caminos para revertir la desigualdad. Paralelamente, la reforma constitucional de 1994 permitió que los jueces se involucraran de manera intensa en tales disparidades. Antes de ese desarrollo, se esbozarán algunas características de ese ordenamiento jurídico, que se ha construido con la confluencia de las familias del *common law* y el *civil law*.

⁵⁰⁹Documental Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, Fallo Mendoza, elaborado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales –FARN– Argentina, disponible en línea [<https://www.youtube.com/watch?v=mMx9b-ADAP0>] última vez revisado el 26 de mayo de 2017 a las 2:41 a.m.

De un lado, el marco constitucional norteamericano influyó en la estructura además de organización Estatal argentina, una muestra de ello es que la Constitución de 1994 adoptó el federalismo y la división tripartita de poderes⁵¹⁰. Dicho nexo viene de atrás, pues en la Carta Política de 1853 “*las interpretaciones sustantivas de la Constitución de los EE.UU. también debían ser vinculantes en Argentina*”⁵¹¹. Con sustentó en esa disposición, la Corte Suprema de Justicia recurrió al *mandamus case* para reafirmar el control constitucional. Ese alto tribunal es el órgano último de interpretación de la Constitución y el competente para excluir una norma del ordenamiento jurídico. Los demás jueces pueden interpretar la Carta Política con efectos inter-partes. Ese modelo de defensa de la Constitución se conoce como sistema difuso de control⁵¹².

De otro lado, el derecho continental ha delineado el sistema burocrático de la rama judicial, del Procurador General de la Nación, del Ministerio Fiscal y la Defensoría del Pueblo⁵¹³. Adicionalmente, los procesos judiciales son escriturales (en su mayoría) y se reconoce el derecho de apelación en los trámites ante los jueces. Existe una fuerte tradición de codificación, de modo que el derecho sustantivo proferido por el Congreso Federal es obligatorio en todos los Estados. Aunque, los estatutos normativos materiales y adjetivos son aplicados por Tribunales provinciales. Los Estados poseen sus propias Constituciones y tienen la potestad de legislar según su competencia, tema entre las que se hallan los códigos procesales locales⁵¹⁴. Cada provincia tiene una forma de control de constitucionalidad que varía del sistema difuso al concentrado⁵¹⁵.

El sistema político inestable de la Argentina originó una sociedad pretoriana, concepto que hace referencia a un espacio donde los niveles de institucionalización son bajos, mientras la participación es elevada⁵¹⁶. El régimen democrático vacila en el cambio constante del poder como resultado de problemas económicos, al punto que el gobierno pasó de bando político muchas veces en un corto lapso. Por ejemplo, en el año de 1995, el presidente Carlos Menen fue reelegido por la estabilización de la economía, empero ese capital se disipó para su nueva reelección por las nefastas decisiones institucionales y las negativas consecuencias de sus medidas neoliberales, como el desempleo, la pobreza y el aumento de la desigualdad. De igual manera, en 2001, el oficialismo de coalición fue derrotado estrepitosamente en las elecciones parlamentaras gracias al descontento de la ciudadanía con la recesión económica, episodio que se conoce como el “voto bronca”. Desde el fenecimiento de la dictadura en 1983, el modelo de partidos pasó de un bipartidismo moderado a un pluralismo moderado abierto e impredecible⁵¹⁷. Esas organizaciones se debilitaron internamente, de modo que no se pudieron cohesionar y se reorganizaron en varias ocasiones, falencia que impidió que mantuvieran el poder.

⁵¹⁰Constitución Política de la República de Argentina, artículo 1°. En línea Tomada <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>

⁵¹¹SITARAMAN, Ganesh, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, En: 32 Harvard Journal of Law and Public Policy, 2009, pp. 653 – 693.

⁵¹²MILLER, María A.Gelli y S Cayuso, *Constitución y poder político*, Astrea 1991, Buenos Aires.

⁵¹³ZAFFARONI, Estructuras Básicas Judiciales, ed Ediar, Buenos aires 1994.

⁵¹⁴Constitución de la República de la Argentina Artículo 5

⁵¹⁵CURTIS Cristian, Argentina Opcit., LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado*. Bogotá, 2013, p. 261

⁵¹⁶ABAL MEDINA Juan y SUAREZ CAO Julieta, La competencia partidaria en Argentina: sus implicaciones en sobre el régimen democrático, en CAVAROZZI Marcelo, el Asedios a la Política los partidos latinoamericanos en la era neoliberal, ed. Fundación Konrad Adenauer, Homo Sapiens ediciones-, p. 173

⁵¹⁷Ibidem. pp. 176 – 182. Los escritores reseñaron que al inicio de la transición democrática el poder se alternó en dos partidos políticos (peronismo-uniión cívica radical), empero, el escenario había cambiado una década después. A principios del siglo XXI, el sistema de partidos quedó conformado con una tercera fuerza, el FREPASO. Inclusive, por primera vez en la historia de la Argentina un partido de colación ocupaba el cargo de presidente en el año de 1999, producto del Pacto de los Olivos. Ese fenómeno extraño continuó con Kirchner y se esposa en los tres periodos presidenciales siguientes, sin desconocer el origen de estos personajes en el peronismo.

En ese escenario, los aparatos estatales no dieron cuenta de las demandas sociales ni recogieron el debate público. Los partidos políticos tienen gran parte de la culpa en ese fenómeno, debido a su ineficacia en la gobernabilidad del ejecutivo y del parlamento⁵¹⁸. Los movimientos denunciaron problemas que no fueron tratados de manera omnicompreensiva por el legislador y la administración. La legitimidad del cuerpo de representación se erosionó, ya que es incapaz de canalizar la voluntad e intereses de la comunidad, al perder su enraizamiento social. Lo propio sucedió con la administración, la cual sufrió el descredito derivado de sus malos manejos y la corrupción. Todo lo anterior hizo evidente que las instituciones representativas ya no eran el espacio predilecto para las luchas sociales.

En la década de 1990, las recetas de las políticas neoliberales sobre el achicamiento del Estado golpearon fuertemente la lógica neo-corporativista del intercambio de los actores sociales, puesto que fracturaron sus intereses colectivos en individuales y convirtió a esos grupos en clientes de la administración⁵¹⁹. Las personas abogaron su reivindicación con el derecho y las vías judiciales, condiciones que alimentaron el uso de los tribunales para resolver las disputas. Por consiguiente:

“La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar al ámbito judicial conflictos que solían dirimirse en otros espacios sociales. Se trata de un cauce relativamente nuevo en el que han volcado sus demandas y fortalecido su práctica distintos actores. Esta nueva práctica produjo modificaciones en la acción social y política de muchas organizaciones”⁵²⁰

Simultáneamente, se expidió la Carta Política de 1994, texto donde se incorporaron al ordenamiento jurídico interno los instrumentos internacionales de derechos humanos que regulan los DESC, por ejemplo, la Declaración de Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derecho Económicos Sociales y Culturales etc. A su vez, el artículo 14 Bis de la Constitución de la Argentina reconoció los derechos sociales económicos y culturales al trabajo, a la asociación colectiva, a la seguridad social y a la vivienda. El artículo 43 de la norma superior reconoció la protección de los intereses colectivos y difusos, al igual que amplió los mecanismos de tutela para esos principios y flexibilizó la legitimidad por activa de esas herramientas procesales. A partir de 2003, la interpretación de la CSJA comenzó a comprometerse con los derechos sociales, al resolver de forma innovadora los casos bajo el nuevo estatuto superior⁵²¹. Se trata de una preocupación del juez por disminuir las desigualdades sociales y cambiar las condiciones de vida de las personas, al incorporar temas en las agendas gubernamentales y hacer valer su legitimidad e independencia en esa vía⁵²²

4.1.2. Matanza-Riachuelo: una vieja historia de reclamos a la administración

El río Riachuelo son los últimos 8 kilómetros de la fuente hídrica Matanza, ubicado en el extremo de la ciudad de Buenos Aires y se constituye en la frontera natural entre ésta y los partidos de Lomas de Zamora, Avellaneda y Lanús. Ante la CSJA se denunció que la contaminación del río Riachuelo tiene 200 años, afectación que comenzó con los vertederos de las curtiembres al afluyente en las postrimerías

⁵¹⁸ABAL MEDINA Juan y SUAREZ CAO Julieta, Post-scriptum. Recorriendo los senderos partidarios en Latinoamérica, en CAVAROZZI Marcelo, *el Asedio a la Política los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*, ed. Fundación Konrad Adenauer, Homo Sapiens ediciones-, p. 434

⁵¹⁹SMULOVITZ Catalina, *Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina*, en SIEDER Rachel, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2008, Bogotá, p. 214.

⁵²⁰Op.cit, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, *La Lucha por el derecho, litigio estratégico y derechos humanos*, 2008, p. 25.

⁵²¹Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI Laura, *La revisión judicial de las políticas sociales*, 2009, pp. 6-7

⁵²²Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) *Derechos humanos en Argentina: informe de derechos humanos 2008*. - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008. p 224.

del siglo XIX⁵²³. En esa zona, se construyó una de las áreas más industrializadas de la Argentina, donde se evacuaban los residuos en el cuerpo de agua. Inicialmente, en la rivera del río se asentaron los obreros y luego se presentaron colonizaciones precarias. A ello se agregó la construcción de varios basurales a lo largo de la cuenca. Ese crecimiento económico y poblacional fue mayor a la construcción de los sistemas de acueducto y alcantarillado, falencias que presionaron el ecosistema hasta convertirlo en uno de los ríos más contaminados del planeta⁵²⁴.

En la primera década del siglo XXI, la crisis económica disparó los asentamientos marginales en la costa del Riachuelo, situación que agravó la contaminación. La ausencia del control del Estado a las empresas privadas que dañan el ambiente potencializó los efectos negativos de la degradación biótica. Sin servicios públicos, el estado de cosas se hizo insostenible cuando empezaron a verse los efectos negativos en salud de las personas que habitaban cerca del Riachuelo. En un estudio de la población de niños de Villa Inflamable, se encontró en su sangre un 50 % de plomo, un 38.9% de cromo, un 11% Benceno y un 88% Tolueno, metales provenientes del agua, suelo y aire⁵²⁵.

El problema ambiental del río había estado en las agendas gubernamentales de la administración local y Nacional. Sin embargo, no se había formulado una política clara ni mucho menos ejecutado. El Estado alegaba dificultad para articular 14 entidades territoriales que tenían jurisdicción en la cuenca⁵²⁶. A su vez, se reprochó la ausencia de voluntad política y decidía de la administración. El poder ejecutivo comenzó a gestionar el problema en el año de 1994.

El gobierno del presidente Carlos Menem lanzó el Plan de Gestión Ambiental (PGA) y creó un órgano encargado de ejecutar el programa –El Comité Ejecutor del PGA-. En esa institución participaron entidades de nivel Nacional, de la Provincia y Ciudad de Buenos Aires. En ese contexto, se solicitó un crédito al Banco Interamericano de Desarrollo por 250 millones de dólares para ejecutar el plan. No obstante, el programa jamás se implementó y el dinero nunca se gastó en su totalidad, por lo que se presentó una sub-ejecución del programa⁵²⁷.

Mientras los procedimientos fallidos se desarrollaron, los habitantes ribereños del Río Riachuelo se movilizaron ante la administración para solicitar la protección de sus derechos. La demanda de 2006 está precedida de reclamos y de la organización de la población afectada. Se puede reseñar 3 momentos importantes de la acción de la comunidad⁵²⁸:

En primer lugar, se presentó la movilización social por los fuertes olores en la ciudad de Buenos Aires en marzo de 2000. La persistencia de esa situación condujo al cierre de las compañías petroquímicas del Dock Suck. Para resolver la problemática, se adelantó un proceso de monitoreo, dado que la población de la zona padecía de irritaciones en los ojos, mareos y problemas respiratorios. Un año después de iniciado el control, habitantes del área bloquearon el ingreso al puerto. Dicha actuación obligó a las

⁵²³FASANO, Yanina, Documento de la Junta Interna de Medio Ambiente ATE-CTA Capital (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) Noviembre de 2009, Buenos Aires, 2009.

⁵²⁴Documental Regreso al Río, elaborado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales –FARN- Argentina, disponible en línea [<https://www.youtube.com/watch?v=MybUS3VaMp8&t=15s>] última vez revisado el 26 de mayo de 2017 a las 8:38 a.m.

⁵²⁵Los datos son referenciados por Op.cit, PUGA Mariela, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, Buenos Aires, 2012, p. 76

⁵²⁶Un estudio de la Defensoría del Pueblo de la Nación de Argentina del año 2003 reconoce 35 agencias con jurisdicción en la zona del río. Disponible en línea [<http://www.dpn.gob.ar/documentos/riachuelo.pdf>] revisado por última vez el 26 de mayo de 2017 a las 10:16 p.m.

⁵²⁷Auditoría General de la Nación de la República de Argentina, Resolución 36/09 .

⁵²⁸Op.cit, BERGALLO, Paola, La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, 2014, pp. 252-254

autoridades de la Provincia de Buenos Aires y del municipio de Avellaneda a dialogar con los manifestantes. Como resultado de la conversación, se firmó un memorando de entendimiento que preveía una mayor participación de la comunidad en el monitoreo del puerto. En el año 2003, ese acuerdo quedó desmantelado por el siguiente superintendente de Avellaneda.

En segundo lugar, en el año 2002, la Asociación de Vecinos de La Boca (AVLB)⁵²⁹ solicitó a la Defensoría del Pueblo de la Nación intervenir en la situación de vulneración de derechos en la que se encontraban. La entidad y otras organizaciones de la sociedad civil⁵³⁰ se propusieron elaborar un informe de todo lo que sucedía en términos ambientales alrededor de la cuenca Matanza-Riachuelo. En el año 2003, se socializó el documento de diagnóstico referido. El texto censuró que las administraciones no hubiesen tomado conciencia de la situación, al punto que nunca se planteó una política coordinada de largo plazo. Advirtieron que se deben establecer planes de atención de las enfermedades que padecen los pobladores derivados de la contaminación. Es más, los niños de la zona cuentan con alto porcentaje de metales en su sangre. A su vez, resaltó que es fundamental un programa de planeación urbana que impida que continúen llegando personas a la ribera del afluente. En cuando a las causas de ese escenario, se identificó la ausencia de servicio de alcantarillado y de acueducto, la expulsión de líquidos industriales al río y la existencia de basureros a cielo abierto. En el año de 2005, el mismo grupo expuso un segundo informe sobre la problemática. En este documento se concluyó que la grave situación denunciada en el diagnóstico del año 2003 no había sido inscrita en la agenda pública de los diferentes niveles de gobierno. Reprochó que esa inacción sea una muestra de falta de liderazgo de las autoridades para construir PP respetuosas de derechos humanos.

En tercer lugar, en los años 2002 y 2006, la intervención del CELS en la negociación de las tarifas de los servicios públicos de agua y de alcantarillado con el gobierno federal y la empresa de servicios públicos. El CELS medió para apoyar a la población perturbada con los daños ambientales. La organización aprovechó la coyuntura con el fin de denunciar y explicar la situación de la cuenca Matanza-Riachuelo.

Las movilizaciones sociales extrajudiciales demostraron que la comunidad afectada por la contaminación y otras organizaciones iniciaron una instancia de rendición de cuentas a la administración sobre su gestión en la contaminación ambiental del río Riachuelo. Las denuncias no fueron acatadas por la burocracia local y federal. Sin embargo, esas actuaciones facilitaron la construcción de redes de apoyo con miembros de la sociedad civil, entre ellos activistas de diferentes disciplinas o la Defensoría del Pueblo. Los aliados enunciados van a ser determinantes en el proceso judicial de la causa Mendoza.

Paralelamente, en el año 2004, varios habitantes de Villa Inflamable, algunos profesionales de la salud que laboraban en esa área y un grupo de abogados formularon demanda de reparación por los daños causados a su salud y al ambiente, debido a la contaminación del río Matanza Riachuelo⁵³¹. Los actores indicaron que la degradación del ecosistema produjo enfermedades a ellos y a sus hijos. También aseveraron que tenían derecho a una compensación por los perjuicios que sufrió el ambiente como resultado de la contaminación del río, del suelo y del aire. Además, solicitaron la constitución de un fondo de compensación a las víctimas con 500 millones de dólares, y la expedición de medidas cautelares que detuvieran la contaminación del entorno natural, así como que garantice la atención en

⁵²⁹Los miembros de esa asociación habitan en Villa Inflamable y habían presentado múltiples peticiones a la Defensoría del Pueblo para que interviniera en la grave situación en que se encontraban.

⁵³⁰En la elaboración del informe participaron el AVLB, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), la Fundación Ciudad, Poder Ciudadano y la Facultad Regional Buenos Aires Universidad Tecnológica Nacional.

⁵³¹Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros, providencia del 20 de junio de 2006, M. 1569. XL. ORIGINARIO.

salud a la población ribereña. La censura se dirigió contra 44 empresas que tenían su centro de actividades cerca del afluente mencionado y a los gobiernos federal, de la ciudad y de la provincia de Buenos Aires. La herramienta procesal seleccionada por parte de los ciudadanos correspondió con una acción colectiva bajo la Ley General de Ambiente, herramienta respaldada en los artículos 41 y 43 de la Constitución.

4.1.3. La Corte Suprema de Argentina y el desarrollo del litigio

Desde la recepción de la demanda, la CSJA reconoció la importancia de la causa Mendoza y la necesidad de dirigir el proceso de manera particular y aplicar mecanismos experimentales, puesto que era un CE⁵³². Así, la Corte promovió la participación de la comunidad, de la sociedad civil, del Estado y de las empresas censuradas. Ello ocurrió por medio de audiencias públicas que pretendían recopilar información sobre la causa, de manera transparente, con el fin de tener los elementos para fallar. A su vez, se emitieron órdenes provisionales en ese sentido. En definitiva, se puso en marcha un diálogo entre los interesados con la decisión.

El 20 de junio de 2006, la Corte profirió su primera determinación en el caso, al dividir en dos las pretensiones de los solicitantes. El tribunal se declaró incompetente para conocer la demanda de reparación individual de los actores, en razón de que la identificación y cuantificación de los perjuicios debe efectuarse de manera subjetiva por el juez más cercano de su jurisdicción. En contraste, estimó que tenía la facultad originaria para conocer del petitorio de compensación sustentada en la lesión al ambiente, por cuanto la discusión versaba sobre la degradación de biomas interjurisdiccionales. El artículo 7 de la Ley 25.675 -Estatuto General del Ambiente- atribuyó a la corte la potestad para conocer ese tipo de asuntos.

El tribunal se pronunció en relación con la exigibilidad y contenido del principio de protección de goce del ambiente sano, considerandos que evidencian una concepción sustantiva fuerte de ese derecho social. Resaltó que ese principio incluye la obligación de recomponer el daño ecológico, por lo que esas normas son plenamente eficaces de conformidad con la Constitución de 1994. La indeterminación de ese principio se concretó de la siguiente forma:

“La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.”⁵³³.

En esa misma decisión, se delimitó el objetivo del proceso, que correspondió con otorgar relevancia a la prevención de la contaminación futura y a la recomposición de los daños ecosistémicos que ya existían. En esa línea, la CSJA sentó las bases para construir un plan de saneamiento sobre el afluente, estrategia edificada en el marco de un procedimiento participativo y público. Así las cosas, ordenó a las autoridades demandadas de nivel federal y local que elaboran un programa para limpiar el río, política que debía incluir la participación de la ciudadanía, la recuperación progresiva de la cuenca, la regulación del ordenamiento ambiental del territorio, la vigilancia de las actividades antrópicas, el estudio de impacto ambiental en las empresas demandadas y los proyectos de educación e información ambiental. A su vez, solicitó a las compañías accionadas que informaran si arrojaban residuos al río y si contaban con procedimiento de tratamientos de esos efluentes.

⁵³²Op.cit, SABEL, Charles y SIMON William, Destabilization Right: How Law Litigation Succeeds, 2004, p. 1019

⁵³³Op.cit, Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza, providencia del 20 de junio de 2006.

El 24 de agosto de esa anualidad, la Corte cumplió con su promesa de abrir el proceso a la sociedad, al aceptar la participación de terceros interesados, como fueron la Defensoría del Pueblo, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Greenpeace y la Asociación Vecinos de la Boca (AVLB)⁵³⁴. Más adelante, se incorporaron al procedimiento la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos (ACDH) y un grupo de vecinos de Lomas de Zamora⁵³⁵. Los sujetos reseñados fueron de gran aporte a la deliberación de la situación insatisfactoria, toda vez que conocían el caso, al haber hecho parte de las experiencias de las movilizaciones extrajudiciales de la comunidad. Se trató de la inclusión al proceso de una red de trabajo a favor de la colectividad peticionaria, la cual hizo frente a las posiciones del gobierno.

La revisión dialógica del caso se profundizó con la citación a la primera audiencia pública de todos los interesados, con el fin de que expusieran la información decretada en junio de 2006. El 6 y 12 de septiembre de 2006, se llevó a cabo dicha diligencia. Las autoridades presentaron el Plan de Saneamiento del Riachuelo y comunicaron la creación de un Comité de Cuenca Interjurisdiccional. Por su parte, los terceros interesados expusieron sus argumentos y cuestionaron las posiciones de las empresas, quienes afirmaban que no habían contaminado el río. Es más, la Asociación de Vecinos del Barrio de La Boca enfatizó que el programa de limpieza del río debía prever asistencia sanitaria urgente para los pobladores y delimitar la responsabilidad de las empresas y del Estado en la lesión causada al ambiente. Esa interacción mostró el panorama completo de la causa, condición indispensable para tomar una decisión omnicompreensiva.

En resolución del 6 de febrero de 2007⁵³⁶, el tribunal ordenó al Estado nacional, a la provincia y ciudad de Buenos Aires que comunicaran las actividades que habían desarrollado con ocasión del plan de saneamiento del cuerpo de agua objeto de regulación. También pidió información en las gestiones de la administración para brindar el servicio de salud a la población ribereña del Riachuelo. Por último, dispuso que tales datos fueran expuestos en audiencia, lo que sucedió el día 20 de ese mes y año. En la diligencia, la burocracia mostró que había estructurado legalmente la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), órgano encargado de diseñar e implementar la política unificada y consistente en todo el territorio de la cuenca. Al respecto, la Ley 26.168 reconoció la participación de la comunidad en la ejecución de la política de protección del bioma mencionado.

A los pocos días de la diligencia reseñada, el tribunal llamó a un perito experto con el fin de que evaluara la factibilidad del plan de saneamiento. En esa oportunidad, se hizo uso de la figura del *amicus curiae*⁵³⁷ con la invitación a la Universidad de Buenos Aires para que estimara los alcances y realidades del programa. El 12 de junio de 2007, se citó a una audiencia con el objeto de escuchar al experto y a los demás participantes sobre sus recomendaciones del proyecto de limpieza mencionado. La diligencia se efectuó el 4 de julio de ese año. Así, se aplicó otra de las herramientas innovadoras en el proceso de protección de derechos sociales, al convocar a un versado en el tema para que rindiera públicamente concepto.

Por medio de resolución del 22 de agosto de 2007⁵³⁸, se requirió a la ACUMAR que informara los datos actualizados de sus actividades entorno a la prevención y recomposición del ambiente. De igual manera, se trasladaron las respuestas a los interesados. Toda la información se debatió en las audiencias de los

⁵³⁴Ibidem, providencia del 30 de agosto de 2006.

⁵³⁵Ibidem, providencia del 20 de marzo de 2007.

⁵³⁶Op.cit, Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza, providencia del 2 de febrero de 2007.

⁵³⁷Ibidem, resolución del 23 de febrero de 2007.

⁵³⁸Ibidem, resolución del 22 de agosto de 2007.

días 28, 29 y 30 de noviembre de ese año. En las diligencias se cuestionó el plan y la ausencia de un enfoque social del mismo. La idea era someter esa estrategia a una amplia discusión y debate público.

Cabe resaltar que los jueces de la CSJA tuvieron un rol activo en las sesiones públicas, de modo que interrogaron a las empresas por su papel en la contaminación del afluente y al gobierno por los elementos del plan de saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, acción propia de audiencias informativas. Ese tipo de espacios permite encontrar respuestas e imaginar los remedios judiciales adecuados a la causa, como hizo el tribunal argentino⁵³⁹. Inclusive, esas reuniones son un mecanismo para discutir sobre los temas que las partes desean omitir, conducta que garantiza una óptima deliberación. Por ejemplo, en una de las primeras audiencias, el Magistrado Riccardo Lorenzetti advirtió a las compañías que debía hacer preguntas incisivas sobre su papel en la contaminación del río, porque se podría llegar a la errada conclusión de que nadie degradó el recurso hídrico⁵⁴⁰. En igual sentido, después de observar una presentación de la Secretaría de Ambiente, el Juez Fayt recriminó a la funcionaria que: “*En esta pantalla está en negro lo social.*” El ministro censuró que la funcionaria hubiese omitido el destino de los trabajadores en un plan de relocalización de las empresas contaminantes⁵⁴¹.

El 8 de julio de 2008, la Corte dictó sentencia en la causa Mendoza- Riachuelo, decisión que declaró responsable al Estado Nación, a la Provincia y Ciudad de Buenos Aires. Por ende, se ordenó cumplir un programa que estuviese dirigido a mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza Riachuelo, a recomponer el ambiente en la cuenca en todos sus componentes (Agua, aire y suelos) y a prevenir los daños con suficiente y razonable grado de predicción. Se subrayó que ese plan debía ser accesible para la gente, de modo que se facilitara su divulgación. A su vez, la política se encontraba obligada a tratar la contaminación industrial, el saneamiento de basurales, la limpieza de márgenes de río, la expansión de la red de agua potable, la construcción de los desagües pluviales, la limpieza cloacal, la corrección y ejecución de un plan sanitario de emergencia. En todos esos procesos, la corte fijó plazos de manera específica y atribuyó responsabilidades para monitorear el cumplimiento de la sentencia. Nótese que se identificó a la ACUMAR como la autoridad encargada de ejecutar los objetivos del plan. También se indicó que dicha entidad tiene la obligación de adoptar uno de los sistemas internacionales de medición para cuantificar la observancia de las metas del plan. Por su parte, el Estado Nacional, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires tenían la responsabilidad de regular el asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las competencias establecidas en la Constitución de 1994 en materia ambiental.

De todo el *iter* procesal expuesto, se puede concluir que la Corte implementó un diálogo permanente entre los diferentes actores sociales e institucionales. La CSJA se preocupó por tomar una decisión que tuviese todos los insumos respectivos para adoptar una decisión. Para materializar la interacción, la autoridad judicial facilitó el acceso a la información de diversos datos relacionados con la situación del cuerpo de agua y de las condiciones de vida de los habitantes de las villas, requerimiento indispensable para una adecuada deliberación. Acto seguido, convocó a 4 audiencias que tuvieron la finalidad de contrastar diversas posiciones. Así mismo, permitió la participación de terceros interesados que

⁵³⁹FAIRSTEIN, Carolina, KLETZEL Gabriela y GARCIA REY Paola, en busca de un remedios judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales, en en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010, p. 59

⁵⁴⁰Parte de audiencia disponible en línea en [<https://www.youtube.com/watch?v=0sEDWtnfBwk&t=33s>] última revisión el 27 de mayo de 2017 a las 2:51 p.m

⁵⁴¹Op.cit, PUGA Mariela, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 84

podrían sopesar el poder del gobierno y de las empresas privadas. Finalmente, invitó a expertos al proceso para que conceptuaran sobre la causa.

Aunado a lo anterior, dictó remedios judiciales moderados, por cuanto quiso asegurar la ejecución e implementación del plan con órdenes generales, en vez de decidir por la administración con medidas detalladas y específicas⁵⁴². Antes de la sentencia, las órdenes estuvieron dirigidas a la confección de un plan de saneamiento y a obtener información. Ese comportamiento judicial es relevante para tomar una decisión que incluya todas las aristas de los CE. Los remedios del fallo respetaron el margen de discrecionalidad de la administración para gestionar el problema de la cuenca, por lo que se concentraron en fijar plazos, atribuir responsabilidades y garantizar su ejecución. La posición de la Corte se puede resumir en el siguiente fragmento:

“El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, que- dando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo”⁵⁴³

Además, la CSJA configuró un sistema de seguimiento de la decisión que previó funciones para diversos órganos. Un primer dispositivo de supervisión es interno a la rama judicial y correspondió con delegar la ejecución del proceso al Juez Federal de Quilmes. Esa determinación se sustentó en que era necesario garantizar la inmediatez de las decisiones y un efectivo control judicial. Sin embargo, la Corte mantuvo bajo su dirección el proceso relativo a la reparación del daño al ambiente, debido a que recae sobre hechos pasados que no revisten urgencia. Una segunda estrategia de vigilancia es externa al poder judicial, modelo que se dividió en dos órganos en razón del objeto de escrutinio, a saber: i) la Auditoría General de la Nación realizaría el seguimiento a los asuntos financieros del plan; y iii) un grupo conformado por las organizaciones sociales que actuaron en el proceso como terceros interesados y la Defensoría del Pueblo ejercería el control sobre la gestión de las entidades e informaría a la justicia su avance⁵⁴⁴. Ese colectivo estaría bajo la dirección del Ombudsman y se denominó el cuerpo colegiado. Finalmente, se enfatizó que el procedimiento de cumplimiento debería contar con la participación de la comunidad.

Se trata de un esquema de seguimiento moderado, por cuanto la Corte delegó la vigilancia de sus órdenes a otra autoridad judicial, empero guardó alguna competencia en esa causa. Con ese resguardo funcional, la CSJA tuvo la facultad de citar a las partes del proceso y a la sociedad civil a varias audiencias de supervisión del fallo a partir del año 2010. A su vez, la autoridad judicial se interesó por fijar parámetros claros para adelantar la vigilancia de la decisión en cabeza de los dispositivos internos y externos de control. Además, reconoció la necesidad de que la ciudadanía tuviese un espacio importante en ese trámite. No obstante, en el monitoreo muchas cosas no salieron como esperaba el tribunal.

4.1.4. ¿Un seguimiento autoritario de la causa Mendoza?

El seguimiento descrito por la Corte previó varios dispositivos para que la sentencia cambiara la realidad de las personas que habitan en la ribera del Río Matanza Riachuelo. El tribunal reconoció que las medidas propuestas en el plan y precisadas en la sentencia deberían ser ejecutadas de manera

⁵⁴²Op.cit, ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI Laura, La revisión judicial de las políticas sociales, 2009, pp. 75-76

⁵⁴³Op.cit, Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza, sentencia del 8 de julio de 2008.

⁵⁴⁴El Cuerpo Colegiado estaría integrado por el Defensor del Pueblo de la Nación y un grupo de cinco organizaciones (Asociación Vecinos de La Boca, CELS, FARN, Greenpeace y ACDH). Además, ese colectivo se conformó por medio de Resolución 100/2008, acto administrativo que estableció su reglamento.

urgente, aspecto que no podía garantizar en algunos eventos. Por ello, pareció buena idea delegar al Juez Federal de Quilmes, Luis Armella, la materialización de las órdenes del proceso. Sin embargo, la interpretación de este funcionario judicial sobre el fallo de 2008 restó eficacia a la decisión y eliminó elementos centrales de la misma. Si bien se corrigieron esos errores, se perdió tiempo en ello. La mayoría de los académicos no reparan en la labor de ese juez⁵⁴⁵.

Se advierte que el Juez Federal de Quilmes restringió la participación en el procedimiento de cumplimiento de las organizaciones civiles que acompañaron el litigio de la causa. Su decisión se sustentó en que la Corte había fijado la representación del grupo colegiado exclusivamente en cabeza de la defensoría del pueblo. Esa situación supuso un espacio de deliberación acotado, que impedía el intercambio de argumentos entre los miembros de la comunidad y de la sociedad civil⁵⁴⁶. Las organizaciones del cuerpo colegiado denunciaron que esa medida desconoció sus derechos de defensa, porque el juez de cumplimiento impidió que discutieran decisiones que afectan sus intereses⁵⁴⁷. Dicho reproche se formuló ante la misma CSJA en audiencia del 1º de noviembre de 2012.

La reducción de la participación llevó al despacho de seguimiento a cometer errores en la decisión y avalar instrumentos normativos de política pública regresivos para el ambiente. En resolución del 25 de marzo de 2009, el Juzgado Federal de Quilmes aprobó los Reglamentos de Agentes contaminantes, y de usos y objetivos de calidad de cuerpos de agua de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo y frente del Río de la Plata propuestos por la ACUMAR. Autorizó que tales normas fuesen confirmadas por el consejo directivo de esa institución en actos administrativos⁵⁴⁸. Esa decisión se tomó a pesar de que el Cuerpo Colegiado criticó ese documento. De hecho, el colectivo afirmó que esos reglamentos “no sólo no se ajustan al objetivo de recomposición ambiental, sino que incluso representan un retroceso en el mismo”⁵⁴⁹

A su vez, la autoridad judicial diluyó su monitoreo durante el primer y el segundo año de seguimiento en aspectos tangenciales del plan y dejó vencer varios plazos. Por ejemplo, se concentró en autorizar a la ACUMAR para que adelantara allanamientos con la policía a las empresas que habían negado la entrada al organismo⁵⁵⁰ y permitió que se venciera el término de actualización de datos y sistema de acceso de información de la comunidad, como los estudios sobre el aire, suelo y agua. Inclusive, investigaciones indicaron que las clausuras a las empresas por contaminar el río duraban pocos días, puesto que los establecimientos eran re-abiertos⁵⁵¹.

El Juez Federal de Quilmes emitió decisiones autoritarias que no respondieron a la forma dialógica con la que se venía desarrollando la causa. El funcionario tuvo poca sensibilidad constitucional con los derechos de los habitantes de la cuenca Matanza Riachuelo⁵⁵². Tal sesgo produjo conflictos con la comunidad, el Estado y la justicia.

⁵⁴⁵En esa excepción se halla Op.cit, PUGA Mariela, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 88-93

⁵⁴⁶Ibidem, p. 89

⁵⁴⁷Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Derechos humanos en Argentina: informe de derechos humanos 2013. - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2013., p. 382.

⁵⁴⁸Ello ocurrió con la Resolución 1/2008 (Reglamento de Agentes contaminantes; 3/2009, (Reglamento de usos y objetivos de calidad de cuerpos de agua de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo y frente del Río de la Plata)

⁵⁴⁹FARN, Informe Nro. 1, 15 de Julio de 1009. Disponible en línea [http://www.farn.org.ar/riachuelo/newsletter_riachuelo/NL_riachuelo1.pdf.] ultima vez consultado el 26 de mayo de 2017 a las 8:54 p.m.

⁵⁵⁰Juez Federal de Quilmes, Resoluciones del 27 de agosto, del 9 de septiembre, del 9 de octubre de 2008

⁵⁵¹Op.cit, PUGA Mariela, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 89

⁵⁵²Op.cit, Juez Federal de Quilmes, Resoluciones del 22 de febrero y del 14 de julio de 2011

El togado Luis Armella aceptó el desarrollo de medidas de limpieza en los márgenes del afluente con el fin de garantizar un camino de sirga, que se requería para adelantar el plan de mejoramiento. Sin embargo, la orden desconoció que en ese sector habitaban personas, las cuales fueron desalojadas en cumplimiento de la medida judicial. Ante esa situación, los afectados con las resoluciones presentaron acciones ante Corte Suprema. Al percatarse de su error, el funcionario judicial pidió que se diseñara un plan de relocalización para los pobladores de las villas y asentamientos que se encontraban sobre la zona del camino de sirga⁵⁵³. ACUMAR presentó el proyecto con cronogramas de mudanzas y los terrenos de relocalización entre otros elementos. Las organizaciones del Cuerpo Colegiado denunciaron que esas actuaciones carecían de enfoque de los derechos de las familias perturbadas con la determinación, por ejemplo, se cercenó su participación, información y consulta sobre la medida. Además, se quebrantó su derecho a la vivienda digna, porque los nuevos inmuebles contaban con falencias de estructura, de seguridad y de servicios domiciliarios. En otras ocasiones se brindó soluciones habitacionales transitorias inaceptables⁵⁵⁴. En audiencias ante la CSJA, la Defensoría del Pueblo replicó tales consideraciones y agregó que el Juez Armella conculcó el derecho al acceso a la administración de justicia de los desalojados, por cuanto no reconoció el carácter de parte a los afectados, decisión que impedía que cuestionaran las decisiones judiciales.

En la resolución del 19 de diciembre de 2012, la CSJA indicó que debía garantizarse el derecho a la participación de los vecinos que serían relocalizados en el procedimiento de traslado. Lo propio sucedió con los principios al acceso de los servicios públicos de salud, de educación y de seguridad en los nuevos inmuebles a habitar. El amparo se fundamentó en el concepto de vivienda que el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales había plasmado en la Observación General No 4. Así mismo, el tribunal protegió el derecho de acceso a la administración justicia de las personas afectadas con las decisiones judiciales de desalojo, al reconocerles interés para intervenir en el proceso. Por consiguiente, se concretó el contenido de un derecho en marco de la supervisión de la causa, actuación que retoma el experimentalismo en el proceso de la referencia. Al respecto, la Corte fue sensible ante la solicitud de protección del derecho a la vivienda adecuada y permitió la defensa de un principio que no había sido discutido en el proceso.

Después de varias denuncias por corrupción contra el Juez Federal Armella⁵⁵⁵, la Corte retiró a dicho funcionario del conocimiento de los asuntos relacionados con el cumplimiento del fallo Mendoza⁵⁵⁶. Acto seguido, se dividió la competencia de seguimiento en dos despachos judiciales, a saber: i) el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No 12 conocería del control de los contratos que se celebren en el marco del plan de obras provisional de agua potable y cloacas, y del tratamiento de la basura. En este asunto, se comprende la ejecución presupuestal; y ii) el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional No 2 de Morón sería competente para las restantes funciones atribuidas en la sentencia de julio de 2008.

Simultáneamente, el Tribunal celebró varias audiencias públicas para controlar la ejecución del plan, diligencias que se reseñan en resoluciones del 6 de abril de 2010, 24 de mayo de 2010, 10 de agosto de 2010, 17 y 22 de febrero de 2011, 19 de abril de 2011, 14 de agosto de 2012, 18 y 26 de septiembre de 2012, y 30 de noviembre de 2016. Esa actuación se justificó en que los progresos de la ejecución del

⁵⁵³Ibidem, Resolución del 22 de febrero de 2011.

⁵⁵⁴Op.cit Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Derechos humanos en Argentina: informe de derechos humanos 2013. - 1a ed. - Buenos Aires, 2013., pp. 381-382

⁵⁵⁵Desde agosto de 2012, el periodista y presidente del CELS, Horacio Verbitsky publicó varias notas de prensa donde censuraba la actuación irregular del juez Luis Armella, debido a su incidencia en la adjudicación de contratos millonarios sin licitación. La Auditoría General de la Nación de Argentina corroboró la denuncia. El Juez Armella enfrenta un juicio político ante el Consejo de la Magistratura y una denuncia penal.

⁵⁵⁶Op.cit, Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa Mendoza, providencia del 6 de noviembre de 2012.

plan eran pocos. El tribunal solicitó informes referentes de todas las órdenes emitidas en la decisión del 8 de julio de 2008, documentos que debían incluir datos precisos que midieran el grado de cumplimiento alcanzado en cada objetivo que se había establecido en el programa. Las audiencias tuvieron la finalidad de discutir las posibles salidas al problema de gestión, evaluar las medidas implementadas y modificar la conducta del Estado que pudiera obstaculizar el proceso de ejecución del plan.

En el auto del 27 de diciembre de 2016, la CSJ constató las deficiencias en el cumplimiento del fallo⁵⁵⁷, por lo que requirió a la ACUMAR para que retomara los indicadores de medición del plan y para que enviara un informe sobre la ejecución de los planes de limpieza, de servicio de alcantarillado y acueducto, y de relocalización.

Dicha decisión demuestra que el seguimiento continúa a la fecha de elaboración del presente de documento. Las actuaciones de la Corte evidencian que el monitoreo se reforzó, sin que llegue a ser fuerte, toda vez que la competencia más intensa de observancia del fallo continúa en cabeza de otras autoridades judiciales.

4.1.5. Las condiciones previas de cambio social

Sin lugar a dudas, se concluye que la revisión judicial sobre la política pública ambiental y de salud en la cuenca Matanza Riachuelo impactó la gestión de la administración. Basta señalar que la Corte estableció un micro-sistema de administración de ese bioma, esquema que cuenta con una entidad que rige los lineamientos de la actividad del Estado, un plan de implementación y dispositivos específicos de supervisión que incluyen la rendición de cuentas a la burocracia. Esa mediación recorrió todas las etapas del ciclo de las PP. Lo relevante de ese trasegar es que estuvo impregnado de un diálogo institucional y de la participación ciudadana.

La intervención de la Corte en la agenda gubernamental es evidente y palpable. Antes de las audiencias de los años de 2006 y 2007, las autoridades públicas ignoraban el problema de contaminación del Río Matanza-Riachuelo, o prometían gestionar esa situación insatisfactoria sin tener ninguna voluntad de resolverla. Como se explicó en la primera parte de esta investigación, fingir interés en el asunto es una estrategia que utiliza la administración para disminuir la tensión social. Desde el año de 1810, los gobiernos argentinos vienen prometiendo la recuperación del pluricitado cuerpo de agua. La preocupación sobre la vulneración de derechos de la población de Villa Inflamable se encontraba en el último lugar de la agenda ambiental, orden que se modificó con la intromisión de la CSJA⁵⁵⁸. Así, las primeras decisiones del tribunal tuvieron el efecto de romper la inacción política, verbigracia se produjo una gran actividad en el poder legislativo para tratar el tema y denunciar problemas de corrupción⁵⁵⁹

Antes de la expedición del fallo de 2008, la CSJA se concentró en adecuación de la fase de formulación de la política. El diseño del Plan de Saneamiento Ambiental se produjo por una orden del juez. Así mismo, la concepción de derechos modificó los programas estatales, mientras transcurría un debate público sobre éstos. La Corte aceptó la visión amplia del derecho a la salud que expusieron las organizaciones civiles en el proceso. El CELS y la FARN señalaron que la ausencia de condiciones de vida digna y de un entorno saludable afecta la salud de las personas, de modo que esos elementos eran

⁵⁵⁷Ibidem, providencia del 27 de diciembre de 2016. En este auto se indicó que se constató el incumplimiento en audiencia celebrada el 30 de noviembre de 2016.

⁵⁵⁸Op.cit, PUGA Mariela, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 79

⁵⁵⁹Op.cit, BERGALLO, Paola, La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, 2014, pp 276-277

determinantes para el bienestar de la población⁵⁶⁰. Así identificaron una relación entre la contaminación y las enfermedades de la comunidad que habita cerca del Riachuelo. De nada sirve suministrar vacunas sino se reducen los índices de degradación del ecosistema. En ese escenario, la mejora de la calidad de vida de las personas debe pasar por la recuperación ambiental del río y el acceso a servicios públicos, concepto que la Corte aceptó desde la sentencia.

Lo propio sucedió con el derecho a la vivienda digna. La ACUMAR jamás pensó que necesitaba plantear una política de relocalización que garantizara los mínimos del principio de la vivienda digna reconocidos en la Observación General No. 4. Nótese que la comunidad introdujo ese derecho al proceso, porque reprochó los desalojos ordenados por el Juez Federal de Quilmes. La Corte suscribió esa consideración y emitió el amparo correspondiente.

En esta misma fase del ciclo de PP, la Corte provocó un efecto de encuadre y planificación⁵⁶¹. Ello, por cuanto transformó los modelos de toma de decisiones, al exigir a la administración que planificara la gestión pública de la cuenca Matanza Riachuelo. El tribunal ayudó a direccionar las acciones del Estado para contrarrestar los efectos negativos de la contaminación. Para ilustrar, se recuerda que la creación legal de la ACUMAR ocurrió antes de la sentencia y correspondió a la respuesta del gobierno para centralizar el esquema de gestión.

Ahora bien, el tribunal corrigió los aspectos normativos de la implementación y subsanó muchos yerros de desempeño. Se trató de facilitar la coordinación entre diferentes instituciones estatales. Esa armonía comprendió a la sociedad civil, en la medida en que la Corte fue enfática en advertir que la comunidad debe participar en la gestión pública de recuperación del Riachuelo. Otro ejemplo de esa mediación se encuentra en corrección que ordenó el Tribunal en el plan de salud, debido a que tenía falencias en la información y en los indicadores. Cabe precisar que el perito experto planteó esas recomendaciones. Una vez dictada la sentencia, el tribunal se interesó por garantizar la ejecución, al prescribir plazos de cumplimiento y revisar el progreso de implementación. Además, intervino ese estadio, cuando señaló la autoridad responsable de materializar la sentencia, es decir, la ACUMAR. Sin embargo, académicos ha censurado que se hubiese estructurado un modelo de implementación extremadamente centralizado y rígido en cabeza de una sola institución⁵⁶².

Finalmente, la CSJA realizó una innovadora mediación en la fase de evaluación de la PP ambiental, puesto que creó un sistema de monitoreo de gestión y de fiscalización del dinero. Así, en representación de la sociedad civil, el cuerpo colegiado vigila la trazabilidad de la administración; y la Auditoría controla el uso de los recursos. Por su parte, el Juez Federal de Quilmes supervisa el cumplimiento del programa plasmado en la sentencia. En el papel, se planteó una valoración pluralista con un espacio de estimación ad-hoc, es decir, para el caso de la cuenca Riachuelo. El juicio es endoformativo, ya que se centra en informar a los agentes de la política social. El modelo defiende la apertura de sujetos evaluadores de la gestión pública, puesto que incluye a los jueces, organizaciones sociales e instituciones. Tal modelo dio resultados óptimos en el proceso hasta la expedición del fallo. No obstante, se redujo el carácter plural de la valoración, en razón de que el Juez Armella restringió la participación de la comunidad, favoreció los supuestos elementos técnicos de la ACUMAR y tomó

⁵⁶⁰ Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo, 2015, p. 52.

⁵⁶¹ Op.cit, BERGALLO, Paola, La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, 2014, p. 272.

⁵⁶² Op.cit, PUGA Mariela, Litigio y cambio social en Argentina y Colombia, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 88-90

decisiones autoritarias. Ello significó debilitar el esquema de rendición de cuentas horizontal y vertical que se había estructurado en la sentencia de 2008.

Con todos esos impactos en el marco secuencial, surge la pregunta de si esa revisión judicial cambió la realidad de los habitantes de Villa Inflamable. La respuesta es ambivalente y cuestiona la relevancia del activismo dialógico.

En el informe de 2015, el cuerpo colegiado indicó que persisten las causas de la vulneración de los derechos de la población ribereña del Riachuelo, por lo que se mantiene las fuentes del deterioro ambiental (establecimientos industriales, agropecuarios y de servicios, residuos domiciliarios y efluentes cloacales) y la dificultad del acceso a bienes y servicios que inciden en la vulnerabilidad de la población (agua potable, saneamiento cloacal, vivienda y salud). Así, concluye lo siguiente:

“El *balance* general a siete años del fallo indica que, al tiempo que se pusieron en marcha organismos estatales y políticas públicas tendientes a revertir situaciones de conflictividad, derechos amenazados y población en riesgo, persisten falencias que impiden un adecuado logro de los objetivos dispuestos por la CSJN y deben ser abordadas por los máximos actores institucionales de este proceso”⁵⁶³

En un reciente estudio de este año, Julieta Rossi, Martín Sigal y Diego Morales condensaron los avances e incumplimientos en la materia⁵⁶⁴. Entre los logros positivos se encuentran: (1) el avance en la limpieza de las riberas del Riachuelo y la superficie del agua, metas que contiene la eliminación de 170.000 toneladas de residuos de los bancos y 18.600 toneladas del agua; (2) el ejercicio de un mayor control de la regulación estatal sobre las instalaciones industriales ubicadas en la zona y el desalojo de las empresas que ejercen ilegalmente su actividad en los márgenes del río. Esa acción originó una ganancia de 38.813 metros del camino de sirga (área de 35 metros de ancho a lo largo de la Curso del río), que se usa para descontaminar el afluente; (3) el inicio del proceso de control e inscripción de instalaciones industriales destinadas a inspeccionar la contaminación de las empresas; 4) la adopción de medidas de reubicación de la población que vive a lo largo del sendero de sirga; y 5) la reducción de los basureros al aire libre.

Uno de los principales pendientes de la causa se refiere a la reducción de la contaminación. De similar forma, continúa la necesidad de que se tomen medidas para mitigar el riesgo ambiental en la zona conocida como el Polo Petroquímico Dock Sud, lugar que posee el mayor deterioro del ecosistema, al punto que se convierte en el principal factor de riesgo a la salud de los pobladores de Villa Inflamable.

Todavía es inexistente un estudio que retome la relación entre el programa de saneamiento ambiental con los determinantes de la salud. No se ha efectuado la encuesta integral de salud ambiental, análisis que debe abordar los factores de riesgo para el bienestar de las personas. Esa acción es necesaria para clasificar el perfil epidemiológico de la población de Villa Inflamable, performance que reúne enfermedades propias de la condición de pobreza de las personas y de la contaminación del suelo, del aire y del agua. Inclusive, la comunidad afectada no ha sido censada. Además, no se han implementado mecanismos para informar a los residentes de la cuenca de la disponibilidad de servicios de saneamiento ambiental y de las condiciones para acceder a éstos.

⁵⁶³Op.cit, Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo, 2015, p. 3.

⁵⁶⁴SIGAL, MARTÍN, ROSSI Julieta y MORALES Diego, Argentina: Implementation of collective cases, en LANGFORD, Malcolm, RODRÍGUEZ-GARAVITO, César and ROSSI, Julieta; Langford, Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making It Stick, Cambridge University Press. 2017.

En cuanto a la limpieza de los vertederos de basura en la cuenca, se reconoció que no se ha diseñado un programa que posea una estrategia integral de gestión de residuos, plan que este dirigido a minimizar la producción de basura, y a clasificar las fuentes de recolección diferenciada. Tampoco se ha formulado una política para atender las personas que habitan cerca del sendero de sirga, proyecto indispensable, puesto que esos individuos se hallan en condiciones similares a las personas que fueron relocalizadas.

El balance no parece alentador y supondría que la CSJA perdió su tiempo, al emitir una de sus sentencias más icónicas. Sin embargo, la intervención de la Corte es importante, porque visibilizó una población marginada y excluida de Buenos Aires. Las decisiones del tribunal devolvieron la dignidad a una comunidad olvidada e hizo que se vieran como personas. A su vez, obligó al Estado a tratar un tema ignorado desde hace más de 100 años. Pese a los obstáculos y metas incumplidas, la revisión judicial contribuyó a constituir las condiciones institucionales necesarias para corregir las discriminaciones e inequidades que existen en un CE⁵⁶⁵. Entre esos prerequisites, se hallan la atribución de responsabilidad de funciones a un órgano concreto (ACUMAR), la existencia de un Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo y la participación del Cuerpo Colegiado.

Deben corregirse aspectos de la implementación para maximizar los efectos del fallo de 2008. Para ilustrar, se proponen herramientas que aumenten el compromiso de las autoridades de cumplimiento con la ejecución del plan (jueces y administración). Encima, se recomienda la adopción de estrategias que produzcan mayor participación de la comunidad en el proceso de seguimiento. Al respecto, sería interesante que el Tribunal aceptara de manera directa la supervisión de la recomposición de los daños ambientales.

4.2. Colombia: El aprendizaje del control judicial de DESC en la población carcelaria

En el año 2015, la CCC dio a conocer la Sentencia T-388 de 2013, decisión que reiteraba la declaratoria del ECI en materia carcelaria efectuada en la Sentencia T-153 de 1998, en la medida en que la vulneración sistemática de derechos fundamentales de los reclusos continuaba. La persistencia del ECI se presentaba por motivos diferentes a los que fundamentaron su primera declaratoria. No obstante, algo había cambiado. ¿Qué era? La intervención judicial de la CCC en la política carcelaria. En el año de 1998, ese tribunal protegió de manera fuerte los derechos de los actores y de la población carcelaria, adoptó remedios del mismo nivel de intensidad y renunció a realizar un seguimiento sobre sus órdenes. Casi dos décadas después, esa Corte mantuvo el contenido protegido de los DESC, emitió remedios específicos y estructurales que modificaron la política carcelaria e implementó un modelo de monitoreo de la decisión. En definitiva, CCC pasó de una revisión judicial monológica a una dialógica. A continuación se mostrará esa transformación y sus efectos en la política carcelaria

4.2.1. La inercia política y el activismo judicial en Colombia

En Colombia, el activismo judicial depende de varios factores que han impulsado el progresismo de la Corte Constitucional. El contexto político, social y jurídico es un elemento relevante para estudiar la protección de DESC, porque, esa realidad explica la actuación judicial, de conformidad con aspectos normativos, institucionales y sociales.

La Norma Normarum de 1991 trae consigo la forma jurídica del Estado Social de Derecho, que entraña la variación de dos ideas básicas de los conceptos del constitucionalismo de 1886. En primer lugar, se instauró de manera inequívoca el concepto normativo de la constitución; y en segundo lugar se

⁵⁶⁵Ibídem.

reconoció su supremacía en el ordenamiento jurídico (artículo 4° C.P). Por lo tanto, la Carta Política de Colombia puede ser aplicada directamente sin necesidad de la intermediación de la ley.

Ese texto tiene dos características definitorias, a saber, normativa y garantizada⁵⁶⁶. Aquella acepción se refiera a que organiza los poderes públicos, las fuentes de derecho, y produce de modo directo derechos y obligaciones que se pueden exigir ante las autoridades. Por ejemplo, reconoce una amplia gama de DESC, como la salud, la vivienda, el trabajo o la educación. Ésta implica que existen procedimientos jurisdiccionales para hacer valer sus contenidos ante los jueces, una muestra de ello son las acciones de tutela y popular (artículos 86 y 88 C.P).

Paralelamente, el bloque de constitucionalidad aumenta la densidad normativa de la Carta Política⁵⁶⁷. Lo anterior, en razón de que son normas de rango o jerarquía constitucional que no aparecen de forma literal en el texto del estatuto superior, pero que a través de una cláusula de reenvío contenida en ella, cuentan para todos los efectos con su misma fuerza normativa (bloque en sentido estricto) o constituyen parámetros de interpretación constitucional (bloque en sentido amplio o lato). El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales hace parte del ordenamiento superior por dicha técnica de ampliación normativa, por lo que esos principios son exigibles⁵⁶⁸. La interpretación que realiza el Comité de DESC tiene relevancia para precisar el sentido de los derechos reconocidos en la Constitución y en ese instrumento internacional, dado que es la doctrina autorizada para tal labor⁵⁶⁹.

Además, la Carta Política reconoce extensas facultades a la Corte Constitucional, al punto que la convierte en uno de los tribunales más poderosos del planeta⁵⁷⁰. Ese juez tiene la potestad de ejercer el control abstracto y concreto de constitucionalidad, producto de un sistema mixto (artículo 241 CP). Con el primero, resuelve las demandas de inconstitucionalidad formuladas por cualquier ciudadano contra normas de rango legal o preceptos que pretenden modificar la constitución. Inclusive, ese mecanismo puede activarse de manera oficiosa en decretos expedidos en el marco de estados de excepción, o en leyes estatutarias, aprobatorias de tratados internacionales o de mecanismos nacionales de participación democrática. Con el segundo, estudia las peticiones de protección de derechos fundamentales, ámbito que cobija todas las actuaciones del Estado.

La consagración constitucional de derechos y la atribución de funciones a la Corte Constitucional otorgan un sustento normativo para ejercer una fuerte intervención en la gestión pública. La coexistencia de esas prescripciones ha permitido que el tribunal utilice su amplio poder para materializar su compromiso con los derechos.

⁵⁶⁶PRIETO SANCHÍS, Luis, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 2003, pp. 129

⁵⁶⁷La Corte Constitucional ha construido dos conceptos de bloque de constitucionalidad, uno sentido estricto y otro sentido lato. Esta distinción aparece desde la sentencia C-358 de 1997, y posteriormente se consolida en la C-1991 de 1998. El primero está conformado por aquellos principios y normas de jerarquía que tienen valor constitucional, de modo que cuentan con las siguientes funciones: 1) sirven de parámetro de control de constitucionalidad de las leyes; 2) contienen, en principio, derechos constitucionales fundamentales; y, (3) disputan su eficacia con las normas expresamente consagradas en el articulado de la Constitución. El bloque de constitucionalidad lato sensu está compuesto por todas aquellas normas de diversa jerarquía, que sirven como parámetro de interpretación en el control de constitucionalidad de la legislación ordinaria. Cabe acotar que estas normas no disputan su eficacia con las normas constitucionales, ni hacen parte del articulado de la Constitución. En esta noción más amplia del bloque de constitucionalidad, están incluidos, los tratados de derechos humanos que pueden ser suspendidos o limitados en estados de excepción (C.P. Art. 93, inc. 2 y 53), así como las leyes orgánicas y estatutarias

⁵⁶⁸Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-434 de 2010

⁵⁶⁹Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-376 de 2010, C-355 de 2006 y C-010 de 2000

⁵⁷⁰CEPEDA, Manuel José, Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, Washington University Global Studies Law Review 3, special edition, 2004, pp. 555-556

En Colombia, se presentan elementos institucionales del Estado que favorece el activismo judicial de la CCC y permiten sortear las críticas que ha recibido por desarrollar esa forma de adjudicación de derechos. La independencia judicial frente a los otros poderes públicos y el respeto de las decisiones judiciales por parte de actores sociales e institucionales⁵⁷¹ han empoderado al tribunal constitucional para emitir fallos progresistas. Sucede lo mismo con el fácil acceso a la administración de justicia, la existencia de mecanismos procesales informales y de bajo costo para el ciudadano⁵⁷².

La CCC realiza un control constitucional innovador y comprometido con los derechos, debido a que intenta responder a un contexto institucional de desbordamiento del ejecutivo, de renuncia del ejercicio defunciones del legislativo y de disfuncionalidad del mismo⁵⁷³. Ante ese escenario, la CCC asume las competencias del congreso para controlar al presidente, crear PP y ordenar al gobierno su implementación⁵⁷⁴. Dicha debilidad del legislador se deriva de los problemas históricos de cohesión ideológica de los partidos políticos colombianos⁵⁷⁵.

Durante el vigor de la Constitución de 1886, el Frente Nacional lorgó una paz momentanea⁵⁷⁶ y suprimió la competencia entre los partidos políticos, toda vez que los conservadores y liberales se repartieron la burocracia estatal⁵⁷⁷. Además, el carácter personalista de las reglas electorales minó la autoridad de los jefes del partido, aumentó el clientelismo y redujo la importancia de la ideología. Esa incoherencia afectó al legislativo, por cuanto eran inexistentes los incentivos para promover el grupo y legislar a nivel nacional. Los congresistas sólo se preocupaban para obtener recursos que permitiera mantener el poder. Bajo la vigencia de la Carta Política de 1991, el sistema de partidos continuó con su deterioro, en la medida en que los colectivos tradicionales declinaron su poder, y ocurrieron nuevos fenómenos que aumentaron la incoherencia del legislador y su abdicación del ejercicio de sus funciones⁵⁷⁸. Éstos son el reforzamiento de influencia de los caciques electorales regionales, las microempresas electorales vinculadas a un personaje o a la religión y la corrupción de los parlamentarios.

A nivel social, los movimientos sociales comenzaron a ver en la CCC un espacio para materializar su lucha política y hacer valer sus derechos. Tal escenario autoriza a los colectivos a exponer un discurso contra-hegemónico. Las comunidades históricamente marginadas se atrevieron a solicitar la protección de sus derechos a la administración y a los jueces por el reconocimiento de éstos. Las nuevas garantías dieron origen a nuevas demandas sociales.

⁵⁷¹JARAMILLO PÉREZ, Juan Fernando, *La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica*, en *Constitución, democracia y derechos*, Centro de Estudios del Derecho y Sociedad Dejusticia. Bogotá, 2016, p. 51

⁵⁷²Op.cit, UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA VILLEGAS Mauricio. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia". En *Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas* (eds.). *Emancipación Social y Violencia en Colombia*, 2004

⁵⁷³Op.cit, LANDAU, David, *Instituciones políticas y función en derecho constitucional comparado*, en *Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá 2015, pp. 195-234

⁵⁷⁴CEPEDA ESPINOSA Manuel José y LANDAU David, *Colombian Constitutional Law Leading Cases*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 305-317.

⁵⁷⁵FALLA CASANOVA, Faiber Eucario, *Algunas consideración del principio democrático y la función legislativa parlamentaria en Colombia*, en *Primeras jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 216-221.

⁵⁷⁶RODRÍGUEZ VILLABONA Andrés Abel, *La circulation de modèles juridiques les origines de l'état providence en colombie pendant les années trente et l'influence du constitutionalisme français du début du xxe siècle*, THÈSE Pour obtenir le grade de, DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES, Spécialité : Droit Public, Noviembre de 2015, p. 368

⁵⁷⁷Op.cit, LANDAU, David, *Instituciones políticas y función en derecho constitucional comparado*, en *Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá 2015, pp. 195-234

⁵⁷⁸Ibidem.

4.2.2. El inicio: el activismo judicial monológico y la naciente teoría de los ECI

La Sentencia T-153 de 1998⁵⁷⁹ es una de las decisiones paradigmáticas tanto en los ECI como en la intervención del juez en el ciclo de política pública. Por una parte, reconoció que el problema carcelario era estructural, por lo que requería una acción coordinada de varias autoridades públicas. Por otra parte, la CCC consolidó su posición que defiende que la cárcel no es un espacio excluido del derecho y no escapa al control constitucional⁵⁸⁰. Los derechos fundamentales tienen plena vigencia en las prisiones y los reclusos son titulares de éstos.

El actor de ese entonces, un interno de la cárcel de Bellavista de Medellín, promovió acción de tutela contra el Ministerio de Justicia y el INPEC, debido al hacinamiento que sufría en ese centro penitenciario. Así mismo, la Corte acumuló otra demanda que advirtió la sobrepoblación de la cárcel modelo de Bogotá. Las entidades accionadas manifestaron que esa situación se causó, en razón de que los recursos presupuestales eran insuficientes para la reforma de los centros de reclusión.

Para emitir la decisión, la Sala Tercera de Revisión remitió a varias entidades públicas algunos cuestionarios sobre la situación carcelaria del país. Las preguntas tenían finalidad de obtener información general del asunto y la incidencia en dicha gestión pública⁵⁸¹. Además, se aceptó la intervención de la Comisión Colombiana de Juristas en calidad de *amicus curiae*. Y se efectuaron inspecciones judiciales respectivas a los penales de los tutelante de esa oportunidad, diligencias que confirmaron la conclusión de que las cárceles son absolutamente inhumanas e indignas de una persona.

En ese contexto, el tribunal estuvo receptivo con las posiciones de diversas instituciones y tomó una decisión de acuerdo con éstas, empero no incluyó en esa conversación a la comunidad afectada, es decir, a los presos. Además, la solicitud de informes jamás evidencia un diálogo interactivo entre las diferentes posiciones.

La declaratoria del ECI se basó en la constatación de una grave afectación de derechos humanos a una población específica, verificación que supone una concepción fuerte de DESC, por cuanto se reconoce la vigencia de esos principios en las cárceles, mandatos que deben ser garantizados por parte del Estado⁵⁸². A pesar de la reclusión, los internos mantienen incólumes sus derechos a la vida e integridad personal, a la dignidad, a la igualdad, a la libertad religiosa, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la alimentación, al trabajo, a la salud, al debido proceso, a la educación y al derecho de petición. Las autoridades públicas tienen la obligación de no interferir esos principios y desplegar acciones para garantizar a los internos tales contenidos superiores. Para ilustrar el desconocimiento, se aseveró que el hacinamiento afecta la educación y el trabajo, porque los puestos de ocupación y estudio son escasos en

⁵⁷⁹ Antes de la providencia citada, la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional en las Sentencias T-227 de 1997, SU-559 de 1997, T-068 de 1998.

⁵⁸⁰ JARAMILLO PÉREZ Juan Fernando, UPRIMNY Rodrigo Y GUARNIZO Diana, Intervención judicial en cárceles, en Constitución, democracia y derechos, Centro de Estudios del Derecho y Sociedad Dejusticia. Bogotá, 2016 pp. 461-462

⁵⁸¹ Las entidades requeridas fueron las siguientes: Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación, Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Policía Nacional

⁵⁸² En Sentencia T-153 de 1998, se justificó esa determinación en que “*En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional*”.

relación con la demanda, situación que genera la extorsión y la corrupción. Los derechos mencionados tenían fuente en los instrumentos de protección de derechos humanos, la Constitución y en el Código Penitenciario.

La Sala Tercera de Revisión denunció que el hacinamiento carcelario ascendía al 45.3%, escenario que se agravaba con el deficiente mantenimiento de las construcciones⁵⁸³. A su vez, se identificaron las siguientes causas de la vulneración masivas de derechos humanos: i) el crecimiento demográfico y criminógeno; ii) la crisis socioeconómica y política; iii) el lento proceso de reposición de centros carcelarios así como ampliación de cupos; iv) la imposibilidad de traslados a cárceles sin hacinamiento; v) la mayor rigidez punitiva a ciertas conductas delictivas; vi) la prohibición de conceder la libertad provisional para un amplio número de conductas punibles y poco uso de los subrogados penales; vii) el incumplimiento de términos por parte de las autoridades judiciales; y viii) los problemas de infraestructura, ya que no responde a las necesidades de la población carcelaria. El deterioro de la infraestructura impide que muchos espacios sean utilizados. Todos esos motivos son una barrea para que el tratamiento penitenciario cumpla con su fin de resocialización de los reclusos.

La Corte advirtió que el juez está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, al punto que tenía la obligación de expedir órdenes estructurales. Lo anterior, en la medida en que la solución a las insatisfacciones y males del sistema penitenciario se encuentra en las manos de distintas ramas del Poder Público. Por eso, consideró procedente las acciones de tutela y declaró el estado de cosas inconstitucional en prisiones.

Después de esa valoración en clave de derechos humanos, la CCC adoptó una serie de remedios positivos que implicaban un actuar de la administración. Tales medidas tuvieron el nivel de intensidad fuerte, puesto que modificaron y ordenaron de manera detallada la formulación e implementación de la política pública carcelaria.

En primer lugar, se procedió a notificar de la situación de desconocimiento de derechos humanos a las cabezas del ejecutivo, legislativo y judicial⁵⁸⁴. Esa medida representa un foco de atención del problema penitenciario en la agenda gubernamental del Estado, situación insatisfactoria que había sido incluida en ésta, como lo demuestra el documento norte de política pública del país, Conpes 2797 de 1995. Sin embargo, los inconvenientes entorno a la población carcelaria perdieron relevancia para el Estado sin que se hubiesen solucionado. Con la declaración del ECI, la Corte vuelve a poner en uno de los primeros lugares de la agenda de la administración el tema de cárceles, por lo que resaltó que las autoridades conocían de la situación, empero no hacía nada al respecto.

Además, el remedio declarativo significó una tenue ejecución de rendición de cuentas, como quiera que la identificación de las autoridades competentes para diseñar y ejecutar la política carcelaria permite su vigilancia por parte de la ciudadanía, empero no profundiza en el control, al omitir la atribución clara de responsabilidades. Por ende, esa comunicación resta eficacia en la participación de la sociedad y no es un verdadero estadio de control que debe tener una política con enfoque en derechos humanos.

⁵⁸³La CCC precisó que el problema de hacinamiento carcelario es una constante histórica en la gestión pública y puede dividirse en las siguientes fases: i) la época del asentamiento, entre 1938 y 1956; ii) la época del desborde, entre 1957 y 1975; iii) la época del reposo, entre 1976 y 1994; y iv) la época de la alarma, desde 1995 hasta la fecha.

⁵⁸⁴Se notificó del estado de cosas inconstitucional al Presidente de la República, los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación. A nivel local, a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales.

En segundo lugar, la decisión estableció órdenes demasiado precisas para cada entidad en relación con sus funciones. Incluso, restringió las alternativas de decisión en la formulación de la política pública, acto que entraña una interferencia extrema en la etapa de diseño de ésta. La Corte ordenó al INPEC la elaboración de un plan de construcción y refacción carcelaria con el fin de garantizar a los reclusos las condiciones de vida digna en los penales. Lo expuesto dejó poco margen de maniobra en la gestión pública, por cuanto el juez constitucional seleccionó el único camino para atender el problema social, éste era, la construcción de cárceles. Ello concuerda con la deferencia que tuvo el Tribunal Constitucional para proferir medidas regulativas que cambiaran las prácticas punitivas del sistema penal, por ejemplo, apenas llamó la atención para disminuir la detención preventiva y aumentar la concesión de subrogados penales. Por tanto, en el ECI de cárceles, la Corte fungió como un ordenador que olvida el margen de apreciación que tiene la administración para corregir un rumbo administrativo y no como un actor que destrabara un bloqueo institucional.

En tercer lugar, los remedios interfirieron la fase de implementación, al concentrarse en ordenar el cumplimiento de la política de prisiones fijadas en la Ley –Código Penitenciario y Carcelario- y en el Conpes 2797 de 1995. Una muestra de ello correspondió con mandar a las autoridades que cumplieran con la prescripción legal de clasificar a los reclusos entre indiciados y condenados, al igual que separaran a los presos que pertenecieron a las fuerzas militares de los demás internos⁵⁸⁵. También, emitió órdenes súper detalladas en la implementación de proyectos o planes específicos, verbigracia la suspensión del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Bogotá.

Conjuntamente, la Corte modificó dicho estadio, al evidenciar que los recursos asignados para la política de prisiones eran insuficientes para cubrir con las obligaciones internacionales, constitucionales y legales. De ahí que la Sala de Revisión estimó que el primer paso para atacar la vulneración sistemática de los derechos fundamentales era la provisión de recursos dentro del presupuesto, posición que se sustentó en el gasto público prioritario del artículo 350 de la Carta Política⁵⁸⁶. Es más, señaló que era necesario ese aumento de recursos para la construcción de áreas de esparcimiento en los penales y el aumento de guardias. Ese remedio contra-burocrático afecta de manera mediata al legislador, puesto que éste autoriza el presupuesto de la nación a iniciativa del gobierno nacional para la gestión pública. A su vez, tiene un efecto de desbloqueo del servicio administrativo, como quiera que la existencia de recursos facilita la observancia de metas.

Ahora bien, la Sentencia T-153 de 1998 implementó un seguimiento en una intensidad débil, dado que delegó el monitoreo de la ejecución de sus órdenes a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación. Así mismo, no se fijaron parámetros para controlar el avance de las autoridades en la política carcelaria.

⁵⁸⁵Por ejemplo se ordenó a los gobernadores y los alcaldes, y a los miembros de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que den cumplimiento estricto a lo establecido por el artículo 17 del mencionado Código Penitenciario y Carcelario, norma que atribuye la obligación a las autoridades locales para mantener presiones en su jurisdicción con el fin de mantener cerca de su lugar de origen a las personas que fueron internadas en cárceles de manera preventiva o condenadas por la comisión de contravenciones.

⁵⁸⁶Sentencia T-153 de 1998: “Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para convertir a las prisiones en centros donde los derechos fundamentales tengan vigencia. La inversión en las prisiones no puede ser objeto de transacciones. Tampoco caben objeciones en contra de ella. El Estado tiene la obligación constitucional de ofrecerle a los reclusos condiciones dignas de vida. El gasto en prisiones - relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva - tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. La Corte es consciente de que el gasto público en el mejoramiento de la situación carcelaria en el país acarrea necesariamente reducciones en la inversión en otros campos. Sin embargo, la Corte considera que el sacrificio que ello impone sobre los demás ciudadanos no es desproporcionado, en razón de su carácter temporal, de la deuda de la Nación para con los reclusos - dada la inveterada violación de sus derechos fundamentales -, y de las obligaciones especiales del Estado con los reclusos. Además, este sacrificio es exigible en el marco del deber ciudadano de solidaridad social (C.P. art. 95.2.)”.

Inclusive, en el Auto 041 de 2011, la Corte descartó la solicitud de apertura de incidente de desacato en relación con las órdenes impartidas en la provincia de 1998. La petición fue presentada por un grupo de investigación de una universidad, quien señaló que el hacinamiento carcelario continuaba y que la construcción de nuevas penitenciarias no resolvería el problema. Además, indicó que se desconocieron las órdenes de separación de sindicados y condenados, de exmiembros de la fuerza pública y los civiles, y del aumento de personal especializado en los centros penitenciarios y carcelarios. La decisión se justificó en que los hechos que fundamentaron la petición no eran los mismos que la Sala estudió en la Sentencia T-153 de 1998. De hecho, los contextos, las dimensiones y las razones eran diversos. Además, aseveró que Sala no contaba con la información adecuada y suficiente para adoptar una determinación, la cual sólo se obtiene en un proceso. Ante ese escenario, se remitieron las peticiones a las instituciones de control de las entidades públicas y de promoción y defensa de los derechos constitucionales, para que, de acuerdo con sus competencias y funciones, acompañaran a los solicitantes en los procesos, acciones y trámites a que haya lugar o que convenga iniciar.

En Sentencia T-606 de 1998, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de salud para los internos y continuó con su intervención judicial monológica. Se encontraron múltiples fallas en la prestación de atenciones hospitalarias para los reclusos, a saber: i) deficiencia del personal médico; ii) la indiferencia de las autoridades en relación con la agilidad del servicio de salud, iii) la falta de medicamentos, tratamientos y terapias. Por consiguiente, concluyó que tales irregularidades desconocieron los derechos a la salud y a la dignidad humana de los presos, discernimiento que muestra una concepción fuerte de derechos.

En ese contexto, el Tribunal adoptó remedios de dos pasos o niveles, puesto que emitió una respuesta al caso particular y una medida estructural para solucionar los inconvenientes en el sistema de salud carcelario. Así, protegió al tutelante de ese entonces, debido a que el INPEC exigió para autorizar una radiografía de rodilla la historia clínica del paciente, documento que éste no poseía. La Corte estimó que no podía limitarse a expedir una orden individual ante las deficiencias del sistema de salud que atiende a los reclusos. Por ello, dispuso que el INPEC en coordinación con los ministerios de Justicia y del Derecho, de Hacienda, de Salud y con el Departamento Nacional de Planeación, contratara o constituyera un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada. Al respecto, se tiene una aplicación individual de los DESC, al resolver un caso particular del demandante. Dicha medida se acompaña de una orden colectiva estructural, que busca configurar un modelo de atención en salud. Tal coexistencia evidencia que se emitieron remedios moderados, los cuales precisaron elementos requeridos para proteger los derechos de un interno y proponer un plan que salvaguarde esos mismos principios en la población carcelaria.

En la providencia mencionada, la Corte siguió el patrón de un seguimiento débil, puesto que delegó el monitoreo de la orden estructural al juez de primera instancia, por la Procuraduría General de la Nación y por la Defensoría del Pueblo. Aunque, aclaró que el cumplimiento del fallo estaría a cargo del director del INPEC.

4.2.3. ¿Las medidas tuvieron impacto alguno en la disminución de la vulneración de derechos humanos?

Los estudios sobre el impacto de la Sentencia T-153 de 1998 concluyeron que la decisión tuvo altos efectos en relación con la estructura, las instituciones y penitenciarias, así como en política carcelaria, empero esas consecuencias no se tradujeron en la protección de los DESC de la población de presos⁵⁸⁷

⁵⁸⁷ARIZA HIGUERA Libardo José, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo

ni en la disminución del fenómeno del hacinamiento. Las explicaciones de tales resultados giran en torno a la orientación de los remedios judiciales proferidos y a la ausencia de algún modelo de seguimiento de la providencia.

Libardo Ariza advierte que la intervención judicial de la Corte Constitucional produjo el ingreso al país de las políticas neoliberales para el tratamiento del conflicto social en un contexto inequitativo y desigual⁵⁸⁸. En desarrollo de esa visión, el gobierno se concentró en modernizar la infraestructura carcelaria y aumentar los cupos para las personas en las penitenciarías, medidas que no garantizan los derechos de los internos. Se trata de una relación entre la Sentencia T-153 de 1998 y la expansión del sistema de prisiones en Colombia.

En los años posteriores a 1998, el norte de la gestión pública carcelaria se dirigió a ampliar la oferta de cupos para personas en las prisiones colombianas con las construcciones de los penales o las adecuaciones de instalaciones viejas, de acuerdo con la orden 3ª de la providencia mencionada en el párrafo anterior⁵⁸⁹. Para ilustrar ese hecho, los documentos de política pública elaborados por parte del Consejo Nacional de Política Económica y Social se plantearon como meta alcanzar ese objetivo, a saber texto: CONPES 3086 de 2000 Ampliación de la Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria; ii) CONPES 3277 de 2004 Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios; iii), CONPES 3412 de 2006 Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios; y iv) CONPES 3575 de 2009 seguimiento de los CONPES anteriores. Esos documentos consideraron que la creación de 24.618 de cupos con un costo de \$ 364,4 mil millones era la única medida que reduciría el hacinamiento carcelario, causa de la vulneración de los derechos de los internos.

En el tema carcelario, diversos informes de entidades estatales reconocieron que la actuación gubernamental se circunscribió a la expansión del sistema penitenciario con el fin de cumplir la Sentencia T-153 de 1998. En el documento llamado “*Programa General para dar cumplimiento a la sentencia T-153 del 28 de abril de 1998 de la Corte Constitucional*”, el INPEC propuso responder los remedios judiciales con la edificación de módulos prefabricados en los establecimientos penitenciarios existentes para crear 2000 cupos y con la construcción de tres complejos carcelarios con el objeto de generar 5.600 nuevos cupos. En el informe del año 2003 denominado Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia, la Defensoría del Pueblo aseveró que los resultados en la elaboración y refracción de infraestructura carcelaria fueron positivos, acción supervisada por esa institución.

del Sur Global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015, parte I, capítulo 3; ARIZA HIGUERA, LIBARDO JOSÉ, Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina / Libardo José Ariza, Manuel Iturralde. -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011; Op.cit JARAMILLO PÉREZ Juan Fernando, UPRIMNY Rodrigo Y GUARNIZO Diana, Intervención judicial en cárceles, en Constitución, democracia y derechos. Bogotá, 2016; Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America, Texas Law Review Vol 89, 2014, pp. 16669-1698; Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcolm LANGFORD (ed.) Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, 2013, Op.cit, RODRIGUEZ GARATIVO CESAR, El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 Diciembre de 2013.

⁵⁸⁸Op.cit, ARIZA HIGUERA Libardo José, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, Bogotá 2015, parte I, capítulo 3, p. 197

⁵⁸⁹MINISTERIO DE JUSTICIA y OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL, Una mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, disponible en línea [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf?ver=2017-03-09-181156-490] tomado el 15-05-2017 a las 2:54 pm, p. 6

Esa política pública disminuyó la sobrepoblación de las prisiones de manera momentánea, por lo que éste fenómeno volvió a aumentar con el tiempo, verbigracia, en el año 2004, el hacinamiento creció alrededor del 37 %⁵⁹⁰. La explicación de esa fluctuación se produjo por la construcción y refracción de los establecimientos carcelarios, sitios que lograron albergar a más reclusos. Lo propio sucedió con la entrada en vigencia de las Leyes 599 Código y 600 de 2000, Códigos Penal y de Procedimiento Penal respectivamente, normas que generaron el egreso de 2.246 internos de las prisiones en el año 2001⁵⁹¹. El Ministerio de Justicia resumió ese trasegar de la siguiente forma:

“la asignación de recursos por partes de las entidades para la modernización de la infraestructura física de los establecimientos penitenciarios del orden nacional, que a corto plazo significó la disminución de las cifras de hacinamiento (cuyos mínimos se alcanzaron en 2002 con 16,5% y el 2007 con 15,1%), pero a largo plazo no tuvo una implicación real sobre las condiciones de habitabilidad y particularmente para la garantía de derechos de la población privada de la libertad, y de cumplimiento de la pena dentro de los establecimientos penitenciarios, sino que repercutieron en una modernización del sistema que amplió su capacidad, la cual rápidamente fue ocupada y superada”⁵⁹²

A su vez, la construcción de nuevos establecimientos no significó la eliminación del desconocimiento de los derechos humanos de los presos, puesto que esas vulneraciones continuaron en cárceles antiguas y nuevas que se edificaron como resultado de la Sentencia T-153 de 1998⁵⁹³. En el año 2001, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia registró diferentes afectaciones a la vida, a la integridad personal o a la dignidad humana de los reclusos, por ejemplo, en las prisiones La Modelo y Bellavista se observó hacinamiento aunado a pésimas condiciones de detención⁵⁹⁴, y en la cárcel de Valledupar se constataron tratos crueles e inhumanos, sin que existiera sobrepoblación en el penal⁵⁹⁵

⁵⁹⁰Opcit, JARAMILLO PÉREZ Juan Fernando, UPRIMNY Rodrigo Y GUARNIZO Diana, Intervención judicial en cárceles, en Constitución, democracia y derechos. Bogotá, 2016, p. 463

⁵⁹¹DEFENSORIA DEL PUEBLO COLOMBIA, informe : el análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia del año 2003, disponible en línea [http://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/810/An%C3%A1lisis-2003-sobre-el-hacinamiento-carcelario-y-penitenciario-en-Colombia-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Derechos-Humanos.htm] tomado el 15-05-2017 a las 1:32 a.m.

⁵⁹²Opcit, MINISTERIO DE JUSTICIA y OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL, Una mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, 2016, p. 6

⁵⁹³Opcit, ARIZA HIGUERA Libardo José, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, Bogotá 2015, parte I, capítulo 3, p. 200

⁵⁹⁴MISIÓN INTERNACIONAL DERECHOS HUMANOS Y SITUACIÓN CARCELARIA, MARTÍNEZ Federico Marcos, TIDBALL-BINZ Morris y YRIGROYEN FAJARDO Raquel, Informe: centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos, por ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS OFICINA EN COLOMBIA, Bogotá, 2001, disponible en línea [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/tematicos/informe%20carceles.htm#_ftnref15] tomado el 15-05-2017 a las 2:54 a.m. Párr. No 36 “La Misión visitó centros como la cárcel del Distrito Judicial de Bogotá-La Modelo, la cárcel del Distrito Judicial de Cali-Villabermosa, la cárcel del Distrito Judicial de Medellín-Bellavista y la cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga-La Modelo donde documentó condiciones violatorias de los derechos humanos de las personas privadas de libertad favorecidas por el alto nivel de hacinamiento. En esos centros carcelarios, el hacinamiento oscila entre el 200% y el 370% de ocupación por cien plazas disponibles. En la cárcel del Distrito Judicial de Bogotá-La Modelo, la Misión examinó por ejemplo los llamados “socavones”: largos y estrechos túneles entre paredes, sin ventilación, luz y con pésimas condiciones de salubridad, en cuyas profundidades se apilan para dormir decenas de reclusos, quienes no cuentan con otro lugar o alternativa de espacio para habitar. La Misión constató situaciones similares en otras cárceles y penitenciarias visitadas, adonde pudo observar, por ejemplo, en situaciones extremas de hacinamiento, la improvisación de lugares para dormir a la intemperie e, incluso, entre retretes de baños o colgados de los techos, como en la estación policial de Girardot en Bogotá”.

⁵⁹⁵Ibidem, parr No 39 “La Misión nota, sin embargo, que si bien el hacinamiento –sobre todo cuando es extremo– genera una situación de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, también es posible que sin una realidad de hacinamiento existan tratos crueles, inhumanos y degradantes en las prisiones. En Colombia, es el caso de la Penitenciaría Nacional de Valledupar (inaugurada en agosto de 2000, con una población reclusa aún por debajo del 100% de cupos disponibles y presentada por el Ministerio de Justicia y del Derecho a la Misión como un “modelo” o “cárcel piloto”), establecimiento en el que la Misión

Las críticas se justifican en que la Corte Constitucional abordó la resolución del estado de cosas inconstitucional en prisiones con base en una perspectiva institucional que desecha el estudio del detalle de las condiciones de los internos en la realidad. A su vez, esa visión determina la orden judicial a proferir, la cual se reduce a medidas de racionalización de la burocracia carcelaria y de modernización del sistema penitenciario. El remedio del desbloqueo institucional es inadecuado para disminuir la vulneración de derechos humanos, dado que expande el sistema penitenciario, sin revisar la salvaguarda de esos principios. Además, la revisión judicial que se reduce a ampliar los recursos de modelo carcelario soslaya que la cárcel es una institución que produce segregaciones sociales o raciales, por lo que reforzar a ésta significa vigorizar esa segmentación social.

En ese escenario, se propone que un control más eficaz hubiese correspondido con otorgar la libertad de los reclusos, cerrar penitenciarias en donde existan condiciones inhumanas o prohibir el ingreso de presos a las mismas⁵⁹⁶. Esos remedios se fundamentan en una exigibilidad inmediata de los DESC de los reclusos, puesto que ellos no están en la obligación de soportar el cumplimiento de su pena en un lugar donde se vulneran sistemáticamente derechos humanos y se habita en condiciones infrahumanas⁵⁹⁷. Tales medidas no desconocen la división de poderes, por cuanto la CCC modificaría una arista de la política criminal, tal como hizo con la promoción de la expansión del sistema penitenciario⁵⁹⁸.

Ahora bien, otros investigadores comparten la visión de que la intervención judicial no ha sido ideal, de modo que siguen las condiciones deplorables de reclusión para las personas que padecen el *ius-puniendi* del Estado. Sin embargo, reconocen que esa labor trajo mejoría a la protección de los derechos humanos de los presos⁵⁹⁹. Consideran que la respuesta sobre la oferta de cupos y no sobre la reducción de la demanda es una estrategia legítima, como quiera que esa salida respeta las competencias del legislador en materia de política carcelaria y criminal. De igual forma, esos remedios protegen los derechos fundamentales de los reclusos, al aumentar los cupos con calidad en términos de protección.

La poca eficacia de la Sentencia T-153 de 1998 sobre los efectos positivos en los DESC de la población carcelaria podría disminuir con la implementación de mecanismos de seguimiento a dicha providencia, monitoreo que incluya el apoyo institucional o social. Inclusive, señalan que la combinación de derechos y remedios fuertes, así como seguimiento débil produce escasas consecuencias en relación con

constató serias irregularidades y prácticas abusivas que originan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre las que se destacan como principales: -serias deficiencias de infraestructura como la inundación de celdas (por ejemplo, las celdas de aislamiento expuestas a la intemperie, presentan desnivel invertido, con lo cual la lluvia las inunda y obliga a los internos allí recluidos a desaguarlas manualmente), la inoperancia y el rebosamiento de los sistemas sanitarios, la falta de duchas en algunos patios y el acceso muy restringido al agua corriente y potable. Estas deficiencias no han sido subsanadas, a pesar de las debidas y oportunas denuncias; - servicios básicos inadecuados, incluyendo la contaminación fecal de los alimentos y unos servicios de atención médica insuficientes e inadecuados; - falta de oportunidades de trabajo, educación y recreación para los internos; - tratos crueles a los internos como golpizas por parte del personal de guardia, de acuerdo con múltiples denuncias debidamente substanciadas ante la Defensoría del Pueblo, que fueron recogidas por la Misión durante la visita; y - trato y requisas vejatorias a las visitas, incluyendo requisas vaginales según los testimonios y las denuncias recibidas por la Misión”.

⁵⁹⁶, ARIZA HIGUERA, LIBARDO JOSÉ, *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*, 2011, p. 93-94

⁵⁹⁷Op.cit, ARIZA HIGUERA Libardo José, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano*, en BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá 2015, parte I, capítulo 3, p. 195

⁵⁹⁸Op.cit, ver cita 545.

⁵⁹⁹Op.cit, JARAMILLO PÉREZ Juan Fernando, UPRIMNY Rodrigo Y GUARNIZO Diana, *Intervención judicial en cárceles*, en *Constitución, democracia y derechos*. Bogotá, 2016, pp. 465-467

la garantía de los derechos de los interesados, dado que la intervención adquiere la característica de monológica⁶⁰⁰.

Como muestra el panorama expuesto, la Sentencia T-153 de 1998 obtuvo muy pocos efectos positivos en la protección de los derechos de los internos por haber emitido remedios judiciales muy precisos y detallados, medidas que cerraron el margen de actuación de la administración. La CCC restringió de manera desmedida la fase de formulación de la decisión de la política carcelaria, por cuanto delimitó la alternativa que debía seguir la administración, sin verificar si ello podía causar una distorsión en la actuación gubernamental. Los documentos CONPES y la evidencia empírica demuestran que la burocracia quedó encerrada a ampliar la oferta del sistema carcelario, respuesta que no resolvió el hacinamiento. Aunado a lo anterior, esa gestión no tuvo posibilidad de corregir su rumbo, toda vez que esa Corte renunció al seguimiento de la providencia, dimisión que perjudicó la eficacia de la decisión y la evaluación a tiempo de la gestión pública.

4.2.4. La transformación: una forma de activismo judicial dialógico: Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015

A diferencia de la intervención judicial monológica efectuada en la Sentencia T-153 de 1998, la CCC modificó el enfoque analítico para tratar la grave crisis carcelaria que afronta el país, la cual se agravó en la década de 2010. El cambio consistió en ampliar la comprensión de fenómeno, por lo que se dejó de considerar el problema carcelario como un inconveniente de falta de racionalización del sistema penitenciario. En realidad, ese tribunal entendió que la vulneración de derechos humanos es consecuencia de diversas dificultades de la política criminal del Estado colombiano y no exclusivamente en la administración penitenciaria. Ello significó la formulación de remedios más abiertos para poder obtener algún resultado. La nueva visión es consecuencia del diálogo de la Corte con otros poderes públicos. En las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, la CCC reconoció que las estrategias de adecuación de infraestructura carecen de impacto sobre el hacinamiento carcelario sino se mejora la gestión pública que tiene la finalidad de responder los comportamientos criminales en una sociedad.

En la Sentencia T-388 de 2013, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la CCC declaró un nuevo estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria⁶⁰¹, situación que era diferente a la que ocurrió en el año 1998. El tribunal indicó que el escenario de vulneración de derechos de la última década del siglo XX, que correspondía a la deficiencia de la infraestructura de las prisiones, quedó parcialmente superado por esfuerzo del Estado⁶⁰². En contraste, a comienzos del segundo lustro del siglo XXI, la vulneración estructural de derechos de la población presa de Colombia es producto de una política criminal contraria a la Carta Constitucional de 1991 y a problemas en los programas que garantizan las

⁶⁰⁰Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America, Texas Law Review Vol 89, 2014, pp. 16669-1698; Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcolm LANGFORD (ed.) Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, 2013, Op.cit, RODRÍGUEZ GARAVITO CESAR, El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 Diciembre de 2013

⁶⁰¹ En la Sentencia T-388 de 2013, se indicó que se observaban los siguientes elementos de los ECIs: “(i) los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad han sido incumplidas de forma prolongada; (iii) el Sistema penitenciario y carcelario ha institucionalizado prácticas inconstitucionales; (iv) las autoridades encargadas no han adoptado las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar efectivamente la vulneración de los derechos; (v) las soluciones a los problemas constatados en el Sistema penitenciario y carcelario, comprometen la intervención de varias entidades, requiere un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; y, por último, (vi) si todas las personas privadas de la libertad acudieran a la acción de tutela, se produciría una congestión judicial mayor de la que ya existe actualmente”.

⁶⁰²La explicación ampliada de la superación del ECI declarado en la Sentencia T-153 de 1998 en el fundamento jurídico 4.3.1.

condiciones básicas de los reclusos, por ejemplo, el acceso a salud, alimentación y a entornos higiénicos. Además, en la actualidad existe una gestión pública carcelaria, mientras en la década de 1990, el Estado tenía abandonada esa área.

En el año de 2013, se estudiaron 9 nueve procesos acumulados de acción de tutela, en relación con 6 cárceles ubicadas en diferentes partes de Colombia, a saber, los establecimientos de Cúcuta, la Tramacúa, la Modelo, Bella Vista, San Isidro y de Bucaramanga. Los actores de ese entonces reclamaron la protección de sus derechos fundamentales vulnerados por las condiciones indignas e inhumanas de reclusión. Algunos tutelantes demandaron que se adoptaran las medidas necesarias para salir del ECI en prisiones. Otros censores indicaron que esa situación no se superó, por lo que el Estado no puede mantenerlos privados de su libertad en condiciones deplorables de reclusión y pidieron que fuesen exonerados de su reclusión.

La decisión adoptada por parte de la Corte se basó en un diálogo institucional, debido a que se sustentó en información de diversas entidades sobre el estado de las cárceles y penitenciarias de Colombia. De esta manera, se reseñaron los estudios elaborados por el Congreso de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la academia (estudios sobre la política penitenciaria en el país, en Latinoamérica y Norteamérica), los medios de comunicación (reseñas de la forma en que la prensa había relatado la crisis carcelaria), la opinión pública, el Gobierno Nacional e INPEC, el Departamento Nacional de Planeación y la Comisión Asesora de Política (análisis que constató los problemas en cada fase de la política criminal). En esos documentos, se tomó nota de la representación simbólica que tiene la sociedad de la realidad que se vive en las prisiones del país, y de las salidas diferentes de la crisis carcelaria a la modernización y expansión del sistema penitenciario.

En relación con los derechos, la CCC adoptó una concepción fuerte de protección de esos principios, como quiera que precisó los contenidos mínimos de las garantías que la Constitución reconoce a los internos, los cuales son exigibles judicialmente. Al respecto, la dignidad adquiere un papel relevante para evaluar un tratamiento penitenciario, parámetro que no salvaguarda el sistema carcelario colombiano. Inclusive, ese principio-valor-derecho se erige como el indicador perfecto para medir el respeto de los derechos fundamentales de los presos, pues es la norma fundante del Estado Social de Derecho. En ese marco, la Sala referenció que los internos eran titulares de las garantías que se enuncian a continuación, los cuales son aplicación inmediata:

“una reclusión libre de hacinamiento; una infraestructura adecuada; el derecho a no estar sometido a temperaturas extremas; el acceso a servicios públicos; a alimentación adecuada y suficiente; al derecho a la salud, a la integridad física y mental y a vivir en un ambiente salubre e higiénico; el derecho de toda persona a las visitas íntimas; el derecho a poder regresar a una sociedad en libertad y democracia; así como el derecho de acceso a la administración pública y a la administración de justicia”⁶⁰³.

Además, reconoció el derecho que tiene toda persona privada de la libertad, o puede estarlo, de que se tomen las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la materialización plena del goce efectivo de sus derechos fundamentales. En otras palabras, es un derecho que tienen los presos de contar con políticas públicas escritas, que garanticen progresiva y sosteniblemente las facetas prestacionales de los derechos fundamentales, -entre ellos los DESC- sin discriminación y con espacios de participación entre sus diferentes etapas, gestión que debe estar implementándose. Nótese que las PP son una herramienta esencial para observar ese tipo de principios, por lo que deben desarrollarse con sujeción al ordenamiento superior. Se subrayó que la población carcelaria es considerada una minoría política que

⁶⁰³Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-388 de 2013.

poco es tenida en cuenta en los procesos electorales, debido a su exigua influencia social. Ante esa situación, el juez constitucional debe proteger con celo los derechos de ese grupo poblacional e intentar ser su voz frente a las demás autoridades y la sociedad.

Los remedios judiciales tuvieron un sistema particular de tres etapas, que trató de dar una solución omnicompreensiva a los expedientes revisados y a la problemática del ECI de cárceles. Esa coexistencia de órdenes de diferentes velocidades y ámbitos de aplicación representa la emisión de remedios moderados, debido a que imprimieron detalles a las directrices para garantizar ciertos derechos, empero, en otros eventos, se emitieron ordenes complejas que dejaron abiertos espacios para que se presentará un diálogo entre las entidades y los reclusos. La Sala resaltó que las directrices dictadas no pretenden usurpar las funciones del legislador o la administración en la política carcelaria y criminal. A través de una conversación institucional, los jueces facilitarán el adecuado ejercicio de la función pública en el área referida. Las medidas judiciales jamás deben concentrarse exclusivamente a la construcción de prisiones, por lo que deben acompañarse de otras que garanticen los derechos de los internos, por ejemplo, modificaciones legales y constitucionales de la política criminal. Así, *“en una sociedad libre y democrática, fundada en la dignidad humana, el castigo penal debe ser el último recurso (ultima ratio) que se emplee para controlar a las personas; la política criminal debe ser, ante todo, preventiva”*⁶⁰⁴. A continuación, se muestra los tres tipos de órdenes que expidió la CCC.

En una primera etapa, se profirieron las medidas respectivas para garantizar los derechos fundamentales a la salud, al agua o la salubridad de los tutelantes, al atender el caso concreto. También se respondieron peticiones específicas de los petentes. Al respecto, la CCC indicó que un recluso no adquiere el derecho a ser liberado por estar confinado en una prisión que desconozca sus derechos, porque esa medida quebrantaría otros principios y valores constitucionales, como los derechos de las víctimas, el derecho al debido proceso, a vivir en un orden justo, de las personas a que se condene y prevenga la comisión de delitos o el respeto de las decisiones judiciales por parte de los jueces de amparo de derechos. En un ECI, los presos tienen el derecho a que se diseñen e implementen políticas criminales y carcelarias que garanticen sus condiciones de subsistencia y una adecuada resocialización para retornar a una sociedad libre y democrática.

En una segunda fase, se emitieron medidas particulares, que tuvieron la finalidad de resolver problemas de las cárceles donde ocurrió la vulneración de los principios. Se trata de órdenes de garantía de las condiciones de vida en los penales demandados, por ejemplo, ajustar horarios de alimentación o de duchas al común de la sociedad, disponer cantidades de agua suficiente para los internos, asegurar el suministro de alimentos en óptimas condiciones, o facilitar el acceso a los servicios médicos. A su vez, se mandó la implementación de brigadas jurídicas para que las autoridades atiendan la mayor cantidad de solicitudes de libertad. Lo propio sucedió con el acceso a los servicios de salud. Y se agregó que en

⁶⁰⁴Ibidem. La Sala Primera de Revisión indicó que los parámetros mínimos constitucionales de una política criminal son: *“La privación de la libertad debe ser el último recurso de control social a emplear (ultima ratio); la política criminal debe ser ante todo preventiva, logrando asegurar cabalmente los bienes jurídicos tutelados mediante las normas penales (los derechos de las víctimas, por ejemplo), y reduciendo al mismo tiempo, la necesidad de tener que imponer el grave y costo castigo del encarcelamiento. La libertad debe ser el principio constitucional que rija las decisiones de la política criminal y carcelaria; las medidas de aseguramiento deben ser excepcionales. La política criminal y carcelaria debe buscar, ante todo, la resocialización de las personas. Contar con elementos de justicia restaurativa y no sólo justicia retributiva. La política criminal y carcelaria debe ser sensible a la protección efectiva de los derechos fundamentales en general y de la dignidad humana, específicamente. Además, debe ser sostenible; el Estado debe estar en capacidad de asumir y pagar los costos de la Política. Debe ser sensible a los sujetos de especial protección constitucional que vean sus derechos fundamentales comprometidos por el Sistema penitenciario y carcelario. El Estado debe contar con una organización institucional que permita diseñar, adoptar, implementar y evaluar la política criminal y carcelaria. El Sistema debe contar con información [pública], adecuada, suficiente y veraz, que circule con transparencia, propiciando la participación y la deliberación democrática”* de los reclusos, sus familiares, allegados y organizaciones civiles que defiendan sus derechos. Además, la política criminal debe ser coherente, razonable y proporcional. Y debe promover la colaboración armónica de los responsables de la política pública.

caso de que la situación en los mencionados reclusorios no mejorara dentro de los 3 años contados a partir de la notificación de la providencia, éstos deberán ser cerrados.

En una tercera etapa, se decretaron remedios estructurales para tratar de resolver la situación de vulneración de derechos humanos de la población carcelaria. Tales medidas reconocieron directrices de emergencia y de largo plazo. También, se establecieron tiempos para la observancia de las órdenes. El tribunal resaltó que las entidades destinatarias de las medidas deberán garantizar los espacios de participación y deliberación democrática en proceso.

De un lado, se fijaron criterios urgentes para evitar el aumento de hacinamiento y la vulneración de derechos de las personas privadas de la libertad. Por ejemplo, se dispuso la creación de un plan de medidas de contingencia para superar rápidamente los problemas de salud de la población carcelaria. Mientras opera el programa, se ordenó que se adelantaran brigadas de salud. Lo propio sucedió con las reglas de cierre⁶⁰⁵, de equilibrio o de equilibrio decreciente (sin desconocer que tienen vocación de permanencia esa medida)⁶⁰⁶. El Ministerio de Justicia y del Derecho debía evaluar las penitenciarías que requieren de medidas concretas y específicas para aminorar el impacto del ECI.

De otro lado, el tribunal señaló que la política criminal debe respetar unos mínimos constitucionales para que ofrezca condiciones dignas de reclusión. El paso inicial de ese fin corresponde con realizar un diagnóstico de esa gestión con el objetivo de proponer estrategias que la ajusten a la norma superior. Sobre el particular señaló la necesidad de buscar herramientas alternativas de intervención social distintas a la cárcel. La política criminal debe garantizar el acceso a la administración de justicia y exigir una responsabilidad de los medios de comunicación que informan del fenómeno criminal. Además, manifestó la necesidad de adecuar las estrategias penitenciarías para garantizar los DESC en las prisiones⁶⁰⁷, entre ella se exhorto al Gobierno Nacional el cierre definitivo de los penales obsoletos. Para ello, se ordenó que se convocara al Consejo Superior de Política Criminal con el fin de que siguiera intentando remediar el ECI carcelario, además mostrará la manera en que se aplicaría la regla de equilibrio y equilibrio decreciente. Al respecto, dispuso que en los informes se incluyeran los indicadores de derechos humanos de estructura-proceso-resultado para verificar el avance de la política criminal en términos de DESC.

La amplitud de remedios judiciales proferidos implicó la intervención judicial en todos los estadios del marco secuencial de política pública, medicación que se produjo en diferentes intensidades. Nótese que la inclusión de la participación de la comunidad en todo momento de la gobernanza promueve una cultura de la rendición de cuentas. Además, la vigencia de ese principio cambia las concepciones del problema, las respuestas a éste, la ejecución de alternativas y su evaluación, toda vez que el técnico carece de la única palabra para intervenir la sociedad. Así, se promueven decisiones que buscan un consenso y adquieren mayor legitimidad.

⁶⁰⁵ La regla de cierre tienen dos sentidos. El cierre total del establecimiento carcelario, caso en el cual las instalaciones del penal no podrán seguir usándose. El cierre parcial se identifica con la imposibilidad de que un nuevo recluso entre a la institución.

⁶⁰⁶ La regla de equilibrio decreciente establece que en los casos en los que la situación de hacinamiento es grave y evidente, y no se cuente con una forma de asegurar los derechos de forma igual o mayor por parte de las autoridades penitenciarias, se deberá limitar el ingreso de personas al establecimiento carcelario bajo las siguientes condiciones: (i) que el número de ingresos sea igual o menor al de egresos del establecimiento, durante la semana anterior; y (ii) que el número de personas reclusas hubiera disminuido constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones realizadas. La sentencia señala que la regla se aplica hasta que el hacinamiento cese, y hasta que el establecimiento no ocupe más de su capacidad total.

⁶⁰⁷ La CCC se refirió a esos elementos de trazabilidad de la política carcelaria o penitenciaria, a saber: i) racionalización del castigo en las cárceles; ii) garantía de dignidad humana en condiciones de reclusión, por ejemplo espacios y utensilios adecuados; iii) implementación de sistema de salud; y iv) protección de la guardia.

En la fase de agendamiento del problema, la CCC volvió a poner relevancia en la política carcelaria del país, pues, como se esbozó, el Estado venía tratando infructuosamente esa situación insatisfactoria. La nueva atención gubernamental se evidencia con los procedimientos de cumplimiento de ese fallo y con la emisión de documentos de política pública, verbigracia el CONPES 3828 de 2015. Ese texto es una muestra de la intervención judicial en la fase de diseño de la gestión pública, porque amplió las alternativas de decisión del Estado para hacer frente al ECI de cárceles, apertura que giró las acciones de las autoridades a la política criminal, al punto que se manifestó que:

“El problema de las prisiones en Colombia no se resuelve únicamente creando nuevos cupos. Se resuelve implementando medidas que garanticen la inflexión en la tendencia *expansionista* de la población reclusa y la consecuente liberación de los cupos existentes. De nada sirve construir nuevos centros penitenciarios si no se atienden otra serie de factores que tienen un impacto directo en la política carcelaria y penitenciaria. Ejemplos de estos factores son: la hiperinflación normativa, la inaplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad, la implementación de programas de resocialización y acompañamiento a los reclusos durante y después de su detención, la ausencia de una articulación entre las autoridades nacionales y las entidades territoriales, entre otros”⁶⁰⁸.

La política introdujo en su formulación un enfoque derechos, al reconocer el principio de dignidad como el mandato que debe regir las condiciones de reclusión de las personas, dimensión que transformó el diseño de la gestión. Incluso, el CONPES fijó objetivos específicos concordantes con las causas del ECI que había identificado en la Sentencia T-388 de 2013⁶⁰⁹. Otra manifestación de esa intervención judicial son las medidas de choque dispuestas por el tribunal –brigadas jurídicas y de salud–, debido a que se configuraron programas y planes de atención inmediata de la administración. Sin embargo, esa medida no fue bien vista por parte del gobierno, quien aseveró que mayor burocracia contribuye a la ineficiencia⁶¹⁰.

Frente a la fase de implementación, la Sala Primera de Revisión modificó el marco normativo de intenciones que ejecutaba las acciones en la gestión de prisiones con la introducción de los derechos y de medidas específicas que transformaron el día a día de la administración. Las reglas de cierre de las prisiones, del equilibrio y equilibrio decreciente son una evidencia de dicha mediación, por cuanto restringen la puesta en marcha de autoridades carcelarias. La Corte promueve un enfoque de implementación de tipo *Bottom up*, puesto que otorga facultades a los funcionarios de la periferia para permitir el ingreso de un reo a la prisión o de adoptar medidas para mejorar los esquemas de atención. En la evaluación, el tribunal estableció parámetros para valorar el avance de la política pública, al ordenar que los informes enviados por parte del Consejo Superior de Política Criminal deban ajustarse a los indicadores de DESC de estructura-proceso-resultado. El Gobierno debe analizar su acción teniendo como fin la protección de derechos humanos.

La CCC radicó el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la decisión a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, en coordinación con el Gobierno Nacional. Sin embargo, aclaró que los jueces de instancia mantendrán la

⁶⁰⁸CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL –CONPES–, Política Penitenciaria y Carcelaria en Colombia CONPES 3828 DE 2015; disponible en línea [<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/Pol%C3%ADtica%20penitenciaria%20y%20carcelaria.pdf>] consultado por última vez el 16-05-17 a las 3:25 p.m., p. 20.

⁶⁰⁹Ibidem, objetivo general: Fortalecer la capacidad institucional desde una perspectiva integral con miras a garantizar la efectiva resocialización de la población privada de la libertad y el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena en condiciones de dignidad humana

⁶¹⁰Op.cit, MINISTERIO DE JUSTICIA y OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL, Una mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, 2016, p. 6

competencia para tomar las medidas necesarias que se requieran para asegurar el goce efectivo de los derechos de los actores. A su vez, advirtió que la Sala de Revisión se reservaba la posibilidad de tomar medidas adicionales dentro de los procesos de la referencia.

Se evidencia que la Corte asumió una vigilancia moderada de su decisión, toda vez que fijó parámetros claros de observancia de las órdenes y mantuvo la opción de dictar providencias de cumplimiento, al conservar una competencia sobre el fallo, medida que podría reforzar el escrutinio en un futuro. Para ilustrar las estrategias intermedias que planteó la providencia, se introdujeron indicadores de goce de derechos —estructura, proceso y resultado— con el fin de verificar el avance de la política pública de cárceles. El esquema planteado no alcanza a ser fuerte, ya que no usa el modelo de escrutinio de la T-025 de 2004 y se limita hasta el momento a la solicitud de informes a las autoridades. La Sala justificó su decisión en que el Estado reconoce el problema y está actuando, de modo que los ajustes institucionales no ameritan ese examen tan intenso.

En desarrollo del cumplimiento de la Sentencia T-388 de 2013 han intervenido instituciones del Estado y organizaciones de la sociedad civil.

El Gobierno Nacional remitió un informe donde se indica el avance de los mandatos de la providencia sobre las medidas de aplicación inmediata y las estrategias que se utilizarán para garantizar los derechos de los reclusos en la resolución de causas estructurales del ECI. El Estado indicó que ha dirigido esfuerzos para la creación de una gestión pública carcelaria coherente, articulada, eficiente y con enfoque restaurativo, por ejemplo con: i) la creación y entrada en funcionamiento de una unidad administrativa especial denominada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (en adelante USPEC); ii) la modificación de los Códigos Penitenciario y Penal; iii) el diseño de tres CONPES sobre política criminal, política penitenciaria y carcelaria y de prevención de la delincuencia juvenil; iv) el fortalecimiento del Consejo Superior de Política Criminal; v) la planeación de infraestructura, entre ellos la construcción de cupos; vi) la elaboración y presentación de proyectos de ley que pretenden racionalizar la detención preventiva; vii) la casa libertad, viii) la intervención de los centros de reclusión, donde se encuentran los mencionados en la sentencia; y ix) los modelos de aplicación de las reglas de cierre, equilibrio y equilibrio decreciente. En ese contexto, se reseñó el CONPES 3828 de 2015 así como otros instrumentos normativos de política pública. También se referenciaron las estrategias para lograr una política criminal con participación ciudadana y los indicadores de goce de derechos para la gestión carcelaria. Y se explicaron las acciones concretas implementadas en los 6 establecimientos de la providencia en mención. No obstante, en el informe jamás se señalaron datos del hacinamiento o de las condiciones de los reclusos.

Algunas personas critican la ineficiencia de las órdenes proferidas por la CCC. Así, estiman que las brigadas jurídicas son ineficaces para la disminución de la sobrepoblación carcelaria, por ejemplo, en el presidio de Riohacha sólo obtuvieron 4 presos la libertad de un grupo 560 personas que se encontraban relucidos en ese lugar, resultado desalentador si se tienen en cuenta que al penal acudió una comitiva de 20 funcionarios para presentar diversas acciones judiciales⁶¹¹. A su vez, reprochan la incoherencia de la Corte en el cumplimiento de los remedios, debido a que, en Sentencia T-282 de 2014, esa misma Corporación disminuyó a un año el plazo para adecuar las redes hídricas de la cárcel de Valledupar. En ese escenario se presenta un conflicto entre las medidas de las providencias T-388 de 2014 y T-282 de

⁶¹¹OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL, Foro Nuevo Estado de Cosas Inconstitucional, Sistema Penitenciario y Carcelario Sentencia T-388 de 2013, Ministerio de Justicia, 2015, Disponible en línea [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/RF012015-ilovepdf-compressed.pdf>] tomado el 16-05-2017 a las 9:30 p.m., p 11

2014. También se censura la regla de cierre y de equilibrio decreciente, porque el hacinamiento sólo se trasladará de sitio de detención, sin normas que faciliten la libertad de los presos.

Así mismo, se lamenta que la propia Corte no hubiese asumido el cumplimiento de las órdenes de la Sentencia T-388 de 2013⁶¹². Se denuncia que la materialización de las directrices específicas no se había observado a septiembre de 2015. Verbigracia la Defensoría del Pueblo indica que en los 6 establecimientos carcelarios demandados los presos pasan casi 12 horas en ayuno derivado del desorden en el horario de comidas.

El tribunal previó la participación de la sociedad civil en el marco del monitoreo de la providencia mencionada con el fin de maximizar la rendición de cuentas al Estado y la eficacia de sus remedios. Así, miembros de la sociedad conformaron la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013⁶¹³, grupo que asumió la tarea de monitorear la decisión y de servir de contrapeso a la posición del Gobierno Nacional. En esa labor, presentó dos informes en el año de 2015⁶¹⁴ y 2017⁶¹⁵. En el primero, llamó la atención sobre la responsabilidad del Estado en el bienestar de la población reclusa y manifestó la necesidad de extender la vigilancia a más centros carcelarios. Resaltó la importancia de recoger información para diagnosticar la situación de las personas privadas de la libertad y construir indicadores adecuados que permitan valorar la actuación del Estado, elementos que no existen en la política. Consideran que los informes gubernamentales y la política carcelaria carecen de enfoque diferencial con perspectiva de género, ausencia que impide la identificación clara de necesidades de los presos, pues no responde a los contextos específicos. Y precisaron que la regla de equilibrio decreciente debe complementarse con normas que incluyan reducción de los ingresos a los centros carcelarios. En el segundo informe, verificó el avance de los remedios judiciales en torno al hacinamiento carcelario, derecho a la salud, derecho a la integridad personal, y la prohibición de torturas, así como otros tratos crueles y degradantes, y las situaciones que afectan a las mujeres y a la población LGTBI. Sin embargo, su reseña se efectuará más adelante, porque envolvió el seguimiento de las órdenes de la Sentencia T-762 de 2015.

Ahora bien, en la Sentencia T-762 de 2015, la Sala Quinta de Revisión estudió varias demandas de tutela⁶¹⁶ contra 16 establecimientos carcelarios. Los actores denunciaron el desconocimiento de sus derechos vulnerados a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la alimentación producto de las condiciones deplorables de reclusión. Ese estudio representó la vida diaria en las penitenciarías de Colombia, pues recopilaba datos del 11 % de penales en el país y las condiciones del 20.60% de los presos. La Corte precisó que el objeto de la decisión se concentraría en proponer medias que

⁶¹²Ibidem, Intervención de la Defensoría del Pueblo, p. 14

⁶¹³Compuesta por la Universidad Externado, y las organizaciones Humanas Colombia, Centro de estudios derecho, justicia y sociedad –Dejusticia-

⁶¹⁴Se dio respuesta a dos informes presentados por el Gobierno Nacional, en cumplimiento de las órdenes de la providencia en el año de 2015. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-388 de 2013, primer informe del 30 de septiembre de 2015. Disponible en línea [http://www.humanas.org.co/pagina.php?p_a=137] tomado el 12-04-2017 a las 12.22 p.m

⁶¹⁵COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-388 de 2013, Segundo Informe del 30 de enero de 2017, disponible en línea [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_898.pdf] tomado el 17-05-2017 a las 1:16 p.m. En ese documento se implementó el seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015 y de otras providencias que hubiesen dictado órdenes en el sistema penitenciario.

⁶¹⁶Las acciones de tutela se centran en temas como (i) el hacinamiento; (ii) las condiciones sépticas e inhumanas en las cuales se encuentran reclusos, debido principalmente a la deficiente infraestructura y sus efectos en las condiciones sanitarias; (iii) la falta de servicios asistenciales de salud; (iv) la imposibilidad de realizar actividades tendientes a su resocialización, dada la sobrepoblación carcelaria existente; (v) la falta de intimidad en el desarrollo de las visitas conyugales; y (vi) la reclusión conjunta e indistinta de las personas sujetas a medidas de aseguramiento privativas de la libertad y aquellas condenadas.

dinamizaran la política criminal y mantuvieran la constancia de prácticas institucionales ordenadas en la Sentencia T-388 de 2013.

La Corte sustentó sus determinaciones en las opiniones de las instituciones que intervienen en las fases de la política criminal, hecho que supone un diálogo entre diferentes entidades. A su vez, replicó la concepción fuerte de derechos de los internos que había defendido la Sentencia T-388 de 2013, al remitir a esta providencia. Sin embargo, la Sala Quinta de Revisión quitó su atención sobre el principio de participación de los reclusos y sus familiares en la construcción, implementación y evaluación de la gestión pública que pretende resolver el ECI en las cárceles.

Cabe resaltar que la Sala Quinta de Revisión emitió un amplio número de remedios entre los que se hallan medidas detalladas y estrategias complejas, que tienen la finalidad de transformar la situación carcelaria del país. Se trata de un enfoque en la lucha contra el fenómeno social del delito y contra los problemas de infraestructura o de bloqueo institucional de las autoridades de la administración penitenciaria. Con base en un análisis global de las órdenes judiciales, se estima que éstas tienen un nivel moderado donde se deja margen de acción a la administración para gestionar la situación de insatisfacción, empero se toman medidas concretas con la finalidad de proteger derechos de manera inmediata. A su vez, continúa con la tradición judicial de proferir remedios de tres pasos o tiempos, a saber: i) individuales para solucionar los casos concretos; ii) particulares al escenario de cada reclusorio; y iii) generales o estructurales a la gestión pública.

En las primeras ordenes, la CCC concedió el amparo a los derechos de los reclusos. También revocó las directrices de los jueces de instancia de cierre de las cárceles y se adecuaron a los remedios generales, debido a que éstas se deben aplicar de la manera gradual. Esa decisión se sustentó en que si esas estrategias no se acompañan con otras medidas que otorguen salida del sistema penitenciario, la sobrepoblación carcelaria se trasladará a otros penales u centros de detención transitoria.

En las segundas medidas, el tribunal profirió mandatos a los penales demandados que buscaban la materialización de condiciones de reclusión dignas, verbigracia la construcción de baterías sanitarias, la instalación de infraestructura para garantizar el acceso al agua y las brigadas de salud. Todas estas herramientas contaron con plazo perentorio de cumplimiento.

En el tercer grupo de remedios, la Corte estimó que éstos deben ser el resultado y consecuencia de las fallas en las fases de la política criminal, por lo que recorrió cada estadio e indicó las irregularidades y su respectiva respuesta, tal como se explica en la tabla que se muestra a continuación:

Tabla 4. Intervención judicial de la CCC en la Política Criminal

Falla y Rta	Falla en la fase de la política	Remedios judicial adoptado
Fase		
Formulación y Diseño (criminalización 1ra)	La política criminal es reactiva, desprovista de una adecuada fundamentación empírica, incoherente, tendiente al endurecimiento punitivo, populista, poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional,	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicar el estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos⁶¹⁷ (Ob⁶¹⁸. Congreso y Gobierno) • Crear el sistema de información sobre el fenómeno criminal (Ob: Ministerio del Interior)

⁶¹⁷Ver cita 604. Aunque, la Sentencia T-388 de 2013 fijó condiciones más estrictas de una política criminal constitucional que los criterios señalados en la Sentencia T-765 de 2015, por ejemplo la segunda providencia pretermitió el principio de participación de la comunidad presa y sus allegados en la gestión pública.

⁶¹⁸Se refiere a las autoridades obligadas.

	subordinada a la política de seguridad, volátil y débil. .	<ul style="list-style-type: none"> • Crear una instancia técnica permanente que gestione y analice la información de la política criminal (ob. Gobierno) • Elaborar y ejecutar una campaña de concientización de la ciudadanía sobre los fines del derecho penal, la pena privativa de a libertad, la importancia del derecho a la libertad, la alternatividad penal, lucha contra el populismo punitivo, limitaciones de la cárcel para la resocialización y el ECI de cárceles (ob. Gobierno) • Construir un plan integral de resocialización (INPEC, USEPEC y MEN)
Implementación judicial (Criminalización 2ª)	Uso excesivo de medidas de aseguramiento	Exhortar la configuración de un sistema amplió de penas y medidas de aseguramiento; así como la unificación de la tasación de penas para eliminar las inconsistencias legales (Ob. Congreso) Aplicar el estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos (Ob. Fiscalía)
Implementación carcelaria (Criminalización 3ª)	<p>Problema de hacinamiento: i) Desproporción entre las entradas y las salidas de las personas privadas de la libertad; ii) Falta de construcción y adaptación de cupos que respeten las mínimas condiciones de dignidad y subsistencia; e iii) Insuficiencia de los recursos destinados a la financiación de la política penitenciaria y carcelaria y la política criminal.</p> <p>Reclusión conjunta de personas sindicadas y condenadas.</p> <p>Falta de articulación de las entidades territoriales y el Ministerio de Justicia y del Derecho.</p> <p>Deficiencias en el sistema de salud del sector penitenciario y carcelario del país.</p> <p>Las condiciones de salubridad e higiene indignas en la mayoría de los establecimientos penitenciarios</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar cronograma de implementación de brigadas jurídicas (Ob. CSJ, Min Justicia, Defensoría) • Identificar las condiciones mínimas de subsistencia digna y humana de la reclusión y aplicarlas a todo programa carcelario (Ob. Gobierno) • Rehacer bases de datos de estadísticas de la capacidad de los penales en el país, teniendo en cuenta que los cupos sólo pueden cumplir con las condiciones mínimas de subsistencia humana (ob. INPEC) • Adecuar, refaccionar, planear y diseñar los cupos con enfoque de garantías de condiciones mínimas de subsistencia digna y humana (INPEC y USPEC). • Des-focalizar el gasto en construcción de cupos y dirigirlo a otras necesidades de los reclusos (Ob. USPEC) • Coordinar las entidades territoriales la fusión, creación, supresión de las prisiones para las personas detenidas preventivamente (Ob. Min Interior y ET) • Diversificar las Empresas Promotoras de Salud que atienden a los presos y crear brigadas de salud (Ob. INPEC y USPEC).

.Fuente: Elaborado por Camilo Delgado de la lectura de la Sentencia T-762 de 2015.

Se colige que la CCC dirigió su decisión a intervenir de manera directa la política pública criminal y carcelaria con el objeto de superar el ECI en esa materia. La Sala continuó con el diseño de una gestión pública carcelaria más amplia de la renovación de infraestructura. A su vez, revisó fallas de implementación y dispuso de correctivos a las mismas. Y como se verá a continuación, se consignaron criterios de evaluación del cumplimiento de las órdenes.

La Sala Quinta de Revisión dispuso un modelo especial de seguimiento en que interactúan varias entidades del Estado para materializar los mandatos de la Sentencia T-762 de 2015.

Inicialmente, la providencia careció de claridad para organizar el sistema de monitoreo, puesto que señaló que la verificación de los factores estructurales estaría a cargo de la Corte, empero, en el siguiente párrafo indicó que el seguimiento de las ordenes dirigidas a dinamizar la política criminal radicaría en la Defensoría del Pueblo. Ante esa confusión, varios reclusos solicitaron al tribunal que iniciara el trámite de incidente de desacato de la providencia, debido a que el gobierno se encuentra incumpliendo la providencia. Mediante lo Auto 368 de 2016⁶¹⁹, la CCC tuvo que explicar el esquema de seguimiento que estableció, en el cual se delegó su competencia para supervisar, vigilar y articular el ECI a la Defensoría del Pueblo⁶²⁰, a la Procuraduría General de la Nación⁶²¹ y el Ministerio de la Presidencia⁶²² respectivamente. Sin embargo, enfatizó que la Sala Quinta de Revisión podrá reasumir la competencia de la observancia de la decisión en el futuro.

Las entidades mencionadas deben acompañar, vigilar y armonizar los esfuerzos institucionales en el proceso de superación del ECI. Vale anotar que en esa labor la Defensoría del Pueblo será reconocida como la institución líder en el proceso de escrutinio y deberá conformar el grupo de seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015, órgano que se creó por medio de la Resolución 413 de 2016⁶²³. Ese cuerpo tiene la obligación de entregar informes semestrales a la CCC, documentos con los cuales se determinará, en su momento, si el tribunal debe reasumir las competencias de seguimiento. A la fecha de la escritura de esta investigación, el grupo remitió el primer informe de cumplimiento de la providencia, el cual se reseñará más adelante.

De forma paralela, la CCC fijó de manera precisa los estándares que permitirían concluir que el ECI en cárceles se superó. Uno de esos criterios se identifica con las condiciones de preexistencia que deben existir para que se pueda realizar el seguimiento⁶²⁴. Otro son los criterios generales y específicos para arribar a la conclusión de que la situación de marginación de los presos terminó. Esos parámetros se relacionan con el goce efectivo de los derechos de las personas privadas de la libertad. Al respecto, los elementos específicos recaen sobre la medición de las metas de la política carcelaria, y la disminución del carácter masivo y generalizado de las vulneraciones. Ello pasa por una fase de inicio, de intermedio, de afianzamiento y cumplimiento del objetivo de superación del ECI. La valoración de ese resultado se efectúa con indicadores de impacto directo sobre los derechos humanos de los reclusos, los cuales se elaboraron a partir del criterio técnico de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja. Verbigracia, se propuso que una forma de medir el hacinamiento o condiciones dignas de reclusión es el área para dormir de una

⁶¹⁹La Sala Quinta de Revisión estuvo obligada a emitir otras providencias donde aclaraba la competencia del cumplimiento e incidente, ver Autos del 5 y 26 de abril y 2, 13 y 24 de junio de 2016.

⁶²⁰ Sentencia T-762 de 2015. Fundamento jurídico 104.

⁶²¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico 106.

⁶²² *Ibidem*. Fundamento jurídico 107.

⁶²³Según el citado acto administrativo el Grupo Líder de Seguimiento de la Defensoría del Pueblo al Estado de Cosas Inconstitucional está bajo la dirección de la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria.

⁶²⁴Tales condiciones son (Fundamento jurídico 109 Sentencia T-762 de 2015): i) La conformación de un Comité Interdisciplinario para la Estructuración de las Normas Técnicas sobre la Privación de la Libertad, órgano que recopilará la información de la política criminal con el objetivo de fijar condiciones de reclusión; ii) la consolidación de una línea base sobre la situación de la política criminal y penitenciaria del país; iii) estructurar una base de datos y un Sistema de Información fuerte que recoja la información relevante a toda la política criminal; iv) la incorporación de la información iniciará por cada uno de los establecimientos penitenciarios del país; v) identificar el nivel de aporte de cada una de las instituciones concernidas, nacionales o locales; y vi) identificación del umbral de cumplimiento para su superación y de los objetivos formulados para contrarrestar cada problemática identificada.

persona -2 m²-, el número de sanitarios o duchas, o la frecuencia con que éstos se desinfectan. Sin embargo, se precisó que esos parámetros podrán ser modificados por el Comité Interdisciplinario para la Estructuración de Normas Técnicas sobre la Privación de la Libertad.

En efecto, la CCC asumió un sistema de observancia moderado de la decisión, por cuanto delegó el monitoreo del fallo, empero estableció la posibilidad de reasumir esa competencia, facultad que surge del mismo análisis que realice el Tribunal sobre los informes que solicitó. A su vez, determinó parámetros claros para el cumplimiento de la decisión, por lo que podrá identificar el avance de la política carcelaria y la necesidad de su intervención.

Como previamente se indicó, en el proceso de cumplimiento de la Sentencia T-762 de 2015, el grupo líder de seguimiento entregó el primer informe semestral de supervisión del ECI el 9 de diciembre de 2016⁶²⁵. Ese documento está dividido en el examen del Gobierno Nacional, la Procuraduría General y la Defensoría del Pueblo.⁶²⁶

El Gobierno Nacional adoptó las medidas normativas para recopilar información, fijar un cronograma de cumplimiento y reportar los avances⁶²⁷, así como para la creación de algunos órganos de monitoreo de observancia de la decisión⁶²⁸. Conjuntamente, dividió en 7 ejes temáticos la explicación de las estrategias que responderán a las 5 causas estructurales señaladas en el fallo, a saber: i) la adecuación de la Política Criminal del Estado con formulación de proyectos de ley -148-2016 de Senado-, el CONPES de la materia, el sistema de información o estrategias de la política de concientización ciudadana; ii) la resocialización en tres frentes trabajo-estudio-enseñanza-; iii) la salvaguarda del derecho a la salud, al declarar la emergencia carcelaria para adecuar la red de prestación de servicios de salud a las patologías de los presos, un nuevo esquema de salud y la mejora en las áreas de sanidad; iv) la vida en reclusión y habitabilidad, al promover la adecuación de infraestructura; v) la profundización de la relación Nación- Territorio; vi) las implementaciones de brigadas jurídicas; vii) la fijación de presupuesto y plazos de cumplimiento. El Gobierno Nacional advirtió que existen dificultades para superar el ECI, debido a que alcanzar ese logro implica adelantar diversas acciones que sobrepasan sus competencias. Las fallas se encuentran en todo el ciclo de política criminal, por lo que se necesita la colaboración efectiva del legislador para que la política cumpla con los mínimos constitucionales—formulación-, de los jueces y los fiscales con el fin de que reduzcan las medidas de aseguramiento—criminalización 2ª-, y de las entidades territoriales para que asuman sus funciones en relación con la reclusión de los sindicados—criminalización 3ra-.

La Procuraduría General de la Nación explicó sus acciones en el andamiaje de cumplimiento de la Sentencia T-762 de 2015, por ejemplo, citar a reuniones o solicitar la precisión de atribuciones de

⁶²⁵GRUPO LÍDER DE SEGUIMIENTO A LA SENTENCIA T-762 DE 2015, Primer informe semestral de seguimiento a la sentencia T-762 del 2015 presentado el 9 de diciembre de 2016, disponible en línea [<http://www.politicacriminal.gov.co/Sentencia-T-762-de-2015>] tomado el 01-05-2017 a las 5:04 p.m.

⁶²⁶La metodología de la valoración de la sentencia tiene las diversas entidades encargadas de cumplir las órdenes. La Presidencia de la República tendrá a su cargo una base de datos dinámica donde se referenciará la orden y el encargado de cumplirla. En el informe se indicó que se había establecido un modelo de monitoreo de semáforos de alerta frente a la sentencia y el plan de acción para verificar el avance cuantitativo, así rojo menos del 60% de observancia, amarillo igual a 60 % hasta menos de 86% de cumplimiento y verde igual o más de 85% de materialización de la orden. El control cualitativo será informado por cada una de las autoridades.

⁶²⁷PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Circular externa 08 del 14 de abril de 2016, Estrategia de Articulación y Seguimiento para el cumplimiento de la Sentencia T-762 de 2015.

⁶²⁸PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Circular externa 089 de 4 de mayo de 2016, Creación de Subcomité de Seguimiento a la Sentencia T-762 de 2015. En ese acto administrativo se conformaron los subcomités de salud e información, grupos que trabajarán exclusivamente esos aspectos en sesiones independientes y remitirán informes respectivos al comité de vigilancia.

responsabilidades. En su función de vigilancia, el Ministerio Público señaló su papel en la verificación de notificación del fallo referido y en la supervisión de las órdenes particulares con el inicio de acciones preventivas bajo la modalidad de proceso abreviado. Finalmente informó del lento y casi imperceptible progreso de los remedios judiciales en los penales condenados en el fallo objeto de escrutinio en relación con infraestructura, atención en salud, condiciones de reclusión entre otros.

La Defensoría del Pueblo concluyó que las acciones gubernamentales carecen de impacto directo en la población carcelaria, por lo que el ECI no se halla en su primera fase de superación. En el año 2015, la formulación de tutelas continuó en aumento, la problemática en los servicios de salud sigue en la actualidad por la insuficiencia del decreto de emergencia carcelaria por parte del INPEC, el CONPES 3871 de 2016 es una medida de respuesta de largo plazo, la debilidad de las oficinas jurídicas de los centros de reclusión para atender las brigadas jurídicas y la ausencia de iniciativas legislativas con el fin de modificar la política criminal. En realidad, existe un acercamiento del Estado a las órdenes proferidas por parte de la Corte y un desbloqueo institucional, mas no un progreso en la salida del ECI. Recalca que los derechos humanos de los reclusos no pueden esperar el acoplamiento administrativo de las instituciones, de modo que considera adecuado que se declare el estado de excepción de emergencia social que permita suscribir las medidas legislativas, administrativas y presupuestales necesarias. En caso en que ello no ocurra, la Defensoría solicitará el cierre de los centros de reclusión que incumplan las condiciones de privación de la libertad respetuosas de la dignidad humana.

La sociedad civil también efectúa un escrutinio sobre la decisión reseñada. Para ilustrar, en su segundo informe del 30 de enero de 2017, la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 verificó el avance de la observancia de los remedios judiciales de esta providencia y del fallo T-762 de 2015. Al respecto, indicó que: i) la sobrepoblación había empeorado en las prisiones que analizó la Corte en las dos decisiones, por ejemplo el índice de hacinamiento para el 2016 era de 54.8%; ii) la regla de equilibrio decreciente no ha tenido efectos positivos, toda vez que transfiere el hacinamiento a otros centros de detención; iii) la prestación del servicio de salud continúa siendo deficiente, situación que se agrava con la vinculación de nuevas entidades a esa prestación, dado que la responsabilidad y el acceso del servicio de salud se volvió más difuso; iv) existe la necesidad de controlar el uso arbitrario de las Unidades de Tratamiento Especial, la utilización de los traslados y la desprotección de los internos ante las represarías de la guardia por las quejas de aquellos; v) pese a la adopción de normas para el tratamiento de la población LGTBI presa, ésta sigue siendo objeto de discriminación y de violencia por parte de otros reclusos y la guardia; vi) el INPEC desconoce pronunciamientos recientes de la CCC sobre la posibilidad de que un indígena condenado por la jurisdicción ordinaria cumpla la pena en su comunidad; y vii) se requiere una visión no populista de la política criminal de las drogas contra las mujeres, a la par que se necesita un enfoque de género en el tratamiento penitenciario de éstas.

Por consiguiente, el recorrido esbozado muestra un aprendizaje de la CCC en la intervención de la política carcelaria, producto del diálogo con los otros poderes públicos y con la sociedad. El tribunal ha sido especialmente sensible a los derechos de la población carcelaria. Además, ha sofisticado su mediación en la gestión pública, al pasar de una adjudicación monológica a dialógica, cambió que significó la expedición de remedios complejos y más acordes a la problemática. De la misma forma ha potencializado el derecho a la participación de la comunidad en la conformación de las PP. Aunque, debe advertirse que ese criterio se maximizó en la Sentencia T-388 de 2013 y se minimizó en la Sentencia T-765 de 2015, al retomar un enfoque técnico en detrimento de la participación de los afectados y de la sociedad. No obstante, la Defensoría del Pueblo y la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil de la Sentencia T-388 de 2013 evidencian que la grave crisis humanitaria se encuentra lejos de ser solucionada. Sus estudios retrataron la ineficiencia de muchas medidas y la necesidad de que a la gestión del ECI se una el Congreso de la República. La comparación puede darnos respuesta a esa

situación, por ejemplo, en Colombia la alternativa clara sería que la Corte retomara la supervisión de la decisión.

4.3. India: la revisión judicial de DESC en el derecho a alimentación, herramienta de la lucha contra el hambre

En India, la revisión judicial de DESC data de la década de 1980, momento en que la CSI quiso legitimarse por medio de la protección de la población pobre y marginada del país. La garantía del derecho a alimentación se convierte en la apuesta más grande de un tribunal en el mundo para materializar un DESC, toda vez que es un litigio que comprende la salvaguarda de más de 800 millones de personas⁶²⁹. La CSI se pronunció sobre ese derecho social por la movilización de grupos de interés legal, quienes luchan contra el hambre y la desnutrición de la población vulnerable india. Se trata de una intervención interesante, en la medida en que se sustenta en un diálogo con la sociedad y los otros poderes públicos. La Corte emitió varias órdenes provisionales en las que modifica la implementación del sistema público de alimentos y precisó la creación de programas de atención con enfoque diferencial a niños, ancianos o mujeres. A su vez, se ajustó un sistema novedoso de seguimiento de los remedios judiciales que intenta responder un problema que se presenta en un país tan extenso y multitudinario como la India, monitoreo que lleva 16 años. La explicación de ese escenario será presentada en lo que resta de este capítulo.

4.3.1. Entre la diversidad social y la intervención judicial

Múltiples factores explican la vigorosa y antigua revisión judicial de DESC en la India, elementos de orden social, normativo e institucional. La influencia de esos aspectos moldea una forma de comportamiento de los jueces de tipo dialógico, sin apartarse de la sociedad. El complejo contexto indio se mueve entre una sociedad vibrante y diversa, un ejecutivo fuerte que vio minado su poder por la debilidad de los partidos políticos, una constitución garantista y una judicatura comprometida con los DESC.

La India es un país de contrastes sociales y de muchas diferencias. La primera de ella es la diversidad religiosa. En el año 2011, se precisó que el 80.5% de la población era hindú, grupo que se subdivide por la lengua que habla. Por su parte, el 13, 4% de la gente es musulmán, empero en términos nominales es el segundo grupo de esa religión en el mundo -138 millones de individuos-, el cual también habla diversas lenguas o dialectos⁶³⁰. A su vez, existe una minoría siks compuesta por alrededor de 19 millones de personas. Esa disparidad es una fuente de debates y de violencia, por ejemplo, después de la independencia, la religión causó la segregación del país y la formación de dos Estados nuevos –Pakistán y Bangladesh⁶³¹-. En la actualidad, movimientos mayoritarios en algunas regiones –siks- desean independizarse; a la par, en el gobierno se consolidaron los hindúes, que pretenden aumentar los creyentes⁶³². El tribunal juega un papel de árbitro entre los credos, debido a que defiende y promueve la diversidad religiosa⁶³³.

⁶²⁹Human Rigths & Governance, case Studies, en línea [http://www.hrcases.org/#/caso/5/2] última vez consultado el 22-05-2017 a las 2:30 p.m

⁶³⁰MINISTRY OF HOME AFFAIRS, GOVERNMENT OF INDIA, Office of the Registrar General & Census Commissioner, India, Censo del año 2011, disponible en línea [http://www.censusindia.gov.in/2011census/population_enumeration.html] revisado por última vez el 10-05-2017 11:16 p.m.

⁶³¹Opcit, EPP Charles, La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada, Buenos Aires, 2013, pp. 120-121

⁶³²MAHAJAN, Gurpreet, Mantener la fe: la legitimación de la democracia mediante las prácticas judiciales, BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015; pp. 270-272

⁶³³Ibidem, 277

Además, se presentan tensiones en el aspecto social, ya que existe una gran inequidad social en India. La gente cuestiona que el progreso económico no se acompaña con la satisfacción de las necesidades, por ejemplo, el 37 % de la población se sitúa por debajo de la línea de pobreza y el 26% es analfabeta⁶³⁴. La India tiene el séptimo PIB más grande del mundo⁶³⁵, pero ocupa el puesto 131 en el índice de desarrollo humano⁶³⁶. Es más, en el año 2015, su crecimiento económico fue superior al de cualquier otro país, incluido Alemania, Estados Unidos, China, Francia, Reino Unido y Rusia⁶³⁷. En ese escenario, los movimientos sociales han demandado el reconocimiento de derechos laborales, ambientales y de subsistencia a la administración, así como a los tribunales, corporaciones que muchas veces amparan esos principios. A esa problemática se agrega el trato ambivalente en relación con las mujeres, en la medida en que son objetos de prácticas brutales y de reverencia⁶³⁸.

La India tiene un complejo sistema político y jurídico. El vértice del ordenamiento se encuentra en la Constitución de 1950, norma que retoma elementos británicos e incluye nuevas instituciones. Ese Estado es una república parlamentaria y federal, que busca lograr a todos sus ciudadanos la justicia, la libertad y la fraternidad⁶³⁹. La división de poderes se encuentra fundada en el equilibrio entre las ramas y no en controles recíprocos⁶⁴⁰.

El ejecutivo tiene a la cabeza al presidente, pero éste es sólo una figura simbólica como el monarca en Reino Unido⁶⁴¹. En realidad, el primer ministro con su gabinete cuenta con la dirección efectiva del gobierno, quien debe contar con la mayoría del parlamento federal, por lo que es el líder del partido político con más escaños en el congreso. El gobierno es responsable ante el cuerpo de representación popular, al punto que éste puede ser obligado a la conformación de una nueva coalición. Cabe resaltar que el sistema político se diseñó para que existiera un gobierno fuerte con el fin de resolver las grandes tensiones sociales en India, es decir, se planeó un primer ministro omnipotente con su mayoría parlamentaria, potestades que tuvieron Jawaharlal Nehru e Indira Gandhi⁶⁴². No obstante, desde 1990 ha sido imposible replicar ese modelo por la debilidad de los partidos políticos para conformar una coalición unificada. El parlamento se halla dividido en dos cámaras (*alta Rajyasa Sabha* aboga por los intereses de la federación- *baja Lok Sabha* personifica al colectivo), empero hay preponderancia del órgano que representa al pueblo⁶⁴³.

⁶³⁴Op.cit, censo de 2011, MINISTRY OF HOME AFFAIRS, GOVERNMENT OF INDIA

⁶³⁵FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, base de datos 2016, en línea [http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/index.aspx] tomado el 19-05 de 2015 a las 11:59 p.m.

⁶³⁶ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Programa para el desarrollo, datos en línea [http://hdr.undp.org/es/data#] tomado el 18-05-2017 a las 11:19 p.m.

⁶³⁷ [http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=IN-AR-CO-DE-US-SA-CN-FR-RU-GB&name_desc=false&view=chart] tomado el 19-05-2017 a las 11:56 p.m

⁶³⁸Op.cit, EPP Charles, La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada, Buenos Aires, 2013, p. 121

⁶³⁹SEERVAI, H.M. El Federalismo en la India, la Constitución y la Suprema Corte de India, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F. 1976, p. 47-49

⁶⁴⁰AGUIRRE PEDRO, Sistemas Políticos y Electorales Contemporáneos: India, Sistema Político, Primera Edición, Instituto Federal Electoral, México DF, 1999, p. 17

⁶⁴¹Ibidem, pp-18-19

⁶⁴²Op.cit, EPP Charles, La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada, Buenos Aires, 2013, p. 122

⁶⁴³Op.cit, AGUIRRE PEDRO, Sistemas Políticos y Electorales Contemporáneos: India, Sistema Político, 1999, p. 20

La judicatura se ejerce en un sistema de tribunales nacionales que administran justicia, el cual tiene en su cúpula a la CSI, órgano que vincula a las demás corporaciones del país⁶⁴⁴. Todos los jueces son nombrados y removidos por el poder ejecutivo con autorización de una parte del parlamento. La CSI cuenta con amplias competencias, las cuales le otorgan la facultad de intervenir en casi cualquier asunto de política india, por ejemplo, tiene jurisdicción originaria, en apelación o consultiva, así mismo resuelve conflictos, crea normas e interpreta la Constitución⁶⁴⁵.

La parte III de la Carta Política de 1950 contiene derechos fundamentales –igualdad, libertad de expresión, de religión y cultural-, principios que tienen la tarea de limitar el poder del Estado. La Constitución reconoce recursos judiciales ante los tribunales superiores y la Corte Suprema para conjurar las violaciones a los derechos fundamentales (art. 32 y 226 CPI)⁶⁴⁶. El artículo 19 (2) a 19 (6) de la Carta Política precisa que los derechos se pueden restringir por motivos de soberanía e integridad del país, de seguridad del Estado, de orden público, de moralidad y de decencia. La parte IV de la Constitución reconoció los principios rectores de la política Estatal, normas que reproducen el contenido jurídico de las prescripciones fijadas en el PIDESC⁶⁴⁷. Tales enunciados deben guiar la acción de las autoridades, empero, originalmente, carecieron de exigibilidad judicial, de conformidad con el artículo 37 superior.

Ahora bien, los elementos expuestos se conjugaron para que la CSI tuviera una relevancia en la institucionalidad de la India y en la vida diaria de sus ciudadanos. Ese tribunal recorrió caminos difíciles y fluctuantes, trasegar que se puede dividir en tres estadios de progresismo, a saber: i) la protección de derechos individuales y la afirmación de la complementariedad con los sociales; ii) la exigibilidad de los DESC, así como la flexibilización de requisito de acceso a la administración de justicia; y iii) la aparición de la justicia dialógica.

Inicialmente, entre los años 1950-1975, la CSI buscó salvaguardar el derecho de propiedad frente a las políticas del Gobierno que pretendían nacionalizar diferentes predios para instrumentalizar los principios de la política Estatal. Por ello, en 1971, el poder ejecutivo quiso eliminar la competencia de la Corte para conocer asuntos relacionados con la propiedad, supresión que se efectuó con la enmienda vigésimo cuarta de la Constitución. Sin embargo, la CSI invalidó esa reforma constitucional, porque era contraria a la estructura básica de la Carta Política India⁶⁴⁸. Además, indicó que los derechos fundamentales y los principios rectores son complementarios y hacen parte de ese elemento esencial de la Carta Política. Subrayó que de nada sirve reconocer derechos sino se otorgan los medios necesarios para obtener éstos. Desde ese momento se defiende que los principios rectores de la política del Estado son una ayuda esencial para interpretar la Constitución y delimitar el contenido de los derechos fundamentales⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴Constitución de India, tomado de constituteproject.org India's Constitution of 1949 with Amendments through 2015, en línea [https://www.constituteproject.org/constitution/India_2015.pdf?lang=en] última vez consultada el 19-05-2017 a las 5 p.m. art. 141

⁶⁴⁵Ibidem, Las facultades enunciadas se hallan en los siguientes artículos 131, 132, 133, 134, 136, 141 y 143.

⁶⁴⁶Ibidem.

⁶⁴⁷MURALIDHAR, S. India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales, en LANGFORD, Malcolm. Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado. Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes. Bogotá, 2013, p. 181

⁶⁴⁸Corte Suprema de la India, caso Kesavananda Bharati, vs. Estado de Kerala, AIR (1973) 4 SCC 225. Caso conocido como Derechos Fundamentales.

⁶⁴⁹BILCHITZ, David, El Constitucionalismo del Surglobal y la Justicia Económica, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015, p. 82.

Más adelante, entre los años 1977-1999, la CSI ejerció un profundo activismo por la consecución de la igualdad y la garantía del debido proceso, de modo que se lanzó a proteger judicialmente los DESC y a flexibilizar los requisitos de acceso a la administración de justicia⁶⁵⁰.

En esa fase, la Corte reinterpretó varias garantías sociales y económicas, hermenéutica que consistió en indicar que éstas hacen parte del derecho a la vida, por lo que son exigibles ante los tribunales⁶⁵¹. Así, se concedió fuerza vinculante a los principios rectores de la política estatal, y con ello a los DESC. Dicha posición se aplicó en los siguientes derechos: a) a la subsistencia y a la vivienda⁶⁵²; b) a la salud⁶⁵³; c) a la alimentación⁶⁵⁴; y d) a la atención de la infancia⁶⁵⁵ entre otros. Al respecto, se resalta el caso *kishen Pattanayak vs. State of Orissa*⁶⁵⁶, debido a que por primera vez la CSI consideró que la alimentación era parte integrante del derecho a la vida⁶⁵⁷. En esa ocasión, la Corte evaluó la demanda que cuestionaba la negligencia y decidía de la administración de Orissa para evitar varias muertes de personas por inanición en los distritos marginados de ese Estado. El Tribunal comisionó a un juez jubilado para que verificara la existencia y causa de los fallecimientos, servidor que comprobó que los decesos ocurrieron por inactividad de las autoridades. Por ende, ordenó pagar una indemnización a los familiares de las víctimas, sin embargo, omitió lanzar medidas a futuro con sustento en que el gobierno se encontraba actuando.

Adicionalmente, la CSI se preocupó por facilitar el acceso a la administración de justicia de las personas más pobres de la sociedad india.

En las demandas de interés público, ese tribunal flexibilizó la legitimidad por activa o *locus standi* en los procesos judiciales en donde se vieran afectadas poblaciones marginadas, por lo que no era necesario

⁶⁵⁰POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017, pp 288-314

⁶⁵¹Op.cit, BILCHITZ, David, El Constitucionalismo del Surglobal y la Justicia Económica, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, 2015, p. 82-83.

⁶⁵²Corte Suprema de la India caso *Olga Tellis & Ors vs. Bombay Municipal Council* [1985] 2 Supp SCR 51, 10 de julio de 1985. La Corte Suprema de la India protegió los derechos a la subsistencia de los habitantes de la calle que serían expulsados de espacio público en cumplimiento de una ley de Bombay de 1888. El referido tribunal ordenó que los mendigos que no fueron censados por la administración se desalojaran después de la temporada de lluvias. A su vez, indicó que las personas pobres que habitan en barrios ilegales hace 20 años no serían objeto de demolición.

⁶⁵³Corte Suprema de la India caso *Paschim Banga Khet Majoor Samity and Ors. vs. State of West Bengal and Ors.*, (1996) 4 SCC 37, AIR 1996 Corte Suprema 2426, 5 de junio de 1996. El Tribunal resaltó que la obligación constitucional de los hospitales estatales de proporcionar tratamiento de emergencia a enfermos en estado crítico; obligación impuesta por el derecho a la vida (artículo 21); disponibilidad de recursos financieros; responsabilidad del estado de proveer asistencia médica de emergencia.

⁶⁵⁴Corte Suprema de la India, caso *Francis Coralie Mullin, vs. The Administrator (1981)* 1 SCC 608. El caso se refiere a los derechos de una persona que había sido detenida de manera preventiva. Se resaltó que los reclusos son titulares de derechos fundamentales, por ejemplo la vida y las condiciones que garantizan las condiciones de existencia. Además, el tribunal explicó que el derecho a la vida debe significar algo más que la simple existencia animal. Entonces, concluyó que el derecho a la vida comprende el derecho a vivir con dignidad humana, prescripción que cubre las necesidades básicas, como la alimentación, el alojamiento, el vestido entre otros.

⁶⁵⁵Corte Suprema de la India caso *Sheela Barse vs. Union of India (UOI) and Ors.* (1993) 4 SCC 204. El Tribunal ordenó al legislador la creación de una ley que respondiera los problemas de política pública de infancia.

⁶⁵⁶Corte Suprema de India, caso *kishen Pattanayak vs. State of Orissa*, AIR (1989) SC 677

⁶⁵⁷PARMAR, Sharanjeet y WAHI, Namita, India: ciudadanos, tribunales y el derecho a la salud, ¿entre la promesa y el progreso?, en Alicia YAMIN y Siri GLOPPEN (eds.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿puede la justicia ser herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013 Op.cit, POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, 2017, pp 290 y Op.cit, MURALIDHAR, S. India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales, en LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado*, 2013, p. 200

tener interés en una causa para alegar la protección de los derechos de una persona o de un grupo⁶⁵⁸. Por ejemplo, en el proceso *Gupta and others vs. Union of India and Others*⁶⁵⁹, la Corte Suprema desechó la doctrina de legitimación tradicional, que defiende que la legitimidad de un litigio se limita a la "persona agraviada", y la sustituyó por la noción de que cualquier individuo puede solicitar al tribunal el amparo de derechos de otra persona, siempre que las partes perjudicadas no estén en condición de activar la jurisdicción por su ignorancia, pobreza u otro factor de vulnerabilidad. Un año más tarde, en el caso *People's Union For Democratic Righth vs. Unión of India*⁶⁶⁰, se aplicó esa doctrina para desechar el argumento de ausencia de legitimidad por activa del peticionario que propuso el Gobierno, por cuanto la situación extendida de pobreza y analfabetismo en India obligaban a desarrollar una nueva estrategia de estudio de los requisitos procesales de las acciones. De hecho, en la Corte se creó una sala especial de demandas de interés público, órgano que tiene competencia para recibir ese tipo de solicitudes en ciertos temas, como el trabajo en condiciones de servidumbre, adulteración de alimentos o la situación de los niños abandonados, ente otros.

De igual forma, la CSI eliminó el requisito de la demanda para acceder a la justicia, de modo que cualquier documento podría iniciar un proceso. Esa medida se conoció como la jurisprudencia epistolar, la cual convirtió en demandas cartas o postales que recibieron los magistrados⁶⁶¹. En *Sheela Barse vs. State of Maharashtra*⁶⁶², la Corte estudió un escrito que había enviado una periodista, documento que denunciaba el maltrato que padecieron unas presas. Con base en esa información, ordenó: i) la asistencia legal para las perjudicadas; ii) la reclusión de las afectadas sólo con mujeres; y iii) que el cuidado de las internas fuese realizado exclusivamente por guardianas, entre otras cosas. Además, la Corte acudió a mecanismos procesales para acompañar y apoyar a los demandantes en los litigios de interés público, como el *amicus curae* y el monitoreo delegado de sus decisiones⁶⁶³. En la primera herramienta, se designaron expertos para que recolectaran pruebas en las zonas de injusticia y emitieran concepto sobre la causa. En la segunda estrategia, se conformaron comisiones que verificaran el avance de la observancia de la decisión, empero la Corte no mantenía la competencia para adelantar la supervisión ni escrutar la actividad de ese órgano. Verbigracia, la CSI ordenó la creación de una comisión de rehabilitación y un comité de vigilancia de reforestación en una acción que había iniciado con una carta que denunciaba la ejecución de actividades mineras ilegales en el Estado de Uttar Pradesh⁶⁶⁴.

La mayoría de los académicos explica que el progresismo de la CSI, en esta fase, se debe a la necesidad que tuvo el tribunal de legitimarse luego de haber capitulado frente al Gobierno de la Primera Ministra Indira Gandhi⁶⁶⁵. El 25 de junio de 1975, el Gobierno Federal de la India decretó el Estado de

⁶⁵⁸GURUSWAMY Menaka y ASPATWAR Bipin, El acceso a la justicia en la India: La jurisprudencia (Y la autoprotección del tribunal supremo), en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015 pp. 422-423

⁶⁵⁹Corte Suprema de India, caso Gupta v. Union of India, (1981) Supp. S.C.C. 87, A.I.R. 1982 S.C. 149

⁶⁶⁰Corte Suprema de India, caso People's Union For Democratic Righth vs. Unión of India, (1982) 3 SCC 235. En ese caso se denunció la vulneración de los derechos laborales de trabajadores por parte de los contratistas que pretendían construir los escenarios de los jueces asiáticos.

⁶⁶¹Op.cit, GURUSWAMY Menaka y ASPATWAR Bipin, El acceso a la justicia en la India: La jurisprudencia (Y la autoprotección del tribunal supremo), en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, 2015 pp. 429

⁶⁶²Corte Suprema de India, caso *Sheela Barse vs. State of Maharashtra* (1983) 3 SCC 96.

⁶⁶³Op.cit, GURUSWAMY Menaka y ASPATWAR Bipin, El acceso a la justicia en la India: La jurisprudencia (Y la autoprotección del tribunal supremo), en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, 2015 pp. 432.

⁶⁶⁴Corte Suprema de India, caso *Rural Litigation and Entitlement Kendra vs. State of Uttar Pradesh* (1985) 2 SCC 431.

⁶⁶⁵SHANKAR shylashri y MEHTA Pratap Bhanu, Courts and Socioeconomic Rights in India, en GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing world. Cambridge University Press, 2008, p. 149; RAMASWAMA Sundarshan, Court and Social Transformation In India, en Gargarella,

Emergencia, decisión que significó la suspensión del derecho a la vida, de *habeas corpus* y de otros principios fundamentales. Con base en esas medidas, se encarcelaron muchos contradictores del régimen y se eliminó los recursos que ordenamiento jurídico indio había previsto para restablecer su libertad. Los tribunales de los Estados dijeron que esa acción constitucional no había sido suspendida, por ende, los retenidos podían incoar ese recurso. Sin embargo, la CSI invalidó esas órdenes y avaló tales medidas autoritarias. En ese contexto, el ejecutivo intervino de manera intensa en el poder judicial, hecho que se materializó con el nombramiento de jueces afines al Estado y con la amenaza de cierre a la misma Corte⁶⁶⁶. Es más, los funcionarios judiciales del gobierno revocaban los fallos contrarios al establecimiento. El mencionado comportamiento produjo el descrédito de la CSI, corporación que se vio obligada a tomar acciones importantes para restablecer su legitimidad, por ejemplo, la protección de derechos y la disminución de la desigualdad. La estrategia dio resultado: para década de 1990, la popularidad del tribunal había ascendido de un 35% a un 70% en la sociedad india⁶⁶⁷.

Por último, entre los años 2000-2017, la CSI cimentó y reforzó su poder de intervención judicial, empero éste es el ejercicio de una mediación que pretende formular espacios de diálogo con los actores sociales y con las instituciones del Estado. La Corte de la India prefiere conversar antes de ordenar de manera perentoria y detallada, puesto que su fuerza proviene de los diseños normativos y de la memoria institucional⁶⁶⁸. La reminiscencia del despotismo del ejecutivo advierte al tribunal que debe ser cauteloso, al momento de emitir órdenes a la administración. Esa idea favorece la creación de alianzas con los movimientos sociales, los grupos de activistas y los medios de comunicación para vigilar la gestión pública. A su vez, desde la década de 1990, los partidos políticos sufren una crisis que impide la configuración del gobierno fuerte de antaño⁶⁶⁹, escenario que permite a la Corte realizar revisiones judiciales de DESC más arriesgadas e innovadoras. Con la fortaleza del derecho, el tribunal impuso plazos de cumplimiento, activó mecanismos de monitoreo a sus decisiones y siguió reconociendo derechos. El caso *People's Union For Civil Liberties vs. Union of India* es un ejemplo de ese progresismo en el derecho a la alimentación, como se verá a continuación.

4.3.2. El contexto de la hambruna y la demanda de la PUCL

A partir de la segunda mitad del siglo XX, India experimentó hambrunas que afectan a cierto grupo de comunidades. Para resolver ese problema, el Estado configuró un sistema de distribución de granos subsidiado desde 1951, empero este programa ha sido insuficiente para resolver esa situación⁶⁷⁰. En el año 2000, el 54.2% de los niños y niñas tenían retraso de crecimiento y el 17% de la población se encontraba destruida⁶⁷¹. Para ese momento, India contaba con un nivel alarmante de hambre, dado que alcanzaba un puntaje de 38.2 en el índice global de hambre. Se trata de un desempeño muy pobre si se

Roberto, Domingo Pilar, ROUX Theunis , Courts and Social Transformation in Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor? Ed. Ashgate, 2006, p. 157; POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, 2017, pp 294; Op.cit, EPP Charles, La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada, Buenos Aires, 2013, p. 138-139.

⁶⁶⁶BAXI, Upendra, The Indian Supreme Court and Politics, Lucknow, Eastern Book Company, 1980, p. 34

⁶⁶⁷EPP Charles, La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada, Buenos Aires, 2013, p. 149.

⁶⁶⁸SHANKAR , Shylasbri, Los negociadores inherentes: los jueces de los tribunales superiores de la India y los derechos socioeconómicos, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, 2015 p. 162

⁶⁶⁹Op.cit, AGUIRRE PEDRO, Sistemas Políticos y Electorales Contemporáneos: India, Partidos Políticos, 1999, pp. 31-34

⁶⁷⁰MANDER Harsh – Director Centro de Estudios sobre la Equidad, Nueva Delhi (India), Abastecimiento de alimentos por el Estado como medida de protección social. Debates en torno a la Ley Nacional de Seguridad Alimentaria de la India”. Ed: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), 2015, p.

⁶⁷¹ÍNDICE GLOBAL DEL HAMBRE (2000), Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias (IFPRI), En línea [http://ghi.ifpri.org/trends/]

en cuenta que los otros países de la región que se encuentran en una situación peor que India son Estados con menores ingresos⁶⁷² Por su parte, naciones con desarrollo económico similar al caso de estudio tienen mejor desempeño en la materia, como sucede con China.

En el año de 2001, el Estado de Rajasthan padecía el tercer año de una severa sequía, fenómeno que presionaba una región pobre donde el 50% de los niños padecían de desnutrición y la mitad de la población rural se hallaba por debajo de la línea de pobreza⁶⁷³. Aunado a lo anterior, la administración estatal tenía deficiencias burocráticas para proporcionar empleo y el subsidio de alimentos que establece el Código de la Hambruna de 1962. Toda esa situación causó varias muertes por inanición, decesos que contrastaron con un excedente de granos en poder del gobierno de Rajasthan. Se trataba de 50 millones de toneladas de comida que se estaba pudriendo en los almacenes públicos.

En ese estado de cosas, la ONG People Union for Civil Liberties (PUCL) presentó demanda contra la Food Corporation of India (FCI en adelante), 6 Estados locales y el Estado Federal, dado que la negligencia de las administraciones impidió el suministro de grano a personas vulnerables, que carecen de los recursos para adquirir la comida. Los peticionarios aportaron estudios que demostraron que existía superávit de grano en el Sistema de Distribución Pública (PDS) y que los gobiernos locales no compraron la cantidad suficiente comida⁶⁷⁴. Los solicitantes aseveraron que esas actuaciones quebrantaron el derecho a la alimentación de la población vulnerable que sufre de hambre. Resaltaron que ese principio tiene fuente en el artículo 21 de la Constitución, pues hace parte del derecho a la vida. Para sustentar su posición referenciaron el caso *Francis Coralie Mullin v. The Administrator*, proceso donde se defendió la postura propuesta por parte actora. Entonces, indicaron que el Estado tenía la obligación de garantizar la vida de las personas afectadas por la sequía con el suministro de alimentos, en consecuencia, solicitaron ordenar: i) al gobierno federal y local que cumpla el código de la hambruna; ii) al Estado federal y a la FCI liberar el excedente de los granos; y iii) a todas las demandas que revisen el PDS con el fin de que se configure un nuevo esquema razonable de distribución de comida.

4.3.3. La concepción sustantiva del derecho a la alimentación

La CSI construyó una concepción sustantiva fuerte del derecho a la alimentación, visión que se consolidó y reforzó con el paso de los años. Dicho proceso inició con una construcción del contenido de ese principio y con la exigibilidad judicial del mismo. Continúo con su materialización en derechos legales y con la protección de las prestaciones definidas en los programas gubernamentales. Finalizó con una universalización del derecho a todas las personas y extensión a otras garantías.

Ese trasegar era necesario, por cuanto el derecho a la alimentación se encuentra consignado en los artículos 39 (a) y 47 de la Constitución de la India, principios rectores de las políticas del Estado. El artículo 39 (a) establece que el Estado se esforzará por asegurar que sus ciudadanos tengan "*el derecho a medios de subsistencia adecuados*" y el artículo 47 establece que "*el Estado considerará el aumento de la nutrición*

⁶⁷²Ibidem, Afganistán, Lao PDR, Myanmar, Camboya, Corea del Norte y Bangladesh.

⁶⁷³BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, 'Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India', REV. Michigan Journal of International Law, 2010, pp. 697-699

⁶⁷⁴Los peticionarios centraron su intervención con base en tres preguntas principales: 1) ¿El derecho a la vida significa que las personas que mueren por hambre y que son demasiado pobres y no pueden comprar los granos se les debe negar el acceso a los granos de libre costo por el Estado teniendo excedentes de comida, especialmente, cuando están almacenados y estado de descomposición?; 2) ¿El derecho a la vida instaurado en el Artículo 21 de la Constitución de la India no incluye el Derecho a la alimentación? 3) ¿Acaso el derecho a la vida que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, implica que el Estado tiene el deber de proporcionar alimentos especialmente, en situaciones de sequía a las personas afectadas y que no estén en condición de comprar alimentos? Reseña en KOTHARI, Jayna, Social Rights and the Indian Constitution- Editorial: Law, Social Justice and Global Development Journal (LGD), pp, 1—22.

(...) *de su pueblo (...) entre sus principales Deberes*". Originalmente, tales prescripciones carecían de exigibilidad ante los tribunales.

Por eso, en las órdenes provisionales del 23 de julio y 17 de septiembre de 2001⁶⁷⁵, la Corte tuvo que señalar tímidamente que el derecho a la alimentación hacía parte del derecho fundamental a la vida, principio que cuenta con vinculatoriedad judicial. Como se mostró en el acápite anterior, esa postura no era extraña a la jurisprudencia del tribunal, debido a que se insertaba en una práctica interpretativa de los DESC durante la segunda etapa de progresismo judicial. Una muestra de ello fueron los casos *Francis Coralie Mullin vs The Administrator* y *Kishen Pattanayak vs. State of Orissa* reseñados.

Sin embargo, en esta ocasión, el tribunal fue más allá, al considerar que el derecho a la alimentación era de raigambre fundamental. A su vez, precisó los titulares de ese principio y los obligados del mismo⁶⁷⁶. En la providencia del 28 de noviembre de 2001, la CSI indicó que la alimentación es un derecho exigible judicialmente, en la medida en que tiene un vínculo inescindible con el principio de la vida, reconocido en el artículo 21 de la Carta Política. De igual forma, manifestó que el Estado es el garante de ese derecho frente a los titulares, quienes se identifican con las personas marginadas que carecen de los recursos dinerarios para adquirir los alimentos.

En esa misma decisión, la corte transformó los beneficios de los esquemas de suministro de alimentos existentes en el ordenamiento jurídico en derechos legales, principios exigibles al Estado ante su desconocimiento o desatención. Estos programas abarcaban amplias prestaciones y son los siguientes⁶⁷⁷: 1) el Esquema de Distribución Pública Dirigida (TPDS); 2) Antyodaya Anna Yojana (AAY); 3) el régimen de alimentación de medio día (MDMS); 4) el Plan Nacional de Pensiones de la Vejez (NOAPS); 5) el Esquema Annapurna; 6) el Plan Integrado de Desarrollo del Niño (ICDS); 7) el Programa Nacional de Beneficios de Maternidad (NMBS); y (8) el Plan Nacional de Prestaciones Familiares (NFBS). Más adelante, enfatizó que esas políticas no pueden ser objeto de suspensión por parte de la administración, sin autorización del tribunal⁶⁷⁸. Entonces, el derecho a la alimentación incluye la implementación de programas sin discriminación y su ejecución inmediata.

El derecho a la alimentación tiene una relación deóntica de interdependencia con el principio de seguridad alimentaria⁶⁷⁹, nexos que establece una serie de obligaciones a las autoridades y atribuye

⁶⁷⁵Corte Suprema de la India, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Writ Petition (Civil) No.196 of 2001, orden del 23 de julio y 17 de septiembre de 2001. Las decisiones de la corte se hallan disponibles en el sitio web de la campaña del derecho a la alimentación [<http://www.righttofoodcampaign.in/legal-action/supreme-court-orders>] última vez consultado el 23-05-2017 a las 1:08 pm; o en el sitio web de los comisionados de la CSI [<http://www.sccommissioners.org/CourtOrders/datewisecourtorders.html>] misma fecha de consulta.

⁶⁷⁶Op.cit, POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance With Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, 2017

⁶⁷⁷Op.cit, BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, 'Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India, 2010, p. 700.

⁶⁷⁸Op.cit, Corte Suprema de la India, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Writ Petition (Civil), orden provisional del 27 de abril de 2004. En esa decisión se sostuvo que ningún programa que se encuentre cubierto por órdenes del Tribunal, como es el caso del Plan Nacional de Pensiones a la vejez, El Plan Nacional de Prestaciones Familiar, en especial, el de Annapurna y el Plan Nacional de Beneficios de Maternidad, puede ser suspendido o restringido sin la aprobación de la Corte, por tanto, todos los regímenes deberán seguir funcionando y beneficiando a toda la población titular del derecho a la alimentación.

⁶⁷⁹Op.cit, BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, 'Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India, 2010, p. 693. Los autores utilizan los conceptos referidos de manera indistinta, pese que los comprenden de manera diferente. Utilizan el "derecho a la alimentación" para significar que todas las personas deben tener la capacidad de alimentarse de una manera que satisfaga sus necesidades nutricionales. Usan la "seguridad alimentaria" para significar que, a nivel de hogar, éste tiene suficientes activos para comprar los alimentos. A nivel nacional, la seguridad alimentaria significa que un país debe

derechos a las personas. La Corte Suprema reconoció esa situación normativa en los casos en que se censuró a los diversos estados indios por dejar descomponer la comida del sistema público de alimentación, mientras existen millones de personas que requieren acceder a esos alimentos⁶⁸⁰. Lo propio sucedió con la ausencia de instalaciones adecuadas para guardar el grano por parte de la FCI, yerro que supone el deterioro de los cereales para el consumo humano⁶⁸¹.

Acto seguido, la CSI continuó con un proceso de universalización del derecho a la alimentación, evolución que amplió el diseño de los programas y los beneficiarios de los mismos. Nótese que la titularidad de ese principio se desligó del objeto del plan y se convirtió en una potestad subjetiva de las personas. Ello ocurrió en los planes que se enuncian a continuación; i) ICDS, se incluyó a todo niño y niña como destinatario del esquema⁶⁸²; ii) MDMS, se aseveró que los niños y niñas deberían recibir esa prestación en vacaciones del colegio, al igual que los menores que no estuvieran escolarizados⁶⁸³; y iii) Antyodaya, se indicó que el suministro o subsidio de trigo o arroz debía extenderse a toda las tribus primitivas⁶⁸⁴.

De similar forma, se focalizaron las políticas en razón de los sujetos, verbigracia las mujeres, los niños y niñas, los estudiantes, los habitantes de calle y las comunidades tribales. El enfoque diferencial de las estrategias sociales implica que esos individuos contaban con prestaciones específicas positivas, que pretenden atender sus particularidades. La Corte autorizó la creación de un programa adicional al NMBS para la atención de la maternidad⁶⁸⁵. En el nuevo plan, llamando *Janani Suraksha Yojna* (JSY), las madres tienen los beneficios de traslado del Centro de Salud Pública a los complejos residenciales y la facilidad de acceso al transporte para acudir a los controles. Lo relevante de ese reconocimiento es que la mujer no pierde las prestaciones del NMBS. Así mismo, en la decisión de mayo de 2013, se duplicó el programa *Sampoorn Gramin Rozgaar Yojanna* (SGRYS) durante los meses de mayo, junio y julio, plan que reconoce el suministro de alimento por trabajo en favor de los agricultores marginados y de las personas cuyas condiciones físicas y morales no les permitan generar ingresos sustentables⁶⁸⁶.

El tribunal protegió programas que tenían un vínculo con el derecho a la alimentación a pesar de que de manera inmediata resguardara otro principio. Se trata de los casos en que se ordenó a los Estados proveer el refugio para los habitantes de calle, eventos en que se había destruido los albergues temporales y las personas estaban muriendo de frío. La Corte justificó tales medidas en que el reconocimiento de esa protección facilitaba a esos sujetos marginados el acceso a los alimentos y a una vivienda⁶⁸⁷. Así mismo, se promovió la garantía del derecho de acceso a la información, por lo que se ordenó la divulgación de los planes y la necesidad de que sus documentos fuesen públicos en los diferentes sitios web de las entidades o en lugares donde se suministran las atenciones⁶⁸⁸. Es más, se sistematizó el programa TPDS y se fijó la obligación de difundir, por medio de mensajes de texto, la información sobre la disponibilidad de granos a los individuos que sean identificados como beneficiarios. Para la autoridad judicial india, esa protección genera conciencia del derecho a la

adoptar políticas para asegurar que el suministro de alimentos disponibles sea adecuado para satisfacer las necesidades nutricionales básicas de todos sus ciudadanos.

⁶⁸⁰Op.cit, Corte Suprema de la India, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Writ Petition (Civil), órdenes del 31 de agosto y 6 de septiembre de 2010.

⁶⁸¹Ibidem, orden del 29 de octubre de 2010.

⁶⁸²Ibidem, órdenes del 20 de abril de 2004 y 13 de diciembre de 2006. La universalización del ICDS implicó la extensión de todos los servicios ICDS a los niños menores de 6 años, las mujeres embarazadas y lactantes y todos los adolescentes.

⁶⁸³Ibidem, orden del 20 de abril de 2004.

⁶⁸⁴Ibidem.

⁶⁸⁵Ibidem, orden de 9 de mayo de 2005.

⁶⁸⁶Ibidem, orden del 2 de mayo de 2003.

⁶⁸⁷Ibidem, orden del 21 de junio de 2010.

⁶⁸⁸Ibidem, órdenes del 29 de octubre de 2002, del 7 de octubre de 2004 y del 14 de septiembre de 2011.

alimentación y facilita la rendición de cuentas al Estado, escrutinio donde se reconoce que la ciudadanía exige de manera directa las prestaciones a la administración.

4.3.4. La caja de herramientas para la garantía del derecho a la alimentación en el marco de un diálogo.

En el caso PUCL, la CSI utilizó una serie de herramientas innovadoras y variadas para materializar el derecho a la alimentación de las personas vulnerables, entre ellas una amplia gama de remedios judiciales, varias estrategias de seguimiento y puesta en escena de un diálogo fluido con las autoridades federales, locales y la sociedad. Ese contexto se enriqueció con grupos de interés legal denso que jugaron un papel primordial para disminuir esa falencia en el acceso a los alimentos.

Es importante comentar que, en auto de abril de 2001, el Tribunal expandió la demanda dirigida contra 6 Estados de la India a todas las 29 entidades territoriales del país, por lo que ocurrió un fenómeno de nacionalización de la causa. Ello significó el aumento del espectro de la revisión judicial y de la participación de la sociedad.

A su vez, es valioso aclarar que el proceso del derecho a la alimentación continúa abierto, debido a que no se ha emitido la sentencia definitiva para el momento de la escritura de este trabajo⁶⁸⁹. El 10 de febrero de 2017, se presentaron peticiones ante la corte para que ordenara el pago de un auxilio de maternidad reconocido en la ley, solicitud que no se ha resuelto. El desarrollo del caso se produjo por medio de decisiones previas a un fallo de fondo definitivo, comportamiento que podría ser extraño para los sistemas jurídicos continentales, pues se reconocen principios y se emiten ordenes que debieran ir en sentencia. La CSI expide remedios para proteger el derecho a la alimentación y para garantizar el cumplimiento de esas órdenes, ambos tipos de decisiones se profieren en autos. Esa situación supone una dificultad en la clasificación de los remedios judiciales de salvaguarda y de observancia de determinaciones, máxime cuando ellos convergen en múltiples decisiones. Ante esa situación, debe reconocerse el vínculo entre esa clase de medidas judiciales. No se podría concluir que la orden provisional del 28 de noviembre de 2011 es la única que establece órdenes sustantivas, de modo que las demás providencias son medidas de cumplimiento. Lo anterior, en razón de que la Corte amplió los derechos o reconoció nuevos programas en decisiones posteriores, como se mostró en el anterior acápite. Los remedios que se dictaron en todo el proceso son objetos de análisis. Entonces, la diferencia de éstos con las medidas de monitoreo se relaciona con la finalidad y función que otorga el tribunal a la directriz.

La CSI emitió remedios judiciales que se catalogan como moderados. Esa clasificación es consciente que ese tribunal profirió medidas de diferentes intensidades a lo largo de estos 16 años, debido a la forma en que dirigió el proceso. En algunas ocasiones, la autoridad judicial expidió remedios fuertes, empero en otras situaciones decretó resoluciones intermedias. Esa característica evidencia una complejidad para encasillar el nivel de las órdenes, dificultad que se soluciona con un estudio global de las estrategias utilizadas por el juez. Se trata de comprender la función de las directrices en la causa y de identificar la preponderancia de un tipo de remedios.

Así, la corte formuló remedios fuertes y detallados para resolver vulneraciones del derecho a la alimentación derivadas de la negligencia de las autoridades en la gestión pública o de la desatención de éstas en relación con las órdenes del caso. Para ilustrar esta hipótesis, se hallan las directrices de

⁶⁸⁹Op.cit, POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, 2017.

reapertura de los almacenes de comida que pertenecen al sistema público de alimentación⁶⁹⁰, la construcción de dos centros adicionales de atención a los niños y niñas (Aanganwadi AWCS)⁶⁹¹, la reconstrucción de los refugios demolidos y la edificación de los alojamientos temporales. Ambos sitios con el fin de albergar a personas sin hogar y evitar que mueran de frío en las calles de ciudades, como Delhi⁶⁹².

Por su parte, se configuraron medidas moderadas para resolver los diversos problemas de ejecución de las autoridades accionadas, inconvenientes que obstaculizaban el goce del derecho a la alimentación. Los remedios judiciales pretendieron regular el comportamiento de la burocracia a futuro sin reducir su marco de acción, de modo que dejaron espacios abiertos para que la administración decidiera y dialogara con la comunidad. Ello ocurrió con las órdenes de aplicación de los diversos esquemas de suministro de alimentación, caso donde la corte fijó plazos de cumplimiento, las condiciones de satisfacción de necesidades básicas y ampliación de titulares. En todos los ejemplos enunciados, la administración tuvo la opción seleccionar las vías que llevarían a cumplir tales mandatos legales y judiciales⁶⁹³.

Otra muestra de remedios judiciales moderados corresponde con los mandatos de formulación de un modelo de divulgación de las órdenes proferidas por parte del tribunal. Dicha medida tenía el objeto de que los titulares conocieran sus derechos y pudieran ejercerlos⁶⁹⁴. Inclusive, se dispuso brindar la información detallada de los beneficios del programa ICDS en el sitio web de las instituciones burocráticas y educativas. También, se ordenó a los Estados que regularan el sistema de precios de las tiendas que venden comida subsidiada a las personas que se hallan por debajo de la línea de la pobreza⁶⁹⁵. En igual sentido, se mandó a las administraciones federal y local construir una base de datos sobre el funcionamiento del sistema de alimentación, de modo que se centralizará la información de la existencia y distribución de grano.⁶⁹⁶ En resoluciones reseñadas, las autoridades administrativas debían delimitar todos los aspectos para el diseño y ejecución de la política.

⁶⁹⁰Op.cit, Corte Suprema de la India, caso People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, Writ Petition (Civil), órdenes de 23 de julio de 2001. La Corte indicó que todas las tiendas del PDS (Public Distribution System) deben abrir sus puertas, en caso que se encuentren cerradas. Por ende, los almacenes deben comenzar a funcionar y realizar actividades de suministros de manera regular. Para materializar la orden, la CSI establece un plazo máximo de una semana para ejecutar la decisión.

⁶⁹¹Ibidem, órdenes del 29 de abril de 2004, y el 13 de diciembre de 2006.

⁶⁹²Ibidem, órdenes del 3, 20 y 27 de enero de 2010. En el último auto, se ordenó al Gobierno de Delhi que debía edificar por lo menos 100 refugios temporales en una semana e instaurar por lo menos 140 refugios permanentes a las personas de la calle. De igual forma ver órdenes del 14 y 24 de noviembre de 2010.

⁶⁹³Ibidem, orden del 28 de noviembre de 2001. Ello se replicó en los autos del 2 de mayo de 2003 y el 20 de abril de 2004. En la segunda decisión, se mandó a todos los Estados que ejecutarán el Programa de Alimentación a más tardar el 01 de septiembre de 2004. Por tanto, indicó que el Estado Centro está en la obligación de asegurar los recursos para facilitar el funcionamiento del plan. También, indicó que los Dalits son los encargados de nombrar a los cocineros y ayudantes teniendo presente que el programa deberá funcionar en periodo de vacaciones. Así mismo, el tribunal dispuso que los Secretarios Jefes deben presentar un informe de cumplimiento a más tardar el 15 de septiembre de 2004. En auto del 16 de marzo de 2010, la sala determinó plazos específicos a los gobiernos para que entregaran las tarjetas que dan acceso a los beneficios de los programas.

⁶⁹⁴Ibidem, ordenes 29 de octubre de 2002 y el 7 de octubre de 2004.

⁶⁹⁵Ibidem, orden del 5 de septiembre de 2005.

⁶⁹⁶Ibidem. orden del 14 de septiembre de 2011. En esa ocasión, se dispuso: 1. La informatización del PDS, acción que puede considerarse como un componente para evaluar las desviaciones, fugas y retraso en la asignación y el transporte de los alimentos. A su vez, esa sistematización es un insumo valioso para autenticar electrónicamente la entrega de comida y los pagos a precios justos; 2. El Departamento de Alimentación y Distribución Pública debe implementar el proceso de informatización de manera estructural en todo el país; y 3. El Gobierno de la India debe asegurar que los Gobiernos Estatales ejecuten el programa de informatización del TPDS.

La existencia de los diversos tipos de órdenes significa que la corte asumió un modelo de dos niveles para decidir. Por una parte, tomó medidas particulares para resolver una situación urgente de vulneración de derechos a un grupo, sin establecer un amparo específico a alguien. Por otra parte, adoptó estrategias de largo aliento con la finalidad eliminar las fallas de ejecución de las políticas, inconvenientes que perturban a la comunidad marginada en su totalidad. Los remedios de mayor número y de impacto en la gestión pública son los segundos, por lo que se puede clasificar el caso con medidas moderadas. Una muestra de ese nivel remedial es el auto del 28 de noviembre de 2001. En dicha decisión, se ordenó la identificación de las familias que se encontraban por debajo de la línea pobreza y la entrega de una tarjeta que serviría para reclamar una ración de granos por familia. Además, se dispuso que las familias pobres pudieran comprar comida subsidiada y se mandó poner en marcha el programa de alimentación de medio día para los colegios públicos. Los planes pensionales, de atención a los niños y mujeres embarazadas tuvieron el mismo impulso por parte del tribunal.

La CSI estableció un interesante sistema de monitoreo de su decisión, puesto que utiliza múltiples herramientas para garantizar la observancia del fallo y la protección de derechos de las comunidades marginadas. Entre esas estrategias se encuentran la solicitud de ayuda al procurador de la India, la expedición de medidas de supervisión por parte del tribunal, la existencia de comisionados generales encargados de monitorear las decisiones judiciales y la creación de organismos específicos para hacer cumplir ciertas órdenes. Todas esas formas de supervisión permiten adelantar un escrutinio detallado de la gestión pública y facilitan un diálogo con las instituciones que tienen la responsabilidad de garantizar el derecho a la alimentación, elementos que evidencian un seguimiento fuerte.

En la primera opción, el tribunal pidió la colaboración al procurador o fiscal general para que vigilara la implementación de los programas -como el JSY⁶⁹⁷- o supervisara la distorsión existente en plan de distribución de alimentos subsidiados⁶⁹⁸. De hecho, en la providencia del 17 de septiembre de 2001, este modelo fue la primera forma de escrutinio que se implementó en el caso PUCL. En la mencionada providencia, la CSI solicitó a este funcionario que evaluara los problemas relacionados con el cierre de los almacenes donde se vendía el grano subsidiado. Lo anterior, en razón que la gente sufría de inanición, mientras las tiendas se encontraban llenas de comida, pero sin servicio de atención al público.

En la segunda herramienta, la corte asumió la función de emitir órdenes para identificar el avance de la política social y tomar las medidas respectivas del caso. En desarrollo de esta labor, se pidieron informes de cumplimiento⁶⁹⁹, declaraciones juramentadas a cada Estado sobre la materialización de la decisión⁷⁰⁰ y explicaciones por la reticencia de las autoridades para alcanzar la meta de protección de derechos⁷⁰¹. Así mismo, el tribunal impuso sanciones por el desconocimiento de sus mandatos⁷⁰².

⁶⁹⁷Ibidem, órdenes del 9 de mayo de 2005 y 20 de noviembre de 2007. El Tribunal estableció un escrutinio intermedio frente al cumplimiento de sus observaciones, porque exigió al Fiscal General información concerniente a la implementación del programa JSY. Así mismo, estableció plazos para su entrega, interregno que no superaría ocho semanas.

⁶⁹⁸Ibidem, orden del 29 de octubre de 2009. En esa providencia, la CSI ordenó al Procurador General de la India que informara al Tribunal de Justicia los motivos que explican la distorsión de datos del programa. También debía hallar las razones que muestran el hecho de que personas beneficiarias del plan no hubiesen recibido la cuota de alimentos en el año 2010.

⁶⁹⁹Ibidem, ordenes de 29 de abril, del 27 de octubre y del 12 de diciembre 2004, y del 1 de febrero de 2007. En la última decisión, la corte solicitó informes a los Estados (Uttar Pradesh, Uttranchal, Bihar, Delhi, Jharkhand, Madhya Pradesh, Chhattisgarh, Assam, Rajasthan, Orissa, Jammu y Kashmir) en los cuales no se ha implementado de manera estructural los programas encaminados a mejorar las condiciones de vida de la población pobre.

⁷⁰⁰Ibidem, ordenes 28 de noviembre de 2001, 7 de octubre de 2004, 9 de mayo de 2005, 20 de noviembre de 2007, 3 y 20 de enero y 21 de julio de 2010, y 27 de febrero de 2012.

⁷⁰¹Ibidem, orden del 13 de diciembre de 2006. Así, se mandó que los Secretarios Jefes de los Estados de Bihar, Jharkhand, Madhya Pradesh, Manipur, Punjab, Bengala de Occidente, Assam, Haryana y Uttar Pradesh debían presentarse ante la Corte para explicar las razones por las cuales no se ha aplicado plenamente el régimen ICDS

⁷⁰²Ibidem, orden del 7 de octubre de 2004.

En tercer lugar, el tribunal tiende a nombrar un equipo de vigilancia en los casos en que (i) carece de información, (ii) se ocupa de una cuestión técnica, o (iii) es una decisión que afecta la eficacia del recurso judicial. Por medio del auto del 8 de mayo de 2002, configuró la comisión de la corte suprema del caso PUCL, órgano compuesto por dos expertos en el tema de la alimentación, el Dr. N.C. Saxena y el Sr. S.R. Shankar⁷⁰³. Ese cuerpo tiene el objetivo principal de supervisar la aplicación de las órdenes relacionadas con el derecho a la alimentación, meta que se realiza con la expedición de informes⁷⁰⁴. Los comisarios cuentan con dos asesores por Estado, quienes recolectan la información y apoyan la elaboración de informes. A su vez, en cada entidad territorial, las administraciones locales deben nombrar un funcionario nodal que suministre a los empleados de la comisión datos de implementación de los programas. En esa labor, la burocracia estatal debe aportar asistentes que faciliten las actividades de los comisionados y colaboren en cualquier requerimiento. Se subraya que ese órgano tiene autonomía de la administración y se auxilia en temas logísticos con los últimos dos funcionarios de nivel local.

Inicialmente, la comisión poseía sólo dos funciones en la materialización de la aplicación del derecho a la alimentación, a saber⁷⁰⁵: 1) la supervisión y presentación de informes. En esta labor, los comisionados identificaron fallas en la gestión pública del sistema de distribución de granos así como el Estado infractor de las decisiones del tribunal⁷⁰⁶; y 2) asesorar a la Corte Suprema con recomendaciones de las medidas a proferir, por ejemplo campañas publicitarias de los esquemas y medidas judiciales⁷⁰⁷.

Con el paso de los años y de los reportes, los comisionados asumieron otras funciones proteger a la población marginada y materializar los remedios judiciales dictados por el tribunal. Estas son: 3) obtener información de los Estados sobre el proceso de ejecución de la gestión pública con el fin de entregarla a la CSI⁷⁰⁸. Nótese que dicha labor convierte a la comisión en el canal de comunicación del tribunal con las administración federal y local; 4) la generación de una conciencia de derechos por medio de la garantía del acceso a la información de los ciudadanos de los documentos y datos de los planes⁷⁰⁹. Así mismos, la publicidad de los programas en los sitios web de las instituciones que se

⁷⁰³En Manyo de 2005, Harsh Mander reemplazó al Señor Shankar como comisionado.

⁷⁰⁴Op.cit, BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, 'Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India, 2010, p.727-728.

⁷⁰⁵Ibidem.

⁷⁰⁶SAXENA, Comisarios de la Comisión de la Corte Suprema de India para el caso sitio web oficial [http://www.sccommissioners.org/CourtOrders/datewisecourtorders.html] última vez consultado el 23 de mayo de 2007, informes No 1 del 12 de octubre de 200, No. 2 del 3 de marzo de 2003, No 6 del 6 de diciembre de 2005, No 7 de Noviembre de 2007, No 8 de agosto de 2008. Por ejemplo, los comisionados advirtieron problemas para implementar las PP, a saber: i) ausencia de recursos; ii) retraso en liberación de recursos por parte del Estado Federal; iii) demora en la entrega del grano por parte de FCI; iv) ausencia de planeación en la distribución del grano, por lo que éste se termina antes del nuevo suministro; y v) falta de control a la destinación del dinero del sistema de alimentación. También indicaron que existían Estados en los cuales no había siquiera un programa simbólico, por ejemplo, Jharkhand, Uttar Pradesh y Bihar, quienes argumentan problemas financieros, logísticos y administrativos.

⁷⁰⁷Ibidem, al igual que el informe No 3 del 1º de mayo de 2003. El comisionado aconsejó al Tribunal que divulgara la reglamentación legal de los programas de alimentación y sus órdenes. La medida tenía la finalidad de que los ciudadanos conocieran sus derechos. La forma de socialización correspondió con anuncios semanales en Doordashan y All India Radios por un periodo inicial de seis meses; la exhibición obligatorio de un cartel actualizado de todas las tiendas de racionamiento, escuelas, Panhayat Bhawams y centros de salud dentro de dos meses; por último, la exhibición obligatoria en las tiendas de racionamiento, escuelas, Panchayatt Bhawans etc. Además debe constituir una junta permanente que proporcione información detallada de los derechos a la alimentación bajo el Sistema Público de Distribución así como los mecanismos de compensación. En el mismo sentido, ver informes No 8 de agosto de 2008, No 9 de septiembre de 2009 y No 10 del 31 de diciembre de 2012

⁷⁰⁸Ibidem, reporte No 1 del 12 de octubre de 2002.

⁷⁰⁹Ibidem, informe No 2. En relación con el acceso a la información se emitieron los siguientes considerandos: 1. Asegurar que en las Gram Panchayats se muestre toda la información relacionada con los SGRY, especialmente, la relacionada con los

encargan de ejecutar los esquemas y el reconocimiento del derecho de la información⁷¹⁰. La labor reseñada tenía el objetivo de generar una conciencia de derechos en los ciudadanos y promover la rendición de cuentas; 5) la recepción de quejas de la ciudadanía, la emisión de requerimientos y la solución de conflictos de implementación sin intervención judicial⁷¹¹; 6) la realización de la pedagogía sobre las ordenes emitidas por parte de la corte⁷¹², y 7) la evaluación de los impactos de los remedios judiciales para el goce de derechos de los beneficiarios, por ejemplo el aumento de la asistencia de las niñas y de los niños a las escuelas públicas por el programa de alimentación de medio día.⁷¹³

Como resultado de varios informes, la CSI creó órganos especializados para ejecutar labores específicas de la supervisión de la gestión pública. Los reportes 6 y 8 advirtieron que el programa de distribución de comida (TPDS) se encontraba plagado de corrupción, verbigracia existían tarjetas de alimentación falsas y cobros de los funcionarios por los servicios gratuitos del esquema. Ante ese panorama, en providencia del 12 de julio de 2006, el tribunal dispuso la conformación del Comité Central de Vigilancia, órgano que tendría la función de detectar los problemas que afectan el funcionamiento del esquema TPDS⁷¹⁴. El Ministerio de Alimentación del Gobierno Central sufragaría los costos de ese cuerpo. Así mismo, con base en el reporte No. 5 de los Comisarios de la Corte, la autoridad judicial estableció la Comisión de Servicio Público. Dicho organismo es independiente a la administración - central y local-, al igual que cuenta con las funciones de escuchar las quejas recibidas por el público y fijar un plazo de implementación del programa de TPDS⁷¹⁵.

Ahora bien, la multiplicidad de remedios judiciales y las diversas aristas del seguimiento de la gestión pública de hambre engendra un diálogo institucional activo entre la CSI y las demás instituciones del nivel federal y local. La principal herramienta de comunicación son los comisionados, quienes se convirtieron en el canal de información del ejecutivo al judicial en este caso. Adicionalmente, la comisión creó espacios fuertes de deliberación con la burocracia, los cuales aumentaron la eficacia la sentencia. En esos escenarios, se resolvieron muchos problemas de implementación sin la mediación del tribunal. Ese logro fue posible gracias a las alianzas de los comisarios con otros funcionarios, con quienes construyeron una voluntad política de desbloquear la administración.

La Corte tomó en serio el trabajo de los comisarios y sus reportes, al punto que usó esos documentos para emitir órdenes⁷¹⁶. Inclusive, remitió a los Estados los informes de los comisionados con el fin de que propusieran salidas a las fallas identificadas⁷¹⁷. El tribunal tomó parte activa en esa interacción

recursos y como se están gastando. Las sesiones deben efectuarse en las oficinas de Oanchayat o en una reunión fuera de la escuela. Así mismo, los registros deben estar disponibles para inspección del público en general. Inclusive, reconoce el derecho de las personas a obtener copias relacionadas con cuestiones públicas. 2. Todos los Estados y otras agencias que tengan documentos de los planes de alimentación de empleo deben compartirlo. 3. Se ordena garantizar que todos los procesos relacionados con los Programas sean compartidos en el sitio web oficial. 4. El Secretario General/ Administrador de cada Estado-Territorio debe revisar al menos una vez por trimestre el funcionamiento de los programas y enviar un informe al Comisionado de Alimentos de la Corte Suprema. De igual forma ver Informes 3.

⁷¹⁰Ibidem, reporte No 4 de agosto de 2003. Los comisionados señalaron que los documentos deben ser de orden público, es decir, de libre acceso para la ciudadanía. Esa medida pretende que las personas puedan realizar consultas de manera individual en cualquier momento. Así mismo, se fijó el plazo de una semana para acceder a las copias solicitadas.

⁷¹¹Ibidem, Informe No 2.

⁷¹²Ibidem, informe No 2 y No 5 de agosto de 2004.

⁷¹³Ibidem, informe No 3.

⁷¹⁴Op.cit. Corte Suprema de la India, caso People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, Writ Petition (Civil), orden de 12 de julio de 2006. Se indicó que el Comité Central de Vigilancia estará dirigido por el juez retirado Dr. M.C. Saxena.

⁷¹⁵Ibidem, orden del 9 de mayo de 2005. La Corte precisó que los Estados que tenían inconvenientes para ejecutar el programa TPDS eran los encargados de sufragar los costos de la Comisión de Servicio Público, autoridades que son: Rajasthan, M.P. Orissa, Delhi, Bihar, Bengala Occidental, Chhattisgarh y Assam.

⁷¹⁶Ibidem, órdenes del 7 de octubre de 2004, del 9 de mayo de 2005 y del 1º de enero de 2007.

⁷¹⁷Ibidem, orden 19 de agosto y 2 de diciembre de 2003. Es esa oportunidad se envió el informe No 4 de agosto de 2003.

institucional y social, al recibir estudios del derecho a la alimentación de otros expertos⁷¹⁸, solicitar a la burocracia que justifique el incumplimiento de sus obligaciones⁷¹⁹, promover un acuerdo entre las partes para la adopción de medidas de ejecución⁷²⁰ y evaluar las peticiones formuladas por la ciudadanía⁷²¹.

Ese retrato de diálogo se encuentra incompleto. Hace falta la otra cara de esa conversación, es decir, la sociedad civil con los grupos de interés legal densos. En el caso de PUCL, la Campaña por el Derecho a la Alimentación (RFC⁷²²) juega ese rol determinante en el proceso de litigación reseñado. Inclusive, esa red informal nació a mediados del año de 2001, debido al inicio del proceso. La organización colectiva se encuentra conformada por organizaciones y personas que están comprometidas con el logro de dicho derecho en la India. La Campaña trabaja para construir la base cívica y la presión pública necesaria para poder implementar y garantizar la rendición de cuentas del Gobierno⁷²³. Se trata de la movilización ciudadana sobre el cumplimiento de las órdenes de la corte y la exigibilidad del derecho a la alimentación del pueblo indio⁷²⁴.

La RFC tiene la función de promover el derecho a la alimentación ante la CSI con la contribución de conceptos y críticas sobre la situación de hambre en India, por ejemplo aportaron datos que fueron utilizados en las providencias del tribunal. La Campaña implementó acciones legales para responsabilizar a los funcionarios de la administración frente a los tribunales por el fracaso de la gestión pública. Es más, ese grupo de interés legal influyó de manera determinante para establecer límites legales de nutrición y los alimentos que deben ser suministrados a la población, en la medida en que solicitaron la extensión del derecho a diversos beneficiarios o la aclaración de una orden judicial. A su vez, promovió la garantía de la implementación del derecho a la alimentación mediante el activismo social. La Campaña es un actor determinante para que las personas conozcan sus derechos y se movilicen por la protección de éstos. Con esa meta, esa red acudió a los diversos medios de comunicación - sitios web o la prensa de la India- o campañas de divulgación para hacer visible esa problemática⁷²⁵-. La participación de este colectivo fue determinante para la aprobación de la ley alimentaria del año 2013.

El escenario de diálogo retratado incluye a la CSI, la Comisión, la Campaña del derecho a la alimentación y el Estado a nivel local y federal. Ello advierte redes de comunicación en dos direcciones entre todos los agentes. Además, evidencia relaciones directas e indirectas entre ellos, fenómeno que configura un círculo positivo de retroalimentación⁷²⁶. El tribunal delimita el contenido del derecho y dirige la supervisión de la política pública. Los comisionados recogen información y conversan con la administración local y federal, al igual que remiten los resultados de esa interacción al tribunal. El diálogo constante ayuda a construir la voluntad política de las autoridades para observar el fallo. En

⁷¹⁸Ibidem, órdenes del 20 y 29 de abril de 2004.

⁷¹⁹Ibidem, órdenes del 27 de abril de 2004 y del 13 de diciembre de 2006.

⁷²⁰ Ibidem, orden del 14 de marzo de 2006. En ese caso la PUCL y el Ministerio de Desarrollo Rural; el Ministerio de Asuntos del Consumidor, Alimentación y Distribución: y, el Gobierno de la India.

⁷²¹Ibidem, orden del 20 de noviembre de 2007

⁷²²Por sus siglas en inglés Right to Food Campaign.

⁷²³ Op.cit, Op.cit, BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, 'Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India, 2010, p.727-728

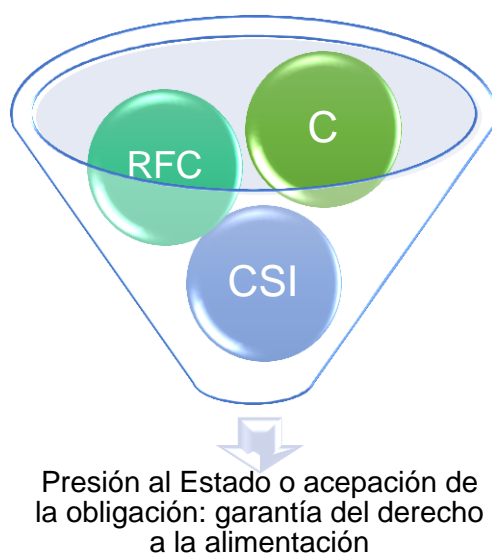
⁷²⁴PATNAK, Biraj, La Campaña por el Derecho a la Alimentación en India, la implementación de decisiones judiciales sobre el derecho a la alimentación, Reivindicando los derechos humanos el desafío de la rendición de cuentas, Observatorio de derecho a la alimentación y a la nutrición, 2011, p. 40

⁷²⁵Op.cit, POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, 2017.

⁷²⁶RODÍGUEZ GARAVITO, Cesar y KAUFFMAN, Celeste. Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales, Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas. Dejusticia. Bogotá, 2014, pp. 34-36

desarrollo de esta labor, los comisarios se reúnen con la sociedad para verificar el grado de satisfacción del principio discutido y llevan esas impresiones a la autoridad judicial. La RFC promueve la conciencia de derecho y facilita la movilización social para realizar la rendición de cuentas al Estado. Se trata de una presión para obligar a la burocracia a materializar el derecho a la alimentación. Esta red también envía al tribunal la percepción de la comunidad sobre el caso y el campo jurídico, visión que el juez usa para emitir órdenes y dar un contenido sustantivo al derecho. Por su parte, las autoridades administrativas y parlamentarias terminan buscando la forma de eliminar las desigualdades de la comunidad, ya sea de manera voluntaria y consciente de su función protectora de derechos, o forzada por la presión social e institucional.

Diagrama 2. Diálogo en el caso PUCL



Fuente. Elaboración Camilo Delgado.

4.3.5. Evaluando la intervención judicial

El proceso descrito de revisión judicial del derecho a la alimentación tiene impactos tanto en la satisfacción de las necesidades básicas de las poblaciones como en la gestión pública, aspectos que se revisarán a continuación.

La CSI modificó el ciclo de política pública alimentaria del Estado central y local indio en sus más íntimos espacios de la acción de la administración. Lo particular del caso PUCL es que esa transformación también fue impulsada por actores no judiciales, por ejemplo los comisionados y la campaña por el derecho a la alimentación.

La Corte utilizó su poder de agenda para colocar la atención de los Estados demandados en el problema de las hambrunas y la muerte por inanición de sus ciudadanos. Tal intervención se ejemplifica con las medidas inmediatas de reapertura de almacenes. Inclusive, el tribunal empleó esa facultad de manera fuerte, por cuanto transformó una agenda local en una de nivel nacional, al expender la causa a los 29 Estados de la India. Dicha mediación se utilizó para mantener la situación insatisfactoria en la agenda gubernamental por 16 años. Para ilustrar, se referencian las órdenes de reanudación de

programas suspendidos, las cuales llaman la atención de la administración cuando ya no consideran relevante esa situación.

Así mismo, la RFC influyó en la inscripción del problema del hambre en agendas gubernamentales locales y federales. La movilización social y la presión ciudadana para exigir el derecho a la alimentación obligaron a la administración a tratar el tema. El campo social se articuló con una estrategia de medios que tornó visible un escenario de insatisfacción. La red utilizó el capital social de la comunidad y de los medios de comunicación. Nótese que esos insumos se convierten en un poder simbólico, que otorga la legitimidad a las personas de exigir comida, cuando la corte interviene para reconocer derechos y emitir mandatos. Lo propio sucede con los comisionados, dado que la deliberación de éstos con la burocracia evidencia un escenario que debe resolverse.

En relación con la etapa de formulación de la política de alimentación, el tribunal amplió el diseño de la gestión pública con la universalización de los programas, como quiera que la administración tuvo que replantear su respuesta para suplir la demanda de beneficios. De igual manera cambió la acción del estado con la restricción de demolición de refugios para indigentes, pues eliminó esa opción para la administración. Los jueces impusieron diseños de nuevos planes, como son la construcción de viviendas, la producción de campañas publicitarias o la conformación de sistemas de información. La revisión judicial y la presión social con los grupos densos de interés concluyeron con formular en 2013 una ley nacional de alimentación, efecto palpable de la transformación del diseño de la política.

En la fase de implementación, todos los actores del proceso denunciaron problemas de ejecución de la política alimentaria, verbigracia indicaron que los programas no llegaban a los beneficiarios, que algunos de los planes carecían de ejecución y que los esquemas sufría del problema de corrupción etc. Inclusive, los Comisionados identificaron fallas específicas en dicho estadio del ciclo. En ese contexto, la Corte respondió con órdenes de plazo de cumplimiento y con requerimientos a los Estados renuentes en observar la decisión. Sin embargo, nunca señaló la forma en que debía resolverse el impase de la ejecución. Aunado a lo anterior, los Comisionados lograron acuerdos de voluntad política con la burocracia para romper el bloqueo institucional y garantizar la implementación.

La intervención judicial fue intensa en la etapa de evaluación, al punto que se elaboró un espacio de valoración pluralista de la conducta de la administración. En dicho lugar, la Corte, los comisionados y la red de RFC concurrieron para escrutar la política alimentaria y proponer la solución más eficaz en términos de protección de derechos. La respuesta a la crisis institucional se halló en el marco de una conversación. Nótese que el seguimiento de las órdenes y la forma de dirigir el caso se convirtió en una instancia *ad-boc* de evaluación donde asistieron expertos, políticos, burócratas y la ciudadanía. Encima, el tribunal introdujo el enfoque de derechos humanos en la estimación de la política, toda vez que reconoció que los programas eran derechos legales que debían cumplirse. Además, fijó indicadores de resultado en el auto del 28 de noviembre de 2001, pues la actividad estatal tenía la obligación satisfacer un gramaje especial y observar número de calorías determinado, criterios que se establecieron en el mencionado auto. Tales parámetros sirvieron para verificar el avance de la administración en el cumplimiento del fallo y en garantía del DESC protegido. Cabe recordar que la RFC ayudó a construir los estándares de satisfacción del derecho de alimentación, por lo que también jugó un rol importante en la fase de valoración.

En ese contexto, se reconoce que el progreso de caso PULC dependió de muchos factores y no exclusivamente de la decisión judicial. Como señalan Gauri y Poorvi⁷²⁷, la combinación de ciertos

⁷²⁷Op.cit, POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, 2017.

elementos de la oferta y la demanda permitieron impactos positivos de la decisión en términos de protección de derechos. De una lado, la Corte adoptó un enfoque dialógico que estuvo marcado por una conversación con las instituciones del Estado, una concepción fuerte del derecho a la alimentación, la expedición de remedios moderados y la consagración de un seguimiento intenso en cabeza, principalmente, de los comisionados. A esto se suma la presencia constante de un grupo de interés legal denso, como la Campaña por el Derecho a Alimentación. Ese aliado presionó al gobierno y legitimó las acciones del tribunal por medio de la movilización social. De otro lado, el caso contó con un ambiente favorable para maximizar sus efectos, puesto que tenía una amplia atención de los medios de comunidad y la discusión se formuló en un contexto económico boyante.

En ese estado de cosas, es relevante preguntarse ¿qué mejoras se presentaron para población marginada india? En el año 2014, India ocupó el puesto 55 de 76 países en el índice de global del hambre. A su vez, en el año 2016, esa misma medición indicó que el 38.7% de los niños y niñas menores de 5 años padecen de retraso del crecimiento. India continua siendo considerado como un Estado con una seria condición de hambre, al obtener una calificación de 28.5. Se trata del 5 puntaje más alto en la región del sudeste asiático. Por encima de la India se encuentran países con menor crecimiento económico, los cuales se hallan en guerra, como Afganistán. No se puede el negar el progreso de India en el derecho a la alimentación en las últimas décadas, mejoría que podría atribuirse a la intervención judicial del caso PULC. Basta contrastar las cifras que se presentaron al comienzo de este capítulo con los valores que se acaban de reseñar. Además, la intervención judicial del esquema de alimentación de medio día fue sumamente efectiva para los derechos de los niños y niñas, pues logró la impresionante cifra de atender a 140 millones de beneficiarios. Sin embargo, el problema sigue siendo grave y persiste la inequidad, así como los problemas de implementación. En muchos de los informes⁷²⁸, los comisionados denunciaron fallas de la administración en la ejecución del programa de alimentación, producto de problemas de gestión o de corrupción. Inclusive, el plan TDSP jamás funcionó de manera adecuada. De igual forma, al algunos Estados nunca desbloquearon su burocracia por falta de voluntad política, como Uttar Pradesh. En definitiva la respuesta a la incógnita formulada es agridulce: ¡no todo es malo, pero falta mucho por hacer! un punto de partida podría ser mantener la intervención judicial con el apoyo de la sociedad civil.

⁷²⁸Op.cit, Comisionados de la Corte Suprema de India caso PULC, informe No 6° del diciembre de 2005, No 7 de noviembre de 2007, No 8 de agosto de 2008, No 19 del 31 de diciembre 2012.

III. Tercera parte. Vidas cruzadas, relación entre el derecho y la política pública

Quis custodiet ipsos custodes? « ¿Quién vigilará a los vigilantes? »

Juvenal Siglo I y II⁷²⁹

En los capítulos precedentes se estudiaron las revisiones judiciales de tres escenarios de salvaguarda derechos sociales en el marco de CE y sus efectos sobre las PP: la protección de la salud y el ambiente en caso de saneamiento del Río Matanza-Riachuelo en la Argentina, la superación de ECI carcelario en Colombia y la lucha por el derecho a la alimentación en India. En esta última parte se compararán las formas de intervención de los tribunales de esos países para resolver las situaciones de marginación; así mismo se propondrán algunas reflexiones en torno a la judicialización de las PP y la función del marco secuencial como parámetro de reducción de discrecionalidad del juez en la mediación de la gestión pública.

5. Capítulo 5 conclusiones

5.1. Simetrías y diferencias de la revisión judicial de las gestión pública en los casos estudiados

Los tres escenarios analizados muestran episodios de revisión judicial de DESC en un contexto de CE, actuación que impacta directamente en la gestión pública. Esa mediación ocurrió de una forma particular e innovadora, dado que se preocupó por la participación y la comunicación extendida con la sociedad y las demás instituciones. En los tres casos los jueces fueron sensibles a los argumentos de los demandantes y su concepción de derechos, al igual que emitieron cierto tipo de remedios y adelantaron un monitoreo constante de la decisión. Todos esos elementos modificaron de alguna forma las etapas del ciclo de política pública.

A su vez, los movimientos sociales estimaron que los tribunales eran un camino válido para visibilizar su situación y obtener el reconocimiento de sus derechos. Se trataba de una opción subsidiaria ante la inacción o ausencia de diligencia de la administración. En los países objeto de comparación, las deficiencias del sistema político afectaron la gobernabilidad de los problemas sociales, porque los espacios tradicionales de debates y demandas de la comunidad daban poco margen de participación. La ciudadanía era escuchada, empero el Estado no activaba una acción eficiente para resolver su insatisfacción. Nótese que esa debilidad fracturó la conexión de la sociedad con los partidos políticos, separación que perjudicó la gobernanza del ejecutivo y el legislativo. Aunado a lo anterior, los tribunales reseñados se comprometieron con los derechos de las personas y con la idea de materialización de los contenidos constitucionales. Su interés se acompañó con la atribución de amplias facultades en el modelo constitucional.

Las Cortes de Argentina, Colombia e India se comportaron como autoridades judiciales que se acercaron al activismo judicial de corte dialógico, empero algunas se aproximaron al modelo ideal más que sus similares, como se mostrará a continuación.

⁷²⁹JUVENAL, Sátira VI, en línea [<http://remacle.org/bloodwolf/satire/juvenal/satire6b.htm>] tomada el 17 de abril de 2017 a las 6:16 p.m.

Las corporaciones de justicia mencionadas dirigieron el proceso de manera diferente. La CSJA intervino en la gestión de la cuenca Matanza-Riachuelo con: i) las decisiones provisionales antes de la expedición del fallo; ii) las órdenes de la sentencia; y iii) las providencias de seguimiento posteriores a ésta. Por su parte, la CCC generó impactos en la política de cárceles con las medidas que se adaptaron en las Sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-672 de 2015. Cabe precisar que en este caso la CCC actuó con Salas de Decisión compuestas por jueces diferentes. La CSI regentó el caso de PUCL con resoluciones cautelares, de modo que a la fecha no ha proferido la determinación definitiva en causa. Esa intervención provisional nunca ha sido una barrera para que el tribunal indio omitiera reconocer el derecho a la alimentación o alguna de sus facetas, así como proferir medidas de cumplimiento a sus determinaciones.

Dicha dirección tuvo influencia en el nivel de diálogo que implementaron esas autoridades judiciales. El estudio de los episodios de la causa Mendoza-Riachuelo, las cárceles colombianas y la alimentación en India demuestran que pueden existir diversas intensidades de comunicación en un proceso. La evidencia empírica hace necesario que también se clasifique con variables cualitativas el diálogo que promueven las cortes en su revisión. Entonces, es necesario agregar otro parámetro de análisis de medición del activismo judicial propuesto por Thushnet, Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, que se restringe a valorar los derechos, los remedios y el seguimiento. Ese nuevo criterio debe calcular el grado de diálogo que promueve el tribunal, como quiera que ese aspecto tiene relevancia para contrarrestar los reproches que se ciernen sobre la justicia dialógica. Se estima relevante la conversación que el juez logre con los actores institucionales y sociales, por cuanto otorga legitimidad a la corte en su labor y permite que recopile todas las posiciones del debate, beneficio que tiene la virtualidad de evitar una decisión errónea en términos de gobernanza o de derechos. Es importante la manera en que los tribunales adelantan el proceso de revisión judicial, pues no se puede perder de vista que éstos se pronuncian en el marco de un proceso. Por ende, se añade otra dimensión a la conceptualización del activismo judicial, y se distingue entre un diálogo fuerte, moderado y débil.

En el diálogo fuerte, el tribunal pone en práctica mecanismos de comunicación con las instituciones del Estado y los actores sociales. La forma más representativa de esta intensidad es la celebración de audiencias públicas, diligencias donde se citan a los interviniente relevantes para intercambiar argumentos. Otra muestra son las estrategias de puerta abiertas a las cortes para recepcionar posturas, remitir informes o solicitar explicaciones sobre las conductas u omisiones de los interlocutores del procedimiento comunicativo. En una conversación de nivel moderado, las corporaciones se limitan a solicitar informes a las autoridades y a formular preguntas sobre el objeto de análisis. Y las Cortes fallan en el marco de una interacción débil, cuando deciden una causa sin acudir a alguna forma de contacto con las partes o terceros interesados.

Se tiene que la CSJA adelantó un diálogo fuerte con la burocracia y la sociedad civil, puesto que convocó a 4 audiencias públicas informativas y a otras diligencias de ese tipo después del fallo. Tales espacios estuvieron precedidos de la recopilación de información y el traslado correspondiente de la misma. A su vez, los jueces interrogaron a las partes para aclarar aspectos de la causa. Esa práctica sirvió para que las audiencias públicas se incorporaran de manera asidua e institucional a los juicios. Por medio de la Acordada 30/2007⁷³⁰, la CSJA reguló la oportunidad de esas sesiones y el desarrollo de ese tipo de reuniones. Se establecieron tres tipos de audiencias, a saber: i) informativas, que tienen el objetivo de escuchar e interrogar a los intervinientes en el proceso; ii) conciliatoria, espacio en las que se pretende que las partes acuerden soluciones no adversariales de la situación insatisfactoria; y iii) ordenatorias, cuya finalidad corresponde con medidas que permiten mejorar el trámite de la causa. Las

⁷³⁰Corte Suprema de Justicia de la Argentina, Audiencias Públicas, Expediente 3805/2007-Administración General del 6 de noviembre de 2007.

diligencias i) y iii) son públicas, mientras que la ii) es a puerta cerrada. Dicha formalización evidencia el compromiso que tienen los jueces de ese tribunal con la vigencia de la deliberación, la publicidad y la participación de la ciudadanía en los procesos de protección de derechos. Además, resalta la consciencia que tienen los Magistrados sobre el impacto que poseen las audiencias públicas frente a la visibilización de un problema, y su función de acercar la corte a la sociedad.

En ese mismo nivel de diálogo se halla la CSI, autoridad judicial que mantuvo una política de puertas abiertas al recibir diversas peticiones y remitirlas a los intervinientes. A su vez, configuró esquemas que facilitaron la comunicación entre los agentes, modelos que se representaron con los comisionados del caso PUCL y con la intervención de la campaña DA. De primera mano, el tribunal indio revisó los informes de los comisarios y con base en ellos emitió órdenes. Incluso, promovió sesiones de acuerdos entre las partes. Todas esas acciones se presentaron en el contexto de una fluida interacción entre los agentes comunicacionales.

La CCC expidió las sentencias carcelarias en el marco de una comunicación moderada, en la medida en que solicitó informes sobre la situación de las prisiones en Colombia, empero no efectuó diligencias de socialización. Así, la corte se limitó a preguntar sobre el avance de la política carcelaria del país y la situación de los presos en las penitenciarias. No obstante, continúa siendo importante la interacción que permitió la CCC en las sentencias reseñadas, providencias que se encuentran separadas en una década (Sentencias T-153 de 1998-T-388 de 2013 y T-762 de 2015). A pesar de la distancia, el tribunal retomó elementos analíticos del primer pronunciamiento y diferenció la declaratoria de ECI en cada caso. Esas reflexiones mostraron los cambios de posición del tribunal en la revisión judicial, transformaciones producto de un diálogo extendido con la ciudadanía y la experimentación en la intervención en otros casos, por ejemplo Sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008.

En relación con los derechos, los tribunales siguieron al unísono un criterio fuerte de concepto sustantivo y de exigibilidad judicial de los DESC. Así esbozaron los elementos esenciales de los principios y señalaron las normas superiores que permitían a las personas auto-atribuirse el derecho social respectivo y pedir su materialización ante los jueces. Aunque la CCC realizó un esfuerzo argumentativo mayor que la CSJA y CSI para delimitar los contenidos mínimos exigibles de los derechos en discusión.

Así, la CSJA reconoció que el principio al ambiente sano incluía la recomposición de los daños a los ecosistemas, garantía indivisible de cada ciudadano. A su vez, precisó que los contenidos mínimos del derecho a la vivienda se hallan en la Observación General No. 4, prescripciones que deben ser garantizados por el Estado. Sin embargo, el ejercicio argumentativo para delimitar tales contenidos fue lacónico, pues la Corte referenció someramente los instrumentos internacionales que regulan esos derechos y su núcleo esencial⁷³¹. La Corte reconoció la tutela de esos mandatos de optimización por la eficacia de los principios ambientales que consagró el constituyente de 1994. Hizo lo propio con el derecho a la vivienda digna, debido a la remisión que realiza la Carta Política a los instrumentos internacionales de DESC. Agregó que esas normas pueden ser protegidas con el procedimiento de amparo colectivo registrado en el artículo 43 de la Constitución 1991, asuntos que en determinados eventos hace parte de su competencia originaria fijada en el artículo 117 del ese estatuto.

La CCC señaló que los reclusos eran titulares de derechos fundamentales, como el debido proceso, la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad entre otros. Es más, precisó el derecho que tienen las personas a que se formule una política pública que desarrolle una faceta

⁷³¹BERGALLO, Paola, La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, 2014, p. 262

prestacional de un derecho fundamental, facultad que se extiende a la implementación real de ese programa. Esa potestad subjetiva es relevante, puesto que obliga a la administración a actuar en relación con la garantía de los DESC, es decir, es una salvaguarda instrumental para materializar ese tipo de derechos. Así, la Corte se preocupó por delimitar el contenido de los principios y por crear una facultad subjetiva que permita su desarrollo. Para la CCC, los contenidos deónticos descritos tienen raigambre de derecho fundamental, por lo que pueden ser exigidos ante los jueces a través de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991. Vale anotar que ese tribunal construyó una doctrina de derechos fundamentales abierta e interdependiente, que le permite crear nuevos principios o delimitarlos de manera progresiva.

La CSI señaló que el derecho a la alimentación encuentra su contenido en el suministro de comida a quienes carecen de los medios para adquirirla, la ejecución de los esquemas legales de alimentación y en su universalización. Los titulares de los contenidos de esos principios son los individuos que no pueden alimentarse con sus propios recursos y el obligado es el Estado a nivel nacional y local. Además, vinculó la provisión de alimentación al derecho fundamental a la vida. Ese nexo era necesario, por cuanto el primer mandato de optimización hace parte de los principios de la política estatal, normas que carecen de exigibilidad judicial en el Estatuto Superior de la India. Una vez realizada esa operación analítica, la Corte pudo acudir a la competencia que tienen los tribunales para proteger los derechos fundamentales, conforme al artículo 32 y 226 de la Constitución de 1950. La revisión judicial de las acciones del legislativo y del ejecutivo, así como la materialización de los remedios dictados por los jueces se hallan dentro de la estructura básica de la carta política india, por lo que esa función es inmodificable.

Conjuntamente, los tribunales en los tres escenarios analizados emitieron remedios moderados o corrigieron la expedición inicial de órdenes fuertes. En la mayoría de las providencias, los jueces dictaron directrices generales que dejaron margen de acción a la deliberación y a la actuación de la administración. A su vez, profirieron órdenes para resolver casos concretos de desconocimiento de derechos y para modificar el comportamiento de la burocracia a largo plazo.

Verbigracia, la CSJA dispuso la creación de un micro sistema jurídico de administración sobre la cuenca Matanza Riachuelo, modelo que incluyó mandatos generales y la garantía de la ejecución del plan de saneamiento ambiental del cuerpo de agua referenciado. En el proceso, la Corte emitió remedios que no se identificaron con un amparo subjetivo de derechos, porque se concentró en cambiar las reglas abstractas la política ambiental y las condiciones de la población afectada con el daño a la contaminación del afluente.

En el caso del ECI de cárceles, el comportamiento de la CCC es una muestra del aprendizaje que produce la implementación del diálogo en la adjudicación judicial, toda vez que el tribunal modificó la intensidad de sus órdenes, al concluir que las medidas detalladas carecieron de eficacia para proteger los derechos de los presos. En la Sentencia T-153 de 1998, la Corte profirió mandatos fuertes al precisar el actuar de la administración, por ejemplo se decretó la inejecución de un contrato estatal y limitó a racionalizar el sistema penitenciario. En las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, el tribunal expidió directrices generales con la finalidad de cambiar el comportamiento burocrático a futuro y la política carcelaria. Ello concedió mayores alternativas de selección a las autoridades para gestionar la política carcelaria. Adicionalmente, la corte emitió remedios judiciales de tres etapas o pasos, debido a que la acción de tutela, en principio, es un mecanismo para proteger derechos fundamentales individuales y los casos estructurales se encuentran en el contexto de un desconocimiento generalizado de ese tipo de principios a una población específica. Tal división tripartita reconoce directrices individuales, particulares y regulativas en el ECI de cárceles. Las órdenes de tres fases permitieron que se diera respuesta a la vulneración de derechos que sufrieron los actores, a los problemas de los centros penitenciarios donde se encontraban reclusos los petentes y a los inconvenientes estructurales de la

política criminal, que pretendían resolver el ECI en materia carcelaria. Así, la Corte pretendió proferir una decisión omnicompreensiva que solucionara los tres niveles fácticos donde se mueven los DESC en un CE.

En forma similar, la CSI dictó remedios moderados que intentaban aplicar los esquemas legales de alimentación y ampliar el espectro de atención de los mismos con la universalización de derecho a ciertas poblaciones. La corte jamás estableció la manera en que el Estado a nivel nacional o local debía adelantar el cumplimiento de las ordenes provisionales. A su vez, emitió órdenes particulares para resolver problemas urgentes de la gestión pública que afectaba a una población, por ejemplo la apertura de almacenes de comida cerrados. Los mandatos referenciados ejemplifican que la CSI adoptó las directrices de dos tiempos, puesto que planteó alternativas a problemas inmediatos y prefiguró salidas a los inconvenientes administrativos de la lucha contra el hambre.

Todos los tribunales adoptaron un modelo de seguimiento a sus decisiones, empero cada esquema tiene sus particularidades y se presentó de forma distinta. Además, las tres corporaciones de justicia optaron por crear comisiones que auxiliaran la función de verificar el grado de observancia de la providencia. También, prefiguraron estándares que facilitarían la medición del avance de la política pública. Sin embargo, se dio alcance diferente al principio de participación en la vigilancia de las determinaciones. De igual forma, dos de los tribunales delegaron la supervisión, mientras el otro mantuvo su competencia directa con auxilio del organismo de cumplimiento.

La CSJA creó un sub-sistema de monitoreo de la ejecución del plan de saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo con dispositivos internos y externos a la rama judicial, esquema que se considera de nivel moderado. En los primeros, se delegó a otras autoridades jurisdiccionales la competencia de la implementación del fallo. Empero, la Corte mantuvo la facultad de revisar el progreso de las entidades y de citar audiencias para solicitar información de dicha labor. En los segundos, se precisó que la Auditoría General de la Nación fiscalizaría el manejo de los recursos económicos destinados para ejecutar el plan de saneamiento ambiente, y el Cuerpo Colegiado supervisaría la gestión de las autoridades en la implementación del mismo. En este modelo tuvo gran preponderancia la sociedad civil, puesto que grupos de interés legal fueron invitados a conformar ese colectivo de monitoreo. También consideró relevante que población del Riachuelo participara en el trámite de seguimiento del fallo. En el papel, el sistema parecía óptimo, pero en la realidad se desdibujó con la intervención del juez de seguimiento, el Juez Federal de Quilmes. A su vez, se dejó en libertad a la ACUMAR para fijar los indicadores de cumplimiento que estimara adecuados y pertinentes.

Las actuaciones de la CCC son una muestra del beneficio de aprendizaje que trae una concepción judicial dialógica y el progreso de la revisión de DESC. En un comienzo, la Corte renunció a cualquier forma de seguimiento en el caso del ECI carcelario. Más adelante, adoptó un esquema de monitoreo moderado, al delegar la supervisión de las decisiones T-388 de 2013 y T-762 de 2015 en los órganos que componen el Ministerio Público. Nótese que los sistemas de monitoreo de la sentencias referidas son diferenciados y sus tiempos de ejecución son diversos. Por ejemplo, la providencia de 2015 incluyó la creación de una comisión de seguimiento en cabeza de la Defensoría del Pueblo sin que se hubiese previsto la participación de la población reclusa o de sus familiares. El fallo de 2013 fue enfático en reconocer la necesidad de que esa comunidad interviniera en el proceso de cumplimiento, empero esa directriz se disminuyó en la Sentencia T-762 de 2015. Así mismo, la CCC ha hecho poco para promover la intervención de grupos de interés legal denso en el proceso de seguimiento. La Comisión de la Sociedad Civil de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013 fue el resultado de una iniciativa espontánea de sectores académicos y de las organizaciones sociales. Además, las correas de comunicación entre la autoridad judicial y los aliados civiles son escasas, al punto que todavía no se evidencia una conversación sostenida. Aunque, se puede resaltar el esfuerzo de la CCC para establecer

los indicadores que permitan evaluar el avance de la administración en la superación del ECI carcelario. Los estándares que precisó la Corte son provisionales y pueden ser modificados por la burocracia, apertura adecuada en el seguimiento.

Desde el inicio de la intervención, la CSI fue consciente que el monitoreo de sus determinaciones era un trabajo extenuante para el tribunal, por lo que era indispensable configurar un modelo que auxiliara esa labor. Esa estrategia tuvo en cuenta que la Corte no podía ceder el monitoreo de las ordenes ni el caso, pues éste no ha concluido. Así, se configuró la Comisión de Seguimiento de la CSI para el caso PUCL, órgano conformado por dos expertos en el derecho a la alimentación. Ese cuerpo tiene la función de verificar el avance de implementación de las órdenes del caso con informes, que se elaboran con visitas de campo. Los comisarios se apoyan en dos asesores por Estado, que hacen parte de la comisión. El órgano recibe la colaboración de funcionarios permanentes de cada gobierno local. Ese modelo institucional se complementa con la labor de la campaña DA, red que presiona la observancia de las providencias de la Corte con estrategias de medios de comunicación o con movilización social. Se trata de la participación del colectivo en ese trabajo de escrutinio. Esa simbiosis ha sido muy efectiva en algunos Estados y programas, pero en otros no. Tales actuaciones se tipifican en una supervisión fuerte de las medidas dictadas por el tribunal, debido a que éste mantiene la competencia para vigilar la función pública y se apoya en un esquema participativo de monitoreo.

Con base en la confrontación expuesta, se resume y contrasta la intervención judicial en los episodios analizados en la tabla que se referencia a continuación.

Tabla No 5. Revisión judicial aplicada a los casos

variables	Diálogo	Derechos	Remedios	Seguimiento
CE-DESC				
Mendoza/Riachuelo	Fuerte	Fuerte	Moderado	Moderado
ECI cárceles	Moderado	Fuerte	Moderado	Moderado
PUCL	Fuerte	Fuerte	Moderado	Fuerte

Fuente: elaboración Camilo Delgado, al aplicar a los casos objeto de estudio el marco teórico expuesto en la primera parte.

En atención al modelo ideal de activismo judicial dialógico que se referenció en las dos partes anteriores de esta investigación, se proponen algunas estrategias que podrían aumentar los efectos de la revisión y garantizar en mayor medida la protección DESC. Cabe anotar que tales medidas aplican al seguimiento en los casos de Mendoza/Riachuelo y ECI cárceles; mientras en la PUCL existe libertad de modificaciones, por cuanto no se ha proferido decisión definitiva.

Es importante que la CSJA recupere la vigilancia directa de la implementación del fallo, es decir, que se comprometa a fondo con tal labor. Sin ello es muy difícil que logre aumentar el 20% de ejecución que tiene la sentencia a 8 años de su expedición⁷³². En caso que no se recobre esa facultad, la Corte debe proferir directrices claras para los despachos judiciales que adelantan la vigilancia de la determinación, entre ellas, la maximización de la participación de la población afectada con el proceso de saneamiento de la cuenca. Lo anterior, en razón de que sin la inclusión de esas personas la gestión ambiental del afluente es insostenible. También, el tribunal requiere emitir órdenes que tengan la finalidad de actualizar las herramientas de recomposición de la lesión ambiental. Además, es imperioso adoptar medidas complementarias que especifiquen el alcance de los objetivos del plan y precisen responsabilidades de las instituciones en la recomposición del daño ambiental. Y se necesita establecer

⁷³²Declaración de diciembre de 2016 del Cuerpo Colegiado sobre el cumplimiento de la Sentencia Mendoza.

indicadores claros de progreso, cronogramas y plazos de actividades, de modo que se intensifiquen las transformaciones de la cuenca Matanza Riachuelo.

En el caso colombiano, la Corte debe reasumir su competencia para monitorear el cumplimiento de sus providencias con el fin de visibilizar el problema y generar un espacio de deliberación. Inclusive, sería fundamental que la supervisión de los dos fallos mencionados se unifique en una sala de seguimiento al ECI de los reclusos. Esa medida tiene la finalidad de coordinar esfuerzos para salir de la situación inconstitucional en que se encuentran las prisiones, al igual que evitar la emisión de decisiones contradictorias. El aumento del escrutinio no puede llevar al debilitamiento de las funciones del grupo líder de vigilancia en cabeza de la defensoría del pueblo, ni de otros actores institucionales. La idea sería que la Corte se apoyará e ellos.

A su vez, el escenario estudiado exige de la CCC remedios más innovadores y agresivos para atender la situación, por ejemplo ordenar la libertad de ciertos internos sindicados por delitos determinados o la regulación de las reglas de equilibrio y equilibrio decreciente. Todo esto no se puede hacer a espaldas de la sociedad, puesto que gran parte de los problemas de la política criminal radican en el imaginario colectivo colombiano de que la cárcel es una respuesta al fenómeno delictivo. Ello se logra con el fortalecimiento de la participación ciudadana y de los grupos legales de interés, invitación que debe incluir a la población carcelaria y a sus familiares. El ECI en prisiones representa un reto para el Estado Colombiano en que la CCC puede jugar un rol vital, al ser un espacio público para el diálogo y la deliberación. En ese contexto, debe aprovecharse el buen clima político para modificar la política carcelaria, de acuerdo a las indicaciones de los tres poderes públicos⁷³³.

En el caso PUCL, podría traer buenos resultados que la CSI se enfoque en los Estados y esquemas más atrasados en el desarrollo del cumplimiento. En esos escenarios sería adecuado implementar medidas que dieron resultado en otros lugares. Además, se propone otorgar mayores facultades a la comisión de seguimiento con el fin de que pueda materializar las órdenes de la Corte con herramientas adicionales a los acuerdos políticos, alternativas que permitan una acción urgente ante un grave desconocimiento del derecho a la alimentación. Finalmente, se estima pertinente implementar indicadores específicos para medir el progreso de las administraciones de nivel local y nacional en la observancia de las órdenes de la Corte y de la ley de alimentación. Ese procedimiento de confección de los estándares de valoración debe ser abierto y participativo, que comprenda a las instituciones gubernamentales, a la campaña DA, a PULC y cualquier otra comunidad.

Ahora bien, la aproximación dialógica es insuficiente para explicar de modo omnicompreensivo una revisión judicial de DESC en el marco de un CE. Se requiere complementar el análisis con el impacto que tuvo la intervención de las cortes en la gestión estatal. Para ello, esta investigación propuso aplicar los resultados de clasificación anterior al ciclo de PP. En los tres casos, la revisión judicial tuvo efectos

⁷³³Sin embargo, no se puede soslayar que existen discusiones sobre la aplicación de la ley de jubileo, norma que daría libertad a 10.000 presos. Tales diferencias deben darse en el marco de un debate público y abierto, máxime si el gobierno argumenta que esa libertad masiva de prisioneros es consecuencia de las órdenes de la Corte. Ver periódico El nuevo Siglo, artículo No cesa debate. No a masiva excarcelación por jubileo del 30 de mayo de 2017, disponible en línea [<http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/03-2017-posible-excarcelacion-masiva-por-jubileo-no-gusta>] o el espectador en el artículo del 17 de marzo de 2017 No se trata de sacar a 10 mil internos a hacer nada": Procurador sobre la ley del Jubileo [<http://www.elspectador.com/noticias/judicial/no-se-trata-de-sacar-10-mil-internos-hacer-nada-procurador-sobre-la-ley-del-jubileo-articulo-685035>]. Además, ver experiencia en el marco del Congreso Internacional de Política Penitenciaria y Carcelaria el 1 de junio de 2017, evento que objetivo principal de discutir la definición de una política penitenciaria en Colombia de manera articulada con las entidades nacionales competentes que beneficie y garantice los derechos humanos de las personas más vulnerables.

en cada etapa del marco secuencial e insistieron en elementos particulares, lo que dependió del caso objeto de intervención. En la siguiente tabla se reseñan los impactos:

Tabla No 6. Impacto de las decisiones en el ciclo de PP

CE-DESC Ciclo PP.	Mendoza/Riachuelo	ECI cárceles	PUCL
Agendamiento	<ul style="list-style-type: none"> Inscripción del problema en la agenda pública Local y Nacional. Plan de saneamiento Ruptura de la inacción, proyectos legislativos para regular el problema. 	<ul style="list-style-type: none"> Declaratoria del ECI. Re-ordenamiento de la agenda: CONPES 3828 de 2015. Ruptura de inacción: creación USPEC y brigadas jurídicas y de salud.. 	<ul style="list-style-type: none"> Re-ordenamiento de la agenda: Ley de alimentación. Ampliación de agenda. Extensión del caso a los 29 Estados Reconocimiento de poder de agenda a movimientos sociales
Diseño	<ul style="list-style-type: none"> Creación del plan de saneamiento ambiental Mejora de calidad de vida de habitantes y reorganización del daño ambiental. Programa con enfoque de DH (salud y vivienda) Encuadre de la PP ambiental y planificación. Creación de la ACUMAR Promoción de la participación ciudadana 	<ul style="list-style-type: none"> Enfoque de DH Restricción a una alternativa de selección: aumentar cupos carcelarios (T-153/98) Orden de inejecución de contrato (T-153/98) Nuevos planes y creación de sistema de datos (T-388/13; T-762/15) Cambio y clarificación de política criminal. Encuadre de política criminal a la CP 	<ul style="list-style-type: none"> Ampliación de programas por universalización de derechos. Exclusión de ciertas alternativas de decisión: No demoler albergues. Enfoque de DH Ley de alimentación. Participación ciudadana. Derechos legales alimentarios
Implementación	<ul style="list-style-type: none"> Corrección de aspectos normativos Fijación de plazos de cumplimiento. Cronograma de actividades. Determinación de responsabilidades de saneamiento en la ACUMAR Aumento de presupuesto 	<ul style="list-style-type: none"> Reglas de aplicación: equilibrio y equilibrio decreciente (T-388/13) Racionalización del sistema carcelario (T-153/98). Desbloqueo institucional Aumento de presupuesto. 	<ul style="list-style-type: none"> Corrección de aspectos normativos Fijación de plazos, de cronograma y de metas Órdenes de implementación de la ley Identificación de fallas de ejecución. Aumento de presupuesto
Evaluación	<ul style="list-style-type: none"> Introducción de DH en la valoración de la PP. Evaluación pluralista y espacio ad-hoc Sistema de valoración (Cuerpo colegiado) Participación ciudadana 	<ul style="list-style-type: none"> Introducción de DH en valoración. Indicadores de estructura-proceso-resultado (técnicos CICR) (T-388/13 y T-762/15) Evaluación técnica 	<ul style="list-style-type: none"> Introducción de DH en valoración. Evaluación pluralista y espacio ad-hoc (comisionados-CSJ-CAD). Participación ciudadana

Fuente: Elaboración Camilo Delgado, al aplicar a los casos objeto de estudio el marco teórico expuesto en la primera parte

Los efectos sobre las PP de las decisiones referidas reconocen empíricamente una judicialización de la gestión administrativa. Los impactos esbozados encajan bien en la propuesta de la justicia dialógica de dejar espacio a la burocracia para que resuelva los problemas sociales, sin renunciar a la salvaguarda de los derechos de las personas. Fue así como las cortes, en principio, no señalaron las políticas y programas que debía seguir la administración. En realidad, establecieron parámetros para la formulación, la implementación y ejecución de PP. La razón de esa mediación corresponde a la expedición de remedios judiciales moderados por parte de los tribunales y a la promoción de una

comunicación con las demás ramas del poder público y la sociedad. Tales comportamientos judiciales se aplicaron al proceso y al seguimiento de las sentencias.

En la fase de agendamiento del problema, se constata si los tribunales lograron inscribir la situación de desconocimiento de DESC en las agendas gubernamentales. En los tres casos, las cortes obtuvieron dicho registro y consiguieron que las instituciones del Estado se ocuparan del problema, ya sea al emitir actos administrativos o leyes (en colaboración con el legislador). Nótese que en los episodios mencionados existía consenso social en que los escenarios del río Matanza-Riachuelo, las cárceles en Colombia y el hambre en la India eran situaciones problemáticas, empero la administración ignoraba ese hecho. En el país asiático, la CSI transformó una agenda local a una nacional, al convocar al proceso a los 29 Estados federados para que informaran las medidas adoptadas en materia de la atención de hambre en las poblaciones vulnerables. La activación de la burocracia demuestra que los jueces cuentan con un poder de agenda, por lo que pueden compensar la ausencia de capital social de los movimientos sociales, por ejemplo la población carcelaria.

Así mismo, la atención de la Corte en el caso y su agendamiento tuvo consecuencias en la conformación de los grupos de interés legal denso, a excepción de Colombia. En la revisión argentina acudieron terceros interesados al proceso, organizaciones con la experticia jurídica necesaria para apoyar a los demandantes y equilibrar el poder del ejecutivo. De igual forma, en el proceso de PUCL, la presentación de la demanda y los primeros pronunciamientos produjeron la conformación de la red de la campaña DA. En el ECI carcelario no se articularon el proceso esa clase de colectivos. Esa intervención vino a suceder de manera espontánea en la inspección de la providencia con la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, de modo que no articulado al proceso, vínculo que sí ocurrió en los otros dos escenarios.

Esa diferencia significó que los primeros movimientos se vieran revestidos de poder de agendamiento, al presionar al Estado en la gestión pública, facultad legitimada por el tribunal. En Argentina, las entidades como el CELS y FARN proponen políticas al Estado y denuncian situaciones que son tenidas en cuenta por la corte. Ello ocurrió con la atención del Estado sobre el derecho a la vivienda digna de las comunidades relocalizadas. En India, la campaña DA presiona a la administración para que no cambié el orden de la agenda y el problema de hambre pase a un segundo plano. A su vez, la comisión alcanza acuerdo políticos con la administración que garantizan la atención de la burocracia sobre la materia. En Colombia es incierto la eficacia de la participación, comisión de seguimiento, porque sólo ha emitido dos informes y hasta el momento en que se terminó esta investigación la CCC no ha emitido pronunciamiento al respecto.

En la fase de diseño de las PP, los tribunales evidenciaron de la necesidad de crear programas nuevos, de complementar los existentes o de tener una mayor cobertura de los mismos. El caso Matanza-Riachuelo representa el impacto más fuerte sobre dicha fase, toda vez que antes de la intervención de la corte no había ni existía política para gestionar esa cuenca. Después de 2006, la administración contaba con un plan de saneamiento y con una entidad encargada de su implementación. Así mismo, la CSI generó un debate amplió que concluyó en la Ley de alimentación del año de 2013. También excluyó ciertas soluciones de los problemas sociales, es decir, fungió como supresor de alternativas de selección de la burocracia, lo cual ocurrió en la prohibición de demolición de albergues para habitantes de calle. Aquí se diferencia la intervención de la CCC en el caso carcelario. En la Sentencia T-153 de 1998, la Corte restringió está fase a una opción de decisión en la política penitenciaria, orden que eliminó cualquier margen de actuación de la administración. Durante una década, la burocracia se limitó a cumplir las medidas que había proferido la corte, las cuales correspondieron con la racionalización del sistema carcelario y el aumento de cupos en los penales. Tal actuación no tuvo efecto sobre el hacinamiento y los derechos de los reclusos.

A su vez, los jueces encuadraron la política en las normas constitucionales y fijaron la necesidad de la planeación de la gobernanza del Estado. La inclusión de un enfoque de derechos humanos cambió la formulación de las políticas, dado que amplió su espectro, verbigracia el reconocimiento de los determinantes ambientales en salud produjo una serie de obligaciones que se materializaron en planes de identificación de perfil epidemiológico y en atender la salubridad de la cuenca Matanza-Riachuelo para tratar las enfermedades relacionadas con la contaminación. Incluso, se ordenaron el suministro de agua potable a la comunidad. La CCC introdujo un enfoque de derechos de la política carcelaria e enfatizó que las prisiones no son un espacio fuera del derecho. También, evidenció la necesidad de encuadrar la política criminal en los estándares constitucionales del *ius-puniendi* del Estado. Lo propio ocurrió con el reconocimiento de derechos legales de los programas de alimentación en India o la creación de planes con enfoque diferencial.

En la fase de implementación, las tres cortes transformaron los estándares normativos de la ejecución de las políticas o generaron plazos para su cumplimiento. Ello se explica en que los tribunales mencionados consideran que la implementación va más allá de una tarea ejecutiva, pues tiene relación con elementos normativos en textos y discursos. La CSJA se comprometió con la materialización del plan de saneamiento, al fijar de manera precisa plazos y cronogramas de cumplimiento. En esa idéntica línea, la CSI se concentró en emitir directrices sobre la vigencia de las leyes que contenían los programas alimenticios, al señalar plazos de observancia y cantidades mínima de comida. Incluso, especificó el número de calorías que debe recibir un niño en el día. En este aspecto la CCC superó la intensidad de las intervenciones de sus similares. Lo anterior, en razón de que modificó los estándares normativos que regulan la ejecución de la política carcelaria con la adopción de las reglas de equilibrio y equilibrio decreciente. Así, la Corte colombiana influyó en la decisión entrada de presos a las penitenciarías con dichos enunciados normativos, los cuales eran aplicados por la administración carcelaria.

Cabe precisar que esa labor se complementó con la participación de la comunidad en ese proceso de revisión de la implementación. Así, la CSJA recibió las opiniones de la sociedad civil y de expertos con el objetivo de mejorar los criterios de ejecución o los parámetros normativos fijados. Para ilustrar, se recuerda las adiciones al plan de salud presentado por las autoridades locales y nacionales, que se derivados de las objeciones formuladas por la Universidad de Buenos Aires. Así mismo, la CSI atendió las consideraciones de los comisionados para corregir los inconvenientes de ejecución de los esquemas de alimentación, por ejemplo la necesidad de realizar un censo en el programa de distribución de comida para evitar las prácticas de corrupción. Por el contrario, la CCC no promovió mayores espacios de participación que los informes a los encargados de diseñar y ejecutar la política criminal.

Se verifica que las tres corporaciones de justicia modificaron la implementación de la gestión pública en relación con la asignación de recursos monetarios requeridos para ejecutar la política social correspondiente. Se recuerda que en este estadio la administración debe efectuar el cálculo dinerario a fin de determinar los recursos que se requieren para volver realidad el programa. Así, las cortes señalaron que la capacidad monetaria era insuficiente para proteger los DESC y observar las órdenes que se emitieron. En los episodios estudiados, el remedio significó modificar la conducta del legislador como resultado de la presión burocrática, dado que los cuerpos de representación tienen la facultad de ordenar gasto y asignar recursos. Además, en la Argentina, la Administración acudió a créditos internacionales para financiar el plan de saneamiento ambiente.

Aunque es raro que los jueces dictaran ordenes que impliquen la ejecución de actos concretos de implementación de una política, la CCC y la CSI profirieron remedios en ese sentido. La primera dispuso la inexecución de un contrato de refracción de varias penitenciarias, al igual que la edificación de

obras específicas. La segunda ordenó la reapertura de los locales de venta de comida subsidiada. Por el contrario, la CSAJ no tomó una medida de ese tipo.

La interacción descrita implica la asunción de un modelo de implementación de tipo *Bottom up*, ya que las Cortes colocaron atención sobre la ejecución que realizaron los funcionarios de la periferia. De ahí que los jueces hallaron las fallas en la materialización de la gestión pública y propusieron salidas a éstas. A su vez, los tribunales se preocuparon por modificar la ejecución de la política en beneficios de los ciudadanos.

En la etapa de evaluación las tres Corporaciones de justicia ejercieron el papel de evaluadores, competencia que no es extraña a los jueces, puesto que someten a revisión las acciones del Estado. Además, promovieron procesos ciudadanos de rendición de cuentas a la burocracia estatal. Los jueces de Colombia e India efectuaron una evaluación ex-post de la política carcelaria y alimentaria, esto es, después de la implementación. En contraste, la CSJA efectuó dos clases de estimaciones, que dependieron del momento del proceso. Antes de la expedición del fallo de junio de 2008, la Corte valoró el planteamiento del plan, es decir, una evaluación ex-ante. Después de la mencionada decisión, realizó un escrutinio concomitante a la implementación del programa de recomposición de los daños ambientales en la cuenca Matanza-Riachuelo.

Los jueces de la Argentina y la India promovieron la apertura de proceso de evaluación a diferentes sujetos de los expertos, verbigracia el Cuerpo Colegiado, la comisión y la Campaña de DA. Así mismo, han volcado la valoración a los derechos humanos y a la transformación de las condiciones de vida de las personas que habitan en la cuenca Matanza-Riachuelo y de los individuos que sufren de hambre en la India. Así, los procesos judiciales se convirtieron en un escenario ad-hoc de valoración donde todos los agentes comunicativos concurren a resolver la insatisfacción de derechos. Se trata de lugares de deliberación que promueven el trabajo en redes, labor que busca el cumplimiento de una política de DESC. Entonces, en esos eventos se desarrollaron evaluaciones pluralistas. Tales elementos no están del todo presentes en el caso del ECI de cárceles colombiano. Lo anterior, en razón de que en la última decisión la CCC no incluyó a los presos y a sus allegados en el procedimiento de valoración. En Sentencia T-388 de 2013, la Corte indicó la necesidad de convocar a esos sujetos a ese procedimiento de monitoreo. En la Sentencia T-762 de 2015, el tribunal guardó silencio al respecto y reforzó el elemento técnico de la estimación. El retorno de la participación a la supervisión de los fallos es ineludible, porque los demandantes y los grupos de interés legal reconocen que las sentencias son el punto de partida y no de llegada en la materialización de DESC.

Finalmente es interesante que los tres tribunales reconocieran la necesidad de que se estableciera alguna medida de evaluación para poder identificar el avance de la política respectiva. La CSJA entregó a la ACUMAR la confección de los indicadores de la ejecución del plan, por lo que no existe un progreso significativo en la materia. La CCC precisó la categoría de cuantificadores en estructura-proceso-resultado y luego los tecnicó con sustento en documentos del CICR. Aunque, dejó abierta la posibilidad de que sean modificados por la administración. Nótese que omitió señalar si el procedimiento de construcción de indicadores debe incluir a la comunidad o se debe concentrar en los estándares racionales de la administración. La CSI utilizó los criterios fijados en el auto de noviembre de 2001 como el parámetro de medición de la actividad del Estado, empero no ha establecido de manera específica algunas variables de cuantificación.

Una vez señalados cuáles fueron los efectos principales de las revisiones judiciales en las PP, se deben poner de presente algunas reflexiones teóricas sobre tales impactos y el ejercicio específico de una forma específica de control constitucional de DESC.

5.2. El análisis del ciclo de política pública como herramienta de la justicia dialógica

El análisis del ciclo de política pública como herramienta de la justicia dialógica es una propuesta que permite afinar los elementos de una intervención exitosa que se encuentran en manos de los tribunales. Las etapas del marco secuencial pueden facilitar la expedición de remedios judiciales adecuados y coherentes a los parámetros de una revisión dialógica y a la resolución de problemas sociales complejos. La propuesta defendida en esta investigación podría ser una dogmática que muestre al juez las conductas deseables o indeseables en una revisión judicial de DESC. Todo ello se inscribe en el debate de la judicialización de las PP, discusión que describe la manera en que los jueces intervienen la gestión pública en los CE de vulneración de DESC en algunos de los países del Sur Global.

En un concepto descriptivo, Rodrigo Uprimny advierte que la judicialización de la política significa que los asuntos que antes eran decididos en espacios políticos comenzaron a ser resueltos por los jueces, o condicionados por determinaciones judiciales, fenómeno que generó que muchos actores acudan a los estrados de la judicatura a formular demandas en términos jurídicos⁷³⁴. Ese escenario implica la transferencia del poder político de las instancias tradicionales de representación a los ámbitos judiciales y de control⁷³⁵. Como se explicó, ese proceso es el resultado de la crisis de representación de las instituciones, los problemas de gobernabilidad de los partidos políticos, la ineficacia del Estado, la movilización social y legal, la constitucionalización de los derechos y la existencia de una corte con amplias potestades.

Ese activismo judicial trae diversos beneficios, como son: i) evitar los abusos de los órganos políticos y de las mayorías; ii) garantizar los DESC de las personas marginadas y visibilizar esa situación; iii) romper los bloqueos institucionales y deshacer los puntos ciegos de la administración; y iv) ayudar a la conformación de una conciencia de derechos y de movimientos sociales. Así mismo, trae varios riesgos para la sociedad, a saber: i) el cuestionamiento de la legitimidad de los jueces para adoptar determinaciones que corresponden a otras ramas del poder público; ii) la sobrecarga de los tribunales para atender los casos; iii) la ausencia de capacidad de las cortes para resolver complejos problemas sociales; iv) la rutinización de los casos, evento en que la justicia tramita esos procesos de manera ineficiente e inequitativa; v) la judicialización de los conflictos políticos y el aplazamiento de las decisiones; vi) el crecimiento de la apatía ciudadana; y vii) la reducción elitista de la solución de los problemas sociales.

Ese balance evidencia que la judicialización de las políticas puede generar ventajas y riesgos para la sociedad y el sistema democrático. Por ello, la intervención judicial requiere maximizar esos beneficios y disminuir tales peligros. Los tribunales más importantes del Sur Global encontraron esa armonía en la revisión dialógica de DESC. Varios académicos respaldaron dicha selección, al igual que la presente investigación.

Se trata de la defensa de un control constitucional que se fundamenta en la conversación extendida con los otros poderes públicos y con la sociedad, modelo que protege derechos de manera fuerte, emite remedios moderados y adelanta un seguimiento intenso. En ese esquema, el juez es sensible a las interpretaciones constitucionales de la población, al momento de determinar el sentido de una norma y

⁷³⁴UPRIMNY YEPES, Rodrigo, La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos, Sur-Revista Internacional De Derechos Humanos Número 6º, 2007, pp. 53-54. En un esbozo de estado del arte de la judicialización de la política ver. FEOLI V. Marco, Judicialización de la política y activismo judicial: Una aproximación a América Latina, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Volumen 27 (1), I Semestre 2016, pp. 75-98

⁷³⁵GARCIA VILLEGAS, Mauricio, Derecho a falta de democracia: La juridización del régimen político colombiano, análisis político n° 82, Bogotá, septiembre-diciembre, 2014, p. 176

de constituir la última palabra provisional en la deliberación. Tales criterios se refieren a las variables que se encuentran en poder de los jueces para contribuir a una intervención exitosa en un CE. A esas condiciones, se suma la participación activa de grupos sociales de interés legal denso, la cooperación de la sociedad civil y la existencia de aliados que apoyen los esfuerzos de los jueces. Estos parámetros se encuentran fuera del control de los tribunales, empero ello no impide que intenten promoverse en un juicio.

Esta disertación se centró en los dispositivos que tienen las cortes para favorecer una mediación judicial que materialice los DESC de una población marginada en el marco de CE. La JD es una teoría adecuada para potencializar las posibilidades democráticas de la judicialización de las PP, empero es insuficiente para resolver la disociación de la norma-realidad que acontece en los países del Sur Global. Lo anterior, en razón de que el juez queda con una amplia discrecionalidad, margen que podría afectar la legitimidad para fallar y la eficacia de la decisión. Entonces, tales peligros deben ser minimizados. Para ello, la revisión judicial de DESC debe atender la metodología de análisis del ciclo de PP, enfoque que advierte una diferente intervención en cada etapa de la acción del Estado que se necesita crear, modificar o corregir. De la doctrina y jurisprudencia revisada, se pueden extraer prácticas adecuadas e inadecuadas para los jueces, cuando se enfrenten a un CE.

El recorrido teórico que propuso el presente trabajo demostró que existen puntos claros de conexión entre el derecho y la ciencia política. La constitucionalización de los DESC significó la sujeción de la gestión pública al ordenamiento superior. Inclusive, las PP asumieron la función de materializar los derechos humanos. Ello supuso la superposición entre dos enfoques normativos, que tenía en común el desarrollo de principios y de valores. La PP intentan medir el grado de intervención del Estado en la sociedad y la garantía de los DESC exige mediación. En este caso lo interesante es que los tribunales del Sur Global adoptaron la labor de graduar la injerencia institucional en la comunidad. Sin embargo, las cortes no asumieron el monopolio de esa tarea, pues éstas llamaron a los otros poderes y diferentes colectivos para resolver las situaciones problemáticas. Esa coexistencia dio origen a un nuevo modelo de gobernanza.

La intersección entre la JD y las PP reproduce la necesidad de que el sistema político sea eficaz en términos de protección de derechos humanos, normas que fundamentan la legitimidad del Estado. Además, convergen en la idea de que ese logro sólo puede alcanzarse con la participación de la sociedad. La JD responde con la democracia deliberativa la censura de ausencia de legitimidad del juez para interferir en la gestión pública. Se trata de un llamado a la comunidad para que se discuta con argumentos la mejor forma de salvaguardar sus derechos. En las PP se viene denunciando que el monopolio de la legitimidad política y científica para tomar decisiones son insuficientes en los Estados y sociedades contemporáneos, escenario que obliga a ampliar la deliberación pública a otros espacios y actores sociales. Nótese que para la burocracia dejó de ser suficiente la justificación de sus determinaciones y acciones en criterios técnicos. La racionalización de los expertos no impera en todos los ámbitos de la comunidad. Así las cosas, se enarbola la democratización de las PP, aspecto que identifica a la administración como una institución que dialoga y consulta con la sociedad, al punto que la deliberación y la participación modificaron la toma y ejecución de decisiones, así como evaluación de las PP.

La JD y las PP concurre en un espacio de nueva gobernanza donde existe una relación horizontal entre los agentes que intervienen en la gestión de los asuntos del Estado, por ejemplo, el legislador, el ejecutivo, los jueces y la colectividad. El modelo descrito garantiza la construcción de mejores y más legítimas actuaciones administrativas en el marco de un aprendizaje constante de la gestión de la pública. Las decisiones políticas ya no pueden ser adoptadas en las oficinas de los técnicos, toda vez que el saber monolítico de éstos no se halla por encima de las posiciones de la comunidad. El ejercicio

jerárquico de la administración es insuficiente para legitimar a las autoridades. La implementación se desplazó de los niveles de gobierno a nuevos actores privados, públicos y asociativos, quienes se refieren a los afectados con las determinaciones administrativas. La evaluación de la actividad de la burocracia supone procesos complejos de valoración y de nuevas formas flexibles de análisis que capturan la complejidad de la realidad. Ello requiere de espacios pluralistas de evaluación que reconozcan que ese proceso es una construcción conjunta de conocimiento.

La democratización de las PP y el nuevo esquema de gobernanza descartan la censura de que la revisión judicial de DESC desconoce la división de poderes, por cuanto surge de un modelo de Estado que dejó de existir. La nueva estructura de organización política reconoce la interacción entre las ramas del poder público para resolver los problemas de la comunidad. Es más, es consciente de la importancia de construir consensos más auténticos y legítimos entre los expertos, los jueces y otros actores.

Por su parte, la crítica de ausencia de capacidad institucional de los tribunales para intervenir las PP queda desvirtuada con la pérdida de vigencia del modelo burocrático moderno weberiano, y la aceptación de la coexistencia entre el conocimiento técnico y profano en la gestión pública. En este punto, la revisión judicial dialógica y la nueva gobernanza permiten un control democrático de las PP a partir de un debate público. Entonces, tales construcciones se encuentran en el mismo espacio teórico del control constitucional de los actos de la administración en relación con los DESC.

El escenario descrito ejemplifica que el juez es un actor de PP que interviene en el procedimiento de definición, de decisión, de implementación y evaluación de la gestión del Estado. Los tribunales comparten valores e intereses, verbigracia la vigencia de los DESC y de la supremacía de la constitución. En los tres casos analizados, las cortes estaban comprometidas con la garantía de los derechos de las poblaciones vulnerables, como la comunidad que habitaba en la cuenca Matanza-Riachuelo, los reclusos en Colombia y las personas que padecen de hambre en India. Así mismo, concurren en la sensibilidad de las interpretaciones constitucionales de la comunidad y en la preocupación de promover una conversación extendida con los involucrados en el CE.

El derecho no puede ser ciego ante una realidad: la ciencia política ha desarrollado herramientas o esquemas analíticos que permiten evaluar la actividad de los jueces. A su vez, los tribunales pueden usar dichas construcciones para proteger derechos, emitir órdenes, realizar un seguimiento eficaz de sus mandatos y reducir su discrecionalidad. En la revisión judicial de DESC en CE, los cortes se juegan su legitimidad, puesto que de nada sirve una sentencia para enmarcar si ésta carece de consecuencias en la realidad de las personas. Por ello, es importante dotar a los jueces de mejores herramientas en la difícil tarea de garantizar los derechos de las poblaciones vulnerables y excluidas. El marco secuencial es una de esas estrategias que se encuentran a disposición de las cortes.

La utilización del ciclo de PP como herramienta de análisis por parte de los jueces trae beneficios a la JD y a la intervención judicial de DESC. Ente ellas, se encuentran la identificación de las fallas de la gestión pública en cada fase de la estructura de la acción de la administración. La deliberación y el debate entre diversos actores se convierten en una forma adecuada para identificar esos errores de gestión. Para ilustrar, se recuerda la importancia de las críticas de las organizaciones sociales sobre el plan de saneamiento ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo, o las consideraciones de los comisionados a la CSI sobre los problemas de corrupción en el programa de distribución de alimentos. Así mismo, dicha dogmática permite profundizar la participación de la comunidad en la construcción de las PP, en la medida en que el juez puede evidenciar los pasos que la administración adelantó a espaldas de la colectividad.

Las ventajas se tornan más útiles cuando el juez se enfrenta a la selección del remedio judicial y a la dirección del seguimiento de la sentencia. La orden debe tener correspondencia con la falla de la administración, es decir, ser un correlato a la fase del ciclo en qué se equivocó la burocracia en la gestión de los problemas sociales. Además, permite precisar la intensidad de los mandatos judiciales, por ejemplo, un remedio fuerte en el estado de diseño de la política pública corresponde con la restricción de las alternativas de decisión de las autoridades, esto es, el juez elige la opción que debe seguir la burocracia. Tales criterios aplican antes de la expedición de la sentencia y en el cumplimiento de la misma. Conjuntamente, el juez puede realizar el monitoreo con fundamento en el marco secuencial con el objeto de corregir problemas en la ejecución de las ordenes e incumplimientos, al igual que para identificar las razones que impiden tales resultados.

A este escrito simplemente le queda enunciar algunas buenas prácticas judiciales en la revisión de DESC en el marco de CE, comportamientos que tienen en cuenta la JD y el ciclo de PP. Es importante resaltar que los tribunales deben buscar garantizar la participación y la deliberación ciudadana en todas las actuaciones de la administración.

El poder de agendamiento del juez no representa una afrenta a las competencias de las autoridades administrativas, por cuanto es una consecuencia propia del poder simbólico que tiene el derecho y las decisiones judiciales. Los jueces hacen parte del Estado y detentan la legitimidad para indicar qué situaciones son problemáticas en una sociedad y cuáles debe tratar la burocracia, máxime si esa actuación es consecuencia de una movilización legal. Los grupos sociales reconocieron que la judicatura tenía la potestad para captar la atención de las autoridades. Los tribunales juegan un rol importante en la definición del problema, aspecto que debe agotarse en un proceso de amparo de derechos. A su vez, la inscripción del problema en la agenda gubernamental no se produce por la sola evidencia de la situación de insatisfacción. De hecho, requiere que las cortes usen sus facultades coactivas para conminar a la administración a cumplir sus órdenes y a acudir a un espacio de diálogo. Al respecto, sería conveniente que este poder sea usado en favor de aquellos colectivos que carecen del capital social suficiente para lograr la inscripción de su condición en la agenda estatal. Esa restricción garantiza que el gobierno focalice sus recursos en disminuir y eliminar las desigualdades.

Muchos de los reproches de los comportamientos de los jueces activistas recaen sobre la posibilidad de que las cortes intervengan en dos etapas esenciales de las PP, esto es, el diseño e implementación de un plan. Se asevera que son espacios técnicos donde la administración debe seleccionar y ejecutar un programa. Los censores tienen la razón cuando afirman que los jueces no pueden detallar y delimitar todos los elementos de una política social. No obstante, se equivocan al señalar que los tribunales tienen prohibido influir en esas etapas.

Los tres episodios analizados demostraron que los jueces tienen la posibilidad de ordenar políticas para la atención de los derechos, planes que la administración nunca formuló. A su vez, cuentan con la facultad de corregir los programas que invisibilizan a una población, que carecen de un enfoque diferencial de atención a los grupos más discriminados o que no tiene el alcance deseado. Inclusive, su potestad alcanza para excluir un plan y fijar las condiciones que deben observar las PP, verbigracia satisfacciones de derechos, y de otros principios de corrección (racionalidad, planificación o de coherencia en el tratamiento de un problema social). Ello sucede, porque la gestión pública no tuvo en cuenta una perspectiva de derechos humanos, esto es, se olvidó de las normas rectoras que rigen la función pública. En una muestra de esa buena práctica la CSI precisó que las mujeres recibirían raciones de grano más grandes que los hombres. También indicó que se expedirían las tarjetas del programa de distribución de comida a su nombre de las mujeres y no en cabeza de sus esposos. Ese tribunal evidenció y subsanó que la burocracia pasó por alto las prácticas sociales en India, comportamientos que otorgan el poder al hombre de comer primero y dejar sobras a su mujer.

Conjuntamente, en un contexto dialógico es deseable que la judicatura promueva modelos de decisión que reduzcan la atención en lo racional y se enfoquen en otras técnicas, por ejemplo, la interacción con la sociedad, la participación y el debate público. No obstante, esas medidas jamás alcanzarán para que las cortes indiquen la alternativa de selección que debe seguir la administración ni restrinjan la libertad que tiene de plantar diversas respuestas a las situaciones insatisfactorias. Un remido fuerte de ese tipo podría causar distorsiones en la gestión de problema, como ocurrió con la Sentencia T-153 de 1998 frente a la política carcelaria del Estado colombiano.

Así mismo, se considera válido que los jueces intervengan en la fase de implementación, empero no significa que puedan crear la estructura normativa que diga cómo ejecutar la política, ni realizar ellos mismos la acción. La deseable mediación se refiere a la identificación de las fallas de implementación y a proponer correctivos en el marco normativo que produce los efectos en la realidad, en el evento en que desconoce los comportamientos institucionales y sociales. De hecho, sería adecuado disponer la materialización de una actividad señalada en la política y agregar un plazo razonable de cumplimiento. Nótese que esa premisa parte de una concepción de la ejecución que sobrepasa la noción de que esa fase es una actividad meramente ejecutiva. Esa consideración advierte que las cortes deben reconocer que los problemas de implementación superan las clásicas fallas de ausencia de coordinación y control de la burocracia. La atención de los jueces debe recaer donde se produce el inconveniente, ya sea en los funcionarios ejecutores o en la sociedad. En aplicación de esa visión, la CSI dictó medidas para resolver la corrupción del programa de distribución de alimentación, entre ellas un censo que depurara a los beneficiarios reales del plan y eliminara la falsificación de tarjetas. De igual forma, termina siendo valioso que los jueces se concentren en el motivo que generó su intervención, que responde a la vulneración de derechos. En esa labor, la CCC efectuó un trabajo interesante, al identificar las causas estructurales del ECI de cárceles y emitir soluciones para éstas.

Tales ideas se trasladan a la supervisión de los remedios judiciales. Lo anterior, en razón de que en la implementación intervienen actores que no permanecen neutros ni pasivos. Ayudaría formular directrices judiciales claras de actuación y resolver por anticipado los conflictos entre derechos. Verbigracia la CSJA hubiese evitado la vulneración de derechos de las personas del camino sirga en la cuenca Matanza-Riachuelo si hubiese enunciado los requisitos para una adecuada relocalización, como la participación de la comunidad y las condiciones mínimas de las nuevas viviendas. También, el juez debe prever la manera en que los actores sociales e institucionales son capaces de neutralizar o sortear las medidas. Por ejemplo, la CCC debió considerar las consecuencias de una política carcelaria limitada al aumento de cupos penitenciarios, o pronosticar el traslado de hacinamiento de las prisiones a otros centros de detención que causó la aplicación libre de las reglas de equilibrio y equilibrio decreciente. Encima, en el monitoreo sería óptimo revisar las funciones y finalidades de los remedios en relación con las razones de su inobservancia. Lo antepuesto con el fin de adoptar el correctivo correspondiente. Se resalta que esa labor sea flexible a las nuevas circunstancias que dificulten el cumplimiento del fallo.

Por último, los tribunales cuentan con las características inherentes para fungir de evaluadores de la PP. La revisión judicial evidencia que los jueces se encuentran en una posición institucional estratégica para efectuar un escrutinio a la política pública, porque es una actividad normativa de contraste. Tal condición se deriva del concepto de valoración, pues los evaluadores se hallan sometidos a valores o normas, en nuestro caso los DESC y sus contenidos mínimos. Las cortes realizan una estimación expost, sin que esa función trasgreda los límites de su competencia. Esa facultad se replica en el seguimiento, al momento en que se verifica si la burocracia ha observado la sentencia. Aunque, la finalidad de cada momento varía el proceso analítico del juez, dado que en la primera constata la salvaguarda efectiva que otorga la política estatal a los derechos; mientras en la segunda evalúa el avance de la administración en el cumplimiento de la providencia y de la acción del Estado.

La evaluación de la gestión pública desarrollada en el seguimiento permite reconducir los errores que pudieron generar las decisiones judiciales, por lo que la supervisión podría ser considerada como una fase de valoración de los remedios y de la política pública. Para ilustrar, se resalta que si la CCC hubiese mantenido la vigilancia de la Sentencia T-153 de 1998, podría haber corregido el descontrolado aumento de cupos carcelarios, medida que no tuvo efectos en los derechos de los internos. En ese contexto, se enfatiza en la necesidad de un esquema de seguimiento en los CE de DESC. Dicho elemento favorece la creación de un espacio ad-hoc de evaluación, sitio donde se promueva la participación de la sociedad civil y de otras instituciones, de modo que se obtengan varios criterios de valoración de una política. El juez fungirá de moderador de esa deliberación y debate, la cual tendrá la finalidad de identificar los errores de la gestión estatal para definir alternativas adecuadas de solución. Aquí el tribunal tiene la obligación de garantizar que ese proceso de escrutinio se abra a las diferentes personas afectadas con la medida. Se trata de poner en marcha una evaluación pluralista. Por ello, se celebra la orden de la CCC que dispuso incluir a la población reclusa en la etapa de valoración de la política carcelaria (Sentencia T-388 de 2013).

En contraste, son prácticas nefastas cerrar el espacio de evaluación a la sociedad civil o a los terceros afectados, puesto que vulnera sus derechos. Se disiente de la actuación Federal del Juez de Quilmes que restringió la participación de ese proceso a la Defensoría de Pueblo, decisión que soslayó la existencia de terceros afectados y de otras ONG relevantes en la causa, como el CELS y el FARN.

En suma, esta investigación hizo evidente que el ciclo de PP es un mecanismo útil para esquematizar el complejo proceso de remediar una situación de desconocimiento de DESC y convertirlo en un análisis manejable y racional. Los jueces pueden recorrer todo el camino de la gestión pública, empero ese trasegar no es posible que lo hagan solos sin la administración y la sociedad. Es más, la judicatura carece de competencia para inmiscuirse en todos los ámbitos, dado que tiene espacios vedados, los cuales evitan que adopte una decisión ilegítima y carente de eficacia.

IV. Bibliografía

AARNIO Aulis, *Lo racional como lo razonable*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid 1991.

ABAL MEDINA Juan y SUAREZ CAO Julieta, La competencia partidaria en Argentina: sus implicaciones en sobre el régimen democrático, en CAVAROZZI Marcelo, el Asedios a la Política los partidos latinoamericanos en la era neoliberal, ed. Fundación Konrad Adenauer, Homo Sapiens ediciones.

ABAL MEDINA Juan y SUAREZ CAO Julieta, Post-scriptum. Recorriendo los senderos partidarios en Latinoamérica, en CAVAROZZI Marcelo, el Asedios a la Política los partidos latinoamericanos en la era neoliberal, ed. Fundación Konrad Adenauer, Homo Sapiens ediciones.

ABRAMOVICH, Víctor. *Una Aproximación al enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina*: presentado en el seminario: “Derechos y Desarrollo en América Latina: un Seminario de Trabajo”. Organizado por el BID y la CEPAL en Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004 y Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco Introducción para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales.

ABRAMOVICH, Víctor, Líneas de Trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados, en Revista Internacional de Derechos Humanos Sur, Año 2- Número 2, 2005.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Estudios del Puerto, Buenos Aires 2006;

ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS Christian y AÑÓN María José, Derechos Sociales, instrucciones de uso, Estudios del Puerto, Buenos Aires 2006;

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, Los derechos sociales como derechos exigibles, editorial Trotta, segunda edición y reimpresión, Madrid, 2014.

ABRAMOVICH, Víctor, Soledad, CRAVINO María Cristina, FAVA Ricardo, La protección judicial de los derechos sociales en la Provincia de Buenos Aires, Colección Cuadernos de Trabajo Serie Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2014.

ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI Laura, La revisión judicial de las políticas sociales, estudio de casos, Libro de edición argentina, Buenos Aires, 2009.

ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura, Introducción, La medición de derechos en las políticas sociales, Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010.

ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina, Revista salud colectiva Septiembre-Diciembre 2009, Buenos Aires.

ACKERMAN, B, Why Dialogue? Journal of Philosophy, vol 86, no 1 y MARTÍ José, La Republica de la Democracia Deliberativa.

AGUIRRE PEDRO, Sistemas Políticos y Electorales Contemporáneos: India, Sistema Político, Primera Edición, Instituto Federal Electoral, México DF, 1999.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1997, Madrid.

ALEXY Robert, Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático, en Neoconstitucionalis(s), Ed Miguel Carbonell, Cuarta edición, editorial Trotta, Madri 2009.

ALEXY Robert, Sobre los Derechos Constitucionales A Protección, en Robert ALEXY Derechos sociales y ponderación, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ALEXY, Robert, Teoría de la Agumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Trad Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

ALLISON, GRAHAM, Modelos conceptuales y la crisis de los misiles cubanos, traducción de Margarita Bojalil. Publicación original en The American Political Science Review, Volume 63, Issue 3 (Sep., 1969).

ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, la aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en ÁLVARES UGARTE, Ramiro, el constitucionalismo popular y los problemas de la última palabra: apuntes para un contexto latinoamericano, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 1, Diciembre de 2012.

ÁLVAREZ UGARTE, Ramiro, la aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en GARGARELLA ROBERTO, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, 2014

ARIZA HIGUERA Libardo José, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano, en BONILLA MALDONADO, Daniel Constitucionalismo del Sur Global, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015

ARIZA HIGUERA, LIBARDO JOSÉ, Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina / Libardo José Ariza, Manuel Iturralde. -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011

ALZA BARCO, Carlos. El enfoque basado en derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas? en Derechos Humanos y Políticas Públicas, Coord. BURGORGUE-LARSEN Laurence, MAUÉS Antonio, SÁNCHEZ MOJICA Beatriz Eugenia. Red de Derechos Humanos y Educación Superior -DHES-, 2014, disponible en línea [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf]

ARANGO, Rodolfo, el concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia-legis, 2005.

ARANGO, Rodolfo, justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia, aporte a la construcción de un *ius-constitutionale commune* en Laitnoamerica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

ATRIA, FERNANDO, ¿existen los derechos sociales? en *Discusiones* (Publicaciones periódicas) En línea

[<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1> Vol. 4, 2004].

ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. *Control Constitucional y PP. El rol de las y los jueces constitucionales frente a los derechos del Buen Vivir*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2010.

BAXI, Upendra, *The Indian Supreme Court and Politics*, Lucknow, Eastern Book Company, 1980.

BELSKI, Mariela, Introducción, en el litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación posibilidades y obstáculos, Asociación por los Derechos Civiles ACD, Buenos Aires, 2008.

BERGALLO, Paola, la función del poder judicial en el litigio estratégico, en el litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación posibilidades y obstáculos, Asociación por los Derechos Civiles ACD, Buenos Aires, 2008.

BERGALLO, Paola, La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI Ed, 2014.

BERGALLO, Paola, Justicia y Experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina, Yale Law School Legal ScholarShip Repository, 2005, en línea [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/]

BERGALLO, Paola, Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina *Texas Law Review* Vol 89, 2014.

BERGUER, Peter y LUCKMANN Thomas, *La Constitución social de la Realidad*, Trad. Silvia Zuleta Amirrirtu editores, Buenos Aires Argentina, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria", en *Discusiones* (Publicaciones periódicas), En línea, [<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12937957558077187421624/015573.pdf?incr=1> Vol. 4, 2004].

BICKEL A. *The Keas Dangerous Branch: the Supreme Court at The Bar of Politics*. Yale University Press, 1962.

BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, ‘Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India’, *REV. Michigan Journal of International Law*, 2010.

BISCARETTI DI RUFFIA, Introducción al Derecho Constitucional Comparado, las formas de Estado y las “formas de Gobierno”, Fondo de Cultura Económica.

BILCHITZ, David, El Constitucionalismo del Surglobal y la Justicia Económica, en BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015.

BLANCO CORTINA, David, Jueces y calidad de la democracia: el poder judicial como factor de calidad deliberativa de la democracia, *Pensamiento Jurídico* No, 44, Universidad Nacional de Colombia, 2016.

BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015.

BORK, Robert, *The temptinf of América. The political seducción of law*, Simon & Schuster, New York.

BOTERO CABRERA, Sandra, *Courts That Matter: Judges, Litigants And The Politics Of Rights Enforcement In Latin America*. A Dissertation Submitted to the Graduate School of the University of Notre Dame in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Julio de 2015.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre el poder simbólico*. En: BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao. Desclée de Brouwer. 2000.

BRINKS Daniel M, *Solving the Problem of (Non)Compliance in Social and Economic Rights Litigation*, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.

BRINKS, Daniel M, GAURI, Varun, *The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights*, Perspective On Politics June 2014.

BRINKS, Daniel M., and FORBATH. William *Comentary: Social an Economic Rigths in Latin America: Constitunal Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions*, Texas Law Review Vol 89.

BRINKS Daniel M y BLASS Abby, *Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations Of Constitutional Justice*, Forthcoming in *International Journal of Constitutional Law*.

BRINKS, Daniel M., and FORBATH William. "The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America." In *Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap*, eds. R. Peerenboom and T. Ginsburg. New York: Cambridge University Press, 2014.

BRINKS, Daniel M, GAURI, Varun y SHEN Kyle, *Social Rights Constitucionalism: Negotiating the Tensión Between the Universal an the Particular*, *The Annual Review of Law and Social Science* is online at lawsocsci.annualreviews.org, 2015.

BRINKS, Daniel, *sobre los triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud*, en GARGARELLA Roberto, *Por una justicia dialógica, poder judicial como promotor de la democracia deliberativa, siglo XX*, Buenos Aires 2014.

BRYSON, John y CRISBY Barbara, *la planeación de políticas y el diseño y uso de foros, ámbitos y tribunales*, en BOZEMAN, Barry, *La Gestión Pública, su situación actual, estudio introductorio de Enrique Cabrero Mendoza*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A.C., Universidad Autónoma de TLAXCALA, Fondo de Cultura Económica de México, 1998.

BUSTELO RUESTA, María, *La evaluación en el marco del análisis de políticas públicas*, en NOICHE, Jean Pierre, *De la evaluación al análisis de las políticas públicas*, en *Revista de ciencia política de las Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol.4, N°1, de 1982, disponible en línea [http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2013/08/06_vol_04_1.pdf].

CANO BLANDON, Luisa Fernanda. *Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena medio Antioqueño*: en Estudios de Derecho. Vol. 67 No. 149. Medellín. Junio, 2010.

CARBONELL Miguel, Estudio Preliminar. La Igualdad y los Derechos Humanos en el Principio Constitucional de Igualdad, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Mexico De, 2003.

CARDENAS Blanca Raquel, Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía intersubjetiva, Tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

CASTILLEJOS ARAGON, Mónica, The Transformation of the Mexican Supreme Court into Arena for Political Constestation, en Kapiszewski Diana, Silverstein Gordon, A. Kagan Robert, Consequential Courts Judicial Roles in Global Perspective Series: Comparative Constitutional Law and Policy, Cambridge University Press, 2013.

CECCHINI, Simone, Indicadores sociales y derechos humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas, en La medición de derechos en las políticas sociales. Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura. Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010.

CEFAÏ Daniel, TERZI Cédric, L'expérience des problèmes publics, École de Hautes Études en Sciences Sociales de, Paris, 2012.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, CELS, La Lucha por el derecho, litigio estratégico y derechos humanos, CELS – Siglo Veintiuno editores, 2008.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) Derechos humanos en Argentina: informe de derechos humanos 2008. - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) Derechos humanos en Argentina: informe de derechos humanos 2013. - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2013.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO CLAD, Una Nueva Gestión Pública para América Latina, sesión del día 14 de octubre de 1998.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO, Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, disponible en línea [<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-iberoamericana-de-participacion-ciudadana>].

CEPEDA, Manuel José, Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court, Washington University Global Studies Law Review 3, special edition, 2004.

CEPEDA ESPINOSA Manuel José y LANDAU David, Colombian Constitutional Law Leading Cases, Oxford University Press, New York, 2017.

CHAYES, Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", Harvard Law Review, (1976), 89 (7): 1281-1316.

CHEMERINSKY Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, núm. 3, 2004.

CHEVALLIER, Jacques, y LOSCHAK, Daniele, *la ciencia administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, parte III

CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

CINTERFOR *Diálogo social y gobernanza en la era del ‘Estado mínimo’* publicado Montevideo, Papeles de la oficina técnica n° 16, mayo 2005. “La competitividad transfronteriza en el seno del Mercosur” del Programa ECOS-SUD de Investigación Científica entre Uruguay y Francia, 2004-2006 y contó con el apoyo del “Centre Franco-Chinois de Recherche en Gestion” (CFCRG, Université Jean Moulin, Lyon).

COBBY, Roger, ELDER Chareles, *Partitipation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1972

COHEN, Joshua, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, En HAMLIN A y PETTI, B, *The Good Polity*: Oxford Basil Blackwell, 1989

COMANDUCCI, Paolo. *Capítulo: Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*: en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid: 2003.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos, económicos, sociales y culturales*. Serie derechos humanos y Estado de derecho No. , CIJ. Ginebra, 2010

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL –CONPES–, *Política Penitenciaria y Carcelaria en Colombia CONPES 3828 DE 2015*; disponible en línea [<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/Pol%C3%ADtica%20penitenciaria%20y%20carcelaria.pdf>]

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-388 de 2013, *primer informe del 30 de septiembre de 2015*. Disponible en línea [http://www.humanas.org.co/pagina.php?p_a=137]

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-388 de 2013, *Segundo Informe del 30 de enero de 2017*, disponible en línea [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_898.pdf]

COURTIS, Cristián. El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?: en *Revista Nueva Doctrina Penal*. número 2, 2005.

COURTIS, Christian. *Ecos cercanos: estudios sobre derechos humanos y justicia*. Siglo del Hombre y Universidad de los Andes. Bogotá, 2009.

COURTIS CHRISTIAN, *Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos sociales y culturales*, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios

Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010.

COVER, Dover, Nomos y Narración, en Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial, trad. Christian Courtis, Gedisa, Barcelona, 2003.

CUERPO COLEGIADO DEL FALLO MENDOZA Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo, 2015.

CUNIILL GRAU, Nuria, Las políticas con enforque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública, en la Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 46. (Feb. 2010). Caracas.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura LETIAO, María Manuel PERDOSO, Joao. *Los tribunales en las sociedades contemporáneas*, en revista pensamiento jurídico número 4 de 1995. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1995.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN DE ARGENTINA informe del año 2003 sobre la situación de la cuenca Matanza-Riachuelo. Disponible en línea [<http://www.dpn.gob.ar/documentos/riachuelo.pdf>]

DEFENSORIA DEL PUEBLO COLOMBIA, informe : el análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia del año 2003, disponible en línea [<http://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/810/An%C3%A1lisis-2003-sobre-el-hacinamiento-carcelario-y-penitenciario-en-Colombia-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Derechos-Humanos.htm>]

DIXON, Rosalind *“Creating Dialogue about Socioeconomic Rights, Strong from Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*, International Journal of Constitutional Law.

DIXON, Rosaline, Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles, en GARGARELLA Roberto por una Justicia Dialógica, 2014.

DOZOIS, Elizabeth, LANGLOIS Marc, BLANCHET-COHEN Natasha, DE 201: A Practitioner's Guide to Developmental Evaluation, The J.W. McConnell Family Foundation and the International Institute for Child Rights and Development, 2010

DUKE L. J. 1265, 1305 (1983). On the effectiveness of desegregation decrees, see Lino Graglia, Disaster By Decree: The Supreme Court Decisions On Race And The Schools 258-283 (1976). On the general effectiveness of the Supreme Court's push towards desegregation as a tool for social change, see Gerald Rosenberg, The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change? (1991).

DURKHEIM, Emilio, La División del Trabajo Social. Ciudad de México, Editorial Colofón, Primera edición.

DWORKIN, Ronald, Freedom's Law, Harvard, UP, 1996.

DWORKIN, Ronald, El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona, 2005.

DWORKIN, Ronald, El modelo de las normas (I), en *Los derechos en serio* (1977), trad. de Marta Gustavino, Barcelona: Ariel, 1995.

ELY, Jhon Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

ELSTER Jhon, *La democracia deliberativa*, Ed Gedisa, Barcelona 2013.

EPP, Charles R. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Chicago University Press [ed. cast.: *La revolución de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013].

ESLAVA GOMEZ, Adolfo, el juego de las políticas públicas. Reglas y decisiones sociales, Fondo Editorial EAFIT, Medellín, 2011.

FAIRSTEIN, Carolina, KLETZEL Gabriela y GARCIA REY Paola, en busca de un remedios judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010.

FALLA CASANOVA, Faiber Eucario, Algunas consideración del principio democrático y la función legislativa parlamentaria en Colombia, en *Primeras jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

FUNDACIÓ AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES ARGENTINA (FARN), Informe Nro. 1, 15 de Julio de 1009. Disponible en línea [http://www.farn.org.ar/riachuelo/newsletter_riachuelo/NL_riachuelo1.pdf.]

FASANO, Yanina, Documento de la Junta Interna de Medio Ambiente ATE-CTA Capital (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) Noviembre de 2009, Buenos Aires, 2009.

FEARON, James D, La deliberación como discusión, en *en Elster*, *Democracia deliberativa*, Gedisa 2013.

FELNER EITAN, ¿Cómo hacer operativo el uso de indicadores para el monitoreo de los derechos sociales y económicos?, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos -LAER-, Bogotá, 2010.

FEOLI V. Marco, Judicialización de la política y activismo judicial: Una aproximación a América Latina, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos Volumen 27* (1), I Semestre 2016,

FERNÁNDEZ ARROYO, Nicolás y SCHEJTMAN Lorena *Planificación de políticas, programas y proyectos sociales*. - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación CIPPEC, 2012.

FERRAJOLI, Luigi, «Magistratura democrática» y el ejercicio alternativo de la función judicial» (1973), en IBAÑES, Perfecto A., *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, Barcelona: Fontanella, 1978.

FISS Owen, Foreword: The Forms of Justice, 93 HARV. L. REV. 1, 2 (1979).

FUENTES LÓPEZ, Adriana Patricia. *Corte Constitucional y Políticas Públicas: Un análisis de la sentencia T-153 de 1998 y la declaratoria de Estado de cosas Inconstitucional de las Prisiones Colombianas*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2000. Tesis no publicada.

GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro, Activismo judicial y emancipación social: notas a partir de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia y Argentina, Programa Regional de Becas CLACSO – ASDI, 2009.

GARCÍA CÍVICO, Jesús, Indicadores y eficacia de los derechos, en la eficacia de los derechos sociales, Editores BERNUZ BENÉITEZ María Jose y CALVO GARCÍA MANUEL, Ed Triant to Blanch, Valencia, 2014.

GARCIA JARAMILLO Leonardo, introducción, en *Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, 2013.

GARCIA JARAMILLO Leonardo, De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*, Revista Derecho del Estado No 36, 2016.

GARCIA JARAMILLO, Leonardo, *Constitucionalismo Deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo y la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, 2015.

GARCIA JARAMILLO Leonardo, introducción en *Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, 2013.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia, y Cambios Social en América Latina*: en Revista de Análisis Político No 75 Mayo –Agosto 2012. Universidad Nacional de Colombia.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano Y Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997: En *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Colciencias. Bogotá, 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, JARAMILLO P., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY YEPES, Rodrigo, «Título IV. La revolución francesa», en *Teoría Constitucional*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, JARAMILLO P., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY YEPES, Rodrigo, «Título III. Revolución, independencia y constitución en Estados Unidos», en *Teoría Constitucional*.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio, *Derecho a falta de democracia: La juridización del régimen político colombiano, análisis político n° 82*, Bogotá, septiembre-diciembre, 2014,

GARGARELLA Roberto, ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? 2006. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 de diciembre de 2013 de la Universidad Torcuato di Tella.

GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, en Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires, 2014.

GARGARELLA, Roberto, una maquinaria exausta. Constitucionalismo y alienación legal en América, Revista ISONOMÍA No 33, Universidad Torcuato di Tella, Argentina, 2010

GARGARELLA, Roberto, La Sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas, entre lo viejo y lo nuevo, Revista Nueva Sociedad, julio-agosto de 2015, en línea [www.nuso.org].

GARGARELLA ROBERTO, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, siglo XXI; Buenos Aires, 2014.

GARGARELLA Roberto, el Derecho a la igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario; GARGARELLA, Roberto, Democracia Deliberativa y judicialización de los derechos sociales, perfiles Latinoamericanos, Julio-diciembre, No 28, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Distrito Federal, México versión en español de Should Deliberative Democrats Defended the Judicial Enforcement of Social Rights?;

GARGARELLA Roberto, la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida. En YAMIN Alicia Ely y GLOPPEN Siri, La Lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?, Ed XXI siglo del hombre, colección derecho y política, Buenos Aires 2013.

GARGARELLA, Roberto, en Derechos Sociales: un acercamiento renovado, en Derechos Sociales Constituciones y Democracia, Leticia MORALES, Marcial Pons, Madrid.

GARGARELLA, Roberto, Justicia Dialógica y derechos sociales, en Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional, Coordinador ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y ORDÓÑEZ, Jorge, Tirant to Blanch, Valencia 2013.

GARGARELLA, ROBERTO, la Justicia dialógica en la ejecución de derechos sociales. Argumentos de partida, 2013.

GAMBAETA Diego, “¡Claro!”: Ensayo sobre el machismo discursivo, en Elster, Democracia deliberativa, Gedisa 2013. ELSTER, la deliberación y los procesos de creación constitucional.

GAUDIN, J. *L'action publique / sociologie et politique*: Les Presses de Sciences Po et Dalloz. París, 2004.

GAURI, Varun y BRINKS Daniel M, Human Rights as Demands for Communicative Acción”, Journal of Political Philosophy 20 (4).

GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing world. Cambridge University Press, 2008.

GEERTZ, Clifford Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, in Local Knowledge: Further Essays In Interpretive Anthropology 218, 1983.

GINSBURG, Tom DIXON, Rosalind. *The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as Insurance Swaps*. University of Chicago Law School. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2013.

GLOPPEN Siri, Legal Enforcement Of Social Rights: Enabling Conditions And Impact Assessment, Erasmus L. Rev. 465 2009

GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. *El juez de las políticas públicas Del estado de cosas inconstitucional en la política económica en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2012.

GONZÁLEZ JACOME, Jorge. *Constitucionalismo Popular: Erwin Chemerisky y Richard Parker*. Editorial Uniandes. Instituto Pensar. Editorial Siglo del Hombre. Bogotá, 2011.

GOODIN, R, *Reflective Democracy*, Oxford: Oxford University Press

GRAHAM, Nora. 2011. "The Right to Food in India: From 'Parchment Victories' to Legal Enforcement: Utilizing the Judicial System to Gain Social and Economic Rights". Political Science Senior Thesis. Haverford College

GRUPO LÍDER DE SEGUIMIENTO A LA SENTENCIA T-762 DE 2015, Primer informe semestral de seguimiento a la sentencia T-762 del 2015 presentado el 9 de diciembre de 2016, disponible en línea [<http://www.politicacriminal.gov.co/Sentencia-T-762-de-2015>]

GUASTINI Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1999

GUASTINI, Ricardo, *Otras distinciones*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, Capitulo XXIV, Breve lección acerca de la igualdad.

GURUSWAMY Menaka y ASPATWAR Bipin, El acceso a la justicia en la India: La jurisprudencia (Y la autoprotección del tribunal supremo), en BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015.

GUTIÉRREZ, BELTRÁN, Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Tesis doctoral en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento en Derecho Público y Filosofía Jurídica Área de Derecho Constitucional, junio 2016.

GUTMANN y THOMPSON, *Democracy and Dissagreement*, Cambridge, Harvard University Press 1996.

GUZMAN RINCÓN, Andrés Mauricio, Políticas públicas y derechos humanos: puntos de convergencia en contextos democráticos, *Revista Criterio Jurídico Garantista*. Año 5, No. 9. Jul.-Dic. de 2013. issn: 2145-3381. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá.

HABERMAS, Jürgen, *Ciencia y técnica como ideología*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1986

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y Valides, Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Sexta Edición, Editorial Trotta. 2013

HABERMAS Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed Taurus, Madrid 1987 Vol I.

HAMILTON, Alexander, MADISON James y JAY John El Federalista, trad. y pról. de Gustavo R. Velasco—2ª ed, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA (FCE) México, 2001.

HART, Herbet., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

HERRERO, Álvaro. *La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino*: Revista Política Vol. 49 N° 1 2011.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Juez Constitucional: Un Actor De Las Políticas Públicas*: Revista de Economía Institucional 15, 29, 2013.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN Cass, Todos los derechos son positivos, en El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, 3ra edición, siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

HOFFMANN, Florian f y R. N. M. Bentes Fernando, Accountability for Social and Economic Rights in Brazil, en GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing wordl*. Cambride University Press, 2008.

HOROWITZ Donald, *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions*, 1983.

HUNT, PAUL, Informe provisional del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, presentado de conformidad con la Resolución 2003/45 del Consejo Económico Social, 10 de octubre de 2003, A/58/427.

JARAMILLO PÉREZ, Juan Fernando, La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica, en *Constitución, democracia y derechos*, Centro de Estudios del Derecho y Sociedad Dejusticia. Bogotá, 2016.

JARAMILLO PÉREZ Juan Fernando, UPRIMNY Rodrigo Y GUARNIZO Diana, Intervención judicial en cárceles, en *Constitución, democracia y derechos*, Centro de Estudios del Derecho y Sociedad Dejusticia. Bogotá.2016.

JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo, el Enfoque de los Derechos Humanos y Políticas Públicas, Revista Universidad Sergio Arboleda, enero-junio 2007.

JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Bases Teóricas para el debate: La Disputa Hart – Dworkin,-*.

JONES, Charles O., *An Introduction to the Study of Public Policy*, Wadsworth Belmont, 1990.

KALB, Johanna, The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation, 38 Yale J. Int'l L. 423 2013.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa. México, 2003, capítulo VII

KENNEDY DUNCAN, “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Siglo del Hombre/Ediciones, Uniandes, Bogotá, 1999. A *Critique of Adjudication*, ed fin de siècle

KENNEDY, Duncan, A critique of adjudication, Fin de Siécle, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

KOTHARI, Jayna, Social Rights and the Indian Constitution- Editorial: Law, Social Justice and Global Development Journal (LGD).

KRAMER, Larry. Constitucionalismo popular y Control Constitucional. Marcial Pons. Madrid, 2011.

LAGOYE, Jean-Jacques, Sociologie politique, Presses de la FNSP et Dalloz, Paris 1991.

LANDAU, David, A Dynamic theory of judicial rol, Boston Colleague Law Review, Vol. 55: de 2014.

LANDAU, David, Instituciones políticas y función en derecho constitucional comparado, en Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No 72, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2015.

LANDAU, David, La realidad de la aplicación de los derechos sociales, en Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, trad. María José Viana Cleves, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2015.

LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.

LANGFORD, Malcom, La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría, en LANGFORD, Malcolm, Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho constitucional comparado, Ed. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

LASSWELL, Harold D, La orientación hacia las políticas, en Aguilar Villanueva L.F. (Comp). El estudio de las políticas públicas, Miguel Ángel Porrúa Editores.

LASSWELL, Harold. El estudio de las políticas públicas, Trad. Luis Aguilar Villanueva, Ed Miguel Ángel Porrúa, 1996, México y Jones, C.O. An Introduction to the Study of Public Policy. 1970 Belmont: Wadsworth.

LENOIR Remi, Objet sociologique et problema social, en Champagne P, Lenoir, R, Merllié D., Pinto L, initiation à la sociologique, Dunod, Paris, 1989.

LEVINSON, Sandord, Courts as Participants in “Dialogue”: A vie from American States Kansas Law Review, Vol 59.

LEVINSON, Sandra, Constitutional Faith, Princenton University Pres, Paperback reissue, 2011.

LIEBENBERG, Sandra, Sudáfrica: El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una constitución transformadora, en , en LANGFORD, Malcolm, Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho constitucional comparado, Ed. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

LIEBENBERG, Sandra. *Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica*. Anuario de derechos humanos. Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2006. [<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13371/13642>].

LIEBENBER, Sandra, Judicially Enforceable Socio-Economic Rights in South Africa: Between Light and Shadow, en *Dubli Univerity Law Journal* Vol 37, Dublin, 2014.

LINARES, Sebastián, *La ilegitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Ed Marcial Pons, Madrid 2008.

LINARES, Sebastián, El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas, en *Revista Mexicana de Sociología*, Num 70, julio – septiembre 2008, Universidad Nacional Autónoma de México.

LEVITSKY, Steven MURILLO, María Victoria. *Construyendo instituciones sobre cimientos débiles: Lecciones desde América Latina*. en revista Fortalecimiento institucional. Editorial Comisión de Publicaciones Asociación Civil Polítai. Disponible en línea [<http://www.politai.pe/PDF/articulo5-1.pdf>]

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press New York. Oxford University Pres 1978.

MACCLOSKEY, Robert G, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1960.

STEIN, Ernesto TOMMASI, Mariano ECHAVARRIA, Koldo LORA, Eduardo y PAIN Mark. *The politics of policies. Econoic and Social Progressin latinamerica*. Editorial Inter-american developmen bank; 2006.

MAHAJAN, Gurpreet, Mantener la fe: la legitimación de la democracia mediante las prácticas judiciales en BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2015.

MAJONE, Giandomenico, Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, Trad. Eduardo L. Suárez, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A.C u Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

MANDER Harsh – Director Centro de Estudios sobre la Equidad, Nueva Delhi (India), Abastecimiento de alimentos por el Estado como medida de protección social. Debates en torno a la Ley Nacional de Seguridad Alimentaria de la India”. Ed: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), 2015.

MANIN, Bernard, *On Legitimacy and Political Deliberation*, *Political Theory*, Vol. 15.

MATHEN, Carissima, Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on ‘Charte Dialogue Revised’, *Osgoode Hall Law Journal*, Volume 45, Number, 2007.

MARTÍ, José, *La República deliberativa, una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid 2006.

MEDELLÍN, Pedro, La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad, Serie de Políticas Sociales no 93, Cepal, Santiago de Chile, 2004.

MENDES, Conrado Hübner, Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, en GARGARELLA, Roberto, Por una justicia dialógica, el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

MENDES, Conrado Hübner, Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3 (June 1, 2011). *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, 2011. Disponible en línea: [<https://ssrn.com/abstract=1911852> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>].

MENDES, Conrado Hübner, Is it All About the Last Word? Deliberative Separation of Powers 1 (July 1, 2009). *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, 2009. Disponible en [<https://ssrn.com/abstract=1911822> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911822>].

MENDOZA PULIDO, Fabián, La incidencia del Estado de Cosas Inconstitucional en las políticas públicas: crisis de la separación de poderes o eficacia del discurso del Estado Social de Derecho, Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho, Profundización en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Colombia 2015

MENY, Yves, THOENIG, Jean-Claude, Las políticas públicas. Trad. Francisco Morata, Ariel Ciencia Política, 1992, Barcelona.

MILL, Jhon Stuart, Considerations on representative government, Nueva York Oxford World Classics, Oxford University Press, (1998 [1861]).

MILLER, María A.Gelli y S Cayuso, *Constitución y poder político*, Astrea 1991, Buenos Aires.

MINISTERIO DE JUSTICIA y OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL, Una mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, disponible en línea [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf?ver=2017-03-09-181156-490>]

MINISTRY OF HOME AFFAIRS, GOVERNMENT OF INDIA, Office of the Registrar General & Census Commissioner, India, Censo del año 2011, disponible en línea [http://www.censusindia.gov.in/2011census/population_enumeration.html]

MINOW, Marta, Interpreting Rights, and Liberal Political Justification, 1 I. CON, 1986.

MISIÓN INTERNACIONAL DERECHOS HUMANOS Y SITUACIÓN CARCELARIA, MARTÍNEZ Federico Marcos, TIDBALL-BINZ Morris y YRIGOYEN FAJARDO Raquel, Informe: centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos, por ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS OFICINA EN COLOMBIA, Bogotá, 2001, disponible en línea [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/tematicos/informe%20carceles.htm#_ftnf15]

MOGOLLÓN ARISTIZÁBAL, Lina María. *La legitimidad de los fallos de tutela del juez constitucional cuando interviene en políticas públicas. Incidencia de la sentencia de tutela T- 085 de 2009 en el tema de la reparación a las personas víctimas del desplazamiento forzado*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Bogotá, Colombia. 2013. Tesis no publicada.

MONNIER, Eric, Evaluación de la Acción de los Poderes Públicos. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda -Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995.

MORALES de SETIEN RAVINA, Carlos. **Pierre Bourdieu: La realidad no visible de la realidad formal**. En: BOURDIEU Pierre y TEUBNER Gunther, *La fuerza del Derecho*. Bogotá. Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre. 2000.

MOREAU, DESFARGES, Philippe, *La Gouvernance*. Que sais-je, PUF, París, 2003.

MULLER, Pierre, SUREL Ives, *L'analyse des politiques publiques*, Montchrétien, Pari, 1998.

MULLER Pierre, *las políticas públicas*, traducción Jean François Jolly y Carlos Salazar Vargas, *Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010*.

MURALIDHAR, S. India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales, en LANGFORD, Malcolm. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes. Bogotá, 2013.

NAGEL Robert, Separation of Powers and the Scope of Equitable Remedies, 30 STAN L. REV. 661, 710-712 (1978)

NEGRETTO, Gabriel, *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en américa latina*, en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina, Coord. Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, Ed. Siglo veintiuno editores, Universidad de Itam, México, 2004.

NIEMBRO O. Roberto, Una mirada al constitucionalismo popular, *Revista Isonomía*, No. 38, 2013.

NINO, Carlos Santiago, *la Constitución de la Democracia deliberativa*, Ed Gedisa Barcelona 2003.

OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL, Foro Nuevo Estado de Cosas Inconstitucional, Sistema Penitenciario y Carcelario Sentencia T-388 de 2013, Ministerio de Justicia, 2015, Disponible en línea [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/RF012015-ilovepdf-compressed.pdf>]

O'DONELL, Guillermo, Horizontal Accountability: Legal Institutionalization of Mistrust, en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds), *Democratic Accountability in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *“Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo”* Nueva York y Ginebra: ONU, 2006, disponible en línea [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>]

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Resolución aprobada el 22 de diciembre de 2015, No 70/218. Segundo Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la

Pobreza (2008-2017). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. (Comité DESC) Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Febrero 2001).

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y programa de acción de Viena. Doc. A/CONF.157.23 , 1993.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

ORTEGÓN Edgar, PACHECO Juan Francisco, PRIETO, Adriana, Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas, Cepal, 2005, en línea [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5607/S057518_es.pdf]

OSTROM, Elinor, “Doing Institutional Analysis. Digging Deeper Than Markets and Hierarchies”, en: C. Ménard y M. Shirley, eds, Handbook of New Institutional Economics, Netherlands, Springer, 2005.

OSUNA Nestor, las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, La protección de los derechos sociales Las sentencias estructurales, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Konrad-Aenauer Stiftung, Bogotá, 2015.

OTALORA, Lozano, Commandeering the Institutions: The Legitimacy of Structural Judicial Remedies in Comparative Perspective, LL.M. Paper Submitted for consideration for the Irving Oberman Memorial Prize: Constitutional Law: Separation of Powers, Federalism, and the Fourteenth Amendment, Tesis de Maestría de la Universidad de Harvard, 2014

PADIOLEAU, J, L'Etat au concret, PUF, Paris, 1982 en ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. 2014.

PARMAR, Sharanjeet y WAHI, Namita, India: ciudadanos, tribunales y el derecho a la salud, ¿entre la promesa y el progreso?, en Alicia YAMIN y Siri GLOPPEN (eds.), La lucha por los derechos de la salud, ¿puede la justicia ser herramienta de cambio?, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013

PARSONS, Wayne, Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, trad. Atenea Acevedo Aguilar, FLACSO México, 2007.

PATNAK, Biraj, La Campaña por el Derecho a la Alimentación en India, la implementación de decisiones judiciales sobre el derecho a la alimentación, Reivindicando los derechos humanos el desafío de la rendición de cuentas, Observatorio de derecho a la alimentación y a la nutrición, 2011.

PATTON, Michael Quinn, Developmental Evaluation, Applying Complexity Concepts to Enhance Innovation and Use, The Guilford Press, New York, 2011.

PARRA VERA, Oscar, Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, México DF.

PARRA VERA Oscar y YAMIN Alicia, la Sentencia T 760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la Justicia Dialógica, en línea [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>]
PARRA VERA Oscar, YAMIN Alicia;

GIANELLA MALCA, Camila y TORRES-TOVAR, Mauricio ¿deliberación democrática o mercadeo social? los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. *Revista Health and Human Right* Volume 11, No 1.

PAUTASSI, Laura, Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura. Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010.

PEGORARO, Lucio, RINELLA, Angelo, Introducción al derecho público comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, Núm 25, 2006.

PERELMAN, Chaim, *El razonamiento jurídico*, trad. de H. Petzold-Pernía, Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho.

PÉREZ de la FUENTE, Oscar, Sobre algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana, en el proyecto de investigación ‘Historia de los Derechos Fundamentales’, Siglo XX, Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Editorial Tecnos 7ª edición. Madrid, 2001.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo, Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. en PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusticia-. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico – IDEP-. Bogotá, 2007.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusticia-. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico – IDEP-. Bogotá, 2007.

PEREZ MURCIA, Luis Eduardo, ¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios, en ARCIDIÁCONO Pilar, ESPEJO Yaksic y RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, *Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina, Siglo del hombre editores*, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- Y Red Latino Americana y Europea de derechos humanos –LAER-, Bogotá.

PERLINGEIRO, RICARDO, Contemporary challenges in latin american administrative justicia, *Brics Law Journal*, Volume III, 2016, Issue 2.

PILLAY Anashri, Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement, *I•CON* (2012), Vol. 10 No. 3.

POORVI Chitalkar, Varun Gauri, India, Compliance Whit Order on The Right, en LANGFORD, Malcolm, ROSSI Julieta, RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, *Social Rights Judgments and the Politics of compliance, Making it stick*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.

POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.

P

OSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, Harvard University Press, Cambridge 2003.

POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático*, en *Constitucionalismo democrático, por una reconciliación entre la Constitución y el pueblo*, Siglo veintiuno editores, Argentina 2013.

POST, Robert y SIEGEL Reva, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Blacklas*, Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review, 2007.

POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Oiginalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, Fordham Laww Review, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Notas sobre la interpretación constitucional*: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 9 (mayo-agosto de 1991).

PRIETO SANCHÍS, Luis, «*Neoconstitucionalismo y ponderación judiciab*», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.

PRZEWORSKI, Adam, *Deliberación y dominación ideológica*, en Elster, *Democracia deliberativa*, Gedisa 2013.

PUGA Mariela, *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2012.

PUGA, Mariela. *La realización de derechos en casos estructurales. Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'*: Argentina, 2007.

PUGA, Mariela, *el litigio estructural*, Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, Año I No 2, 2014.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando y RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2010.

RAMASWAMA Sundarshan, *Court and Social Transformation In India*, en Gargarella, Roberto, Domingo Pilar, ROUX Theunis , *Courts and Social Transforation in Transformation in ew Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Ed. Ashgate, 2006.

RIGHT TO FOOD CAMPAIGN, SECRETARIA Supreme Court Orders On The Right To Food, A Tool for Action Second Edition: August 2008.

ROACH, Kent, *Los retos de elaborar recursos judiciales para las violaciones de derechos económicos* en LANGFORD, Malcolm, *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales, tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Ed Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar *La judicialización de los derechos: el caso de la salud y Los efectos de los fallos estructurales sobre derechos sociales: la sentencia T-025 de 2004* en GARCÍA VILLEGAS Mauricio y CEBALLOS BEDOYA María Adelaida, *Democracia, justicia y sociedad*. Diez

años de investigación en Dejusticia Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2016

RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America, Texas Law Review Vol 89, 2014.

RODRIGUEZ GARATIVO CESAR, El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 Diciembre de 2013.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colecciones de Dejusticia. Bogotá D.C., 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, EPÍLOGO: Más allá de la jurisprudencia: El impacto de los fallos sobre derechos sociales, en Malcolm LANGFORD (ed.) Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y derecho comparado, 2013;

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y KAUFFMAN, Celeste. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales, Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*. Dejusticia. Bogotá, 2014.

RODRÍGUEZ GARAVITO Cesar, ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? En MÁS ALLÁ DEL DESPLAZAMIENTO COLECCIÓN ESTUDIOS CIJUS, Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, César RODRÍGUEZ GARAVITO (Coord.), Ed. Universidad de los Andes y Alto Comisionado de las Unidas para los Refugiados, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colecciones de Dejusticia. Bogota D.C., 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar, RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, Siglo veintiuno editores 2015, Argentina.

RODRÍGUEZ, David Armando, Ejercicio institucionalizado de la oposición política en el presidencialismo Colombiano, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Derecho, 2014.

RODRÍGUEZ VILLABONA Andrés Abel, La circulation de modèles juridiques les origines de l'état providence en colombie pendant les années trente et l'influence du constitutionalisme français du début du xxe siècle, THÈSE Pour obtenir le grade de, DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES, Spécialité : Droit Public, Noviembre de 2015.

ROSEMBERG, Gerald, The Hollow Hope, Chicago: Chicago University Press 2008

ROSSI Julieta y MORO Javier, Ganar derechos, lineamientos de políticas públicas basadas en derechos, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), Buenos Aires Argentina, 2014.

ROTH, Andre-Noel. *Políticas Públicas Formulación, Implementación y Evaluación*. Décima edición, Ediciones Aurora. Bogota, D.C, 2014.

ROTH Andre-Noel, perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico? *Estudios Políticos*, 33, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2008 julio-diciembre.

SABATIER, Paul, *Theories of the Policy Process*, 2ª ed., Boulder, Colorado, Westview Press 2007.

SABEL, Charles F. y WILLIAM H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, (2004), 117: 1015-1101; disponible en <www2.law.columbia.edu>

SAGER, Lawrence, *Juez y Democracia, una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Ed Marcial Pons, Madrid 2007

SALCEDO AQUINO, *Evaluación de Políticas Públicas*, Siglo XXI editores, México DF, 2011.

SALDIVIA Laura, Una Corte, ¿Suprema?; en GARGARELLA Roberto, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*; en GARGARELLA Roberto (COORD.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, TOMO I (2009).

SANDOVAL CUMBE, Helber Mauricio. *La Intervención del Juez en la Realización de Políticas Públicas: Una interpretación del fenómeno a partir del Derecho a la Salud*; en *Revista Jurídica Piélagus*. 2010.

SANDOVAL ROJAS, Nathalia Carolina, *Movilizarse ante la Corte. Trayectoria y efectos de tres episodios de movilización legal constitucional de feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado en Colombia* / Nathalia Carolina Sandoval Rojas; Virginie Laurent (directora). -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Ediciones Uniandes, 2015.

SARAT, Austin D., *Redirecting Legal Scholarship in Law Schools*, 12 *YALE J.L. & HUMAN.* 129, 200,

SARTORI, Giovanni, *la Comparación en las Ciencias Sociales, Comparación y método comparativo*, Alianza Editorial, Madrid 1999.

SEERVAI, H.M. *El Federalismo en la India, la Constitución y la Suprema Corte de India*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F. 1976.

SEPULVEDA, Magdalena y RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar, *Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social*, en LANGFORD, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Ed Siglo del hombre y Universidad de los Andes, Bogotá 2013.

SHANKAR shylashri y MEHTA Pratap Bhanu, *Courts and Socioeconomic Rights in India*, en GAURI, Varun y BRINKS Daniel M. *Courting Social Justice, Judicial Enforcement of social economic rights in the developing world*. Cambridge University Press, 2008.

SHANKAR , Shylasbri, *Los negociadores inherentes: los jueces de los tribunales superiores de la India y los derechos socioeconómicos*, en BONILLA MALDONADO, Daniel *Constitucionalismo del Sur Global*, 2015.

SIEGEL, Reva B “*El rol de los movimientos sociales como generadores del derecho en el derecho constitucional de Estados Unidos*”, Los límites de la democracia, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2004, Buenos Aires, Editores del Puerto

SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. *El juez constitucional: un actor regulador de las PP. El caso de la descentralización en Colombia*. Editorial Universidad de Rosario. Colombia, 2009.

SIGAL, MARTÍN, ROSSI Julieta y MORALES Diego, Argentina: Implementation of collective cases, en LANGFORD, Malcolm, RODRÍGUEZ-GARAVITO, César and ROSSI, Julieta; Langford, Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making It Stick, Cambridge University Press. 2017.

SITARAMAN, Ganesh, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, En: 32 Harvard Journal of Law and Public Policy, 2009.

SMULOVITZ Catalina, Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina, en SIEDER Rachel, La judicialización de la política en América Latina, Universidad Externado de Colombia, 2008, Bogotá.

SOMMA, Alejandro, Introducción Crítica al Derecho Comparado, En línea [<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Somma1.pdf>]

S

UBIRATS, Joan, KNOEPFEL, Peter, LARRUE, Corina y VARONE, Frédéric, Analisis y gestión de políticas públicas, Ed Ariel, España, 2008

SUBRIN, MINOW, BRODIN & MAIN, Civil Procedure, Aspen Publishers, 2nd, ed., 2004.

SUNSTEIN, Cass, One case at a time, Cambridge, Mass., Harvard, 1999.

SUNSTEIN, Cass, The Partial Constitution, Cambridge (Mass.): Harvard University Pres.

TIMM HIDALGO, Ana Karina, Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico, Tesina, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2011.

TULIS, Jeffrey, Deliberation between Institutions, en Laslett, P y Fishkin, J. (Eds), Debating Deliberative Democracy, Malde y Óxford, Blackwell Publishing, 2003

TORRES ÁVILA, Jheison, la vinculación del juez a la ley y el derecho, Revista CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional Vol. 4. N.º 1 p. 19-53. Enero-junio de 2011.

TORRES ÁVILA, Jheison, Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes, Revista Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 10. N.º 1. Enero – Junio de 2014.

TUSHNET, Mark. “*The New Constitutional Orden*”. Princeton Universtiy Press. Princeton, 2004.

TUSHNET, Mark. *Takin the Constitution away the Court*, Princeton University Press, Pinceton, 1999.

TUSHNET, Mark, Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law, Princeton University Press, 2009.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César, Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia : el caso de la gratuidad de la educación primaria. En PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia-. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico –IDEP-. Bogotá, 2007. Capítulo 1

UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA VILLEGAS Mauricio. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia". En Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.). *Emancipación Social y Violencia en Colombia*. : Editorial Norma, Bogotá, 2004.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Andrés Abel, *Interpretación Judicial* (2ª edición), Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», Universidad Nacional de Colombia, 2006.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos, Sur-Revista Internacional De Derechos Humanos Número 6°, 2007

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional: en Corte Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, 2001.

UPRIMNY YEPEZ Rodrigo y SÁNCHEZ Nelson Camilo, Juzgar y Medir. El Uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional Colombiana, en en la medición de derechos en las políticas sociales, Comp. Comp ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura. Editores el Puerto, Buenos Aires, 2010, capítulo VIII.

VALDERRAMA GÓMEZ, Cesar Augusto, Corte Constitucional colombiana: un actor relevante en el ciclo de políticas. El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia, Tesis de Maestría en Gobierno y Asuntos Públicos, Flacso México., 2010.

VALENCIA VILLA Hernando; Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano; 2a. ed. / Aumentada. Edición Martha Cárdenas y Hernán Darío Correa C. Santa Fe de Bogotá : Fondo Editorial Cerec, 1997.

VILLAR BORDA, Luis, Estado de derecho y Estado social de derecho, en Revista Derecho del Estado, n.º 20, 2007.

VILE, Maurice, Constitucionalismo y Separación de Poderes, trad, Joaquín Varela Suanzes, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

VILHENA, Oscar, BAXI Upenda y Vijoen Frans (editors), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria University Law Press PULP, Pretoria 2013.

VON HALDENWANG, Christian, Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina, en Revista de la CEPAL, No 85, 2005.

WALDRON, Jeremy, Derecho y Desacuerdos, trad. José Luis Martí y Áugeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, parte III.

WEISS, Carol H., Evaluation: Methods for Studying Programs and Policies, Upper Saddle River, Prentice Hall. 2 ed, 1998.

WILDAVSKY, Aaron, Speakin truth to power, Little Brown, Boston, 1879, p. XV.

WOLKMER, Antonio Carlos (2003). Introducción al pensamiento jurídico crítico. Bogotá, ILSA. Disponible: [<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf>]

YAMIN Alicia y GLOPPEN Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: "Evolución del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud", en Alicia Yamin y Siri Gløppen (eds.), *La lucha por los derechos de la salud, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013*

YAMIN, Alicia Ely y DUGER, Angela, Adjudicating Health-Related Rights: Proposed Considerations for the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and Other SupraNational Tribunals, Chicago Journal of International Law, 17 Chi. J. Int'l L. 80 2016.

YOUNG, Katharine G, The Minimum Core of Economic And Social Rights: A Concept In Search Of Content, The Yale Journal of International Law Vol. 33, 2008.

YUSUF, Salma, The Rise of Judicially Enforced Economic, Socia & Cultural Rihts Refocusing Perspectives, Seattle Journal for Social. Justice Vol 10, 2011-2012.

ZAFFARONI, Estructuras Básicas Judiciales, ed Ediar, Buenos aires 1994.

ZWEIGERT, Konrad, KOTZ, Hein, Introducción al derecho comparado, traducción Arturo Aparicio Vázquez, OXFORD, University Press,

Sitios Web consultados:

BANCO MUNDIAL
[http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=IN-AR-CO-DE-US-SA-CN-FR-RU-GB&name_desc=false&view=chart]

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA,
<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>

CONSTITUCIÓN DE INDIA, tomado de [constituteproject.org](http://www.constituteproject.org) India's Constitution of 1949 whit Amendments through 2015, en línea
[https://www.constituteproject.org/constitution/India_2015.pdf?lang=en]

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, base de datos 2016, en línea
[<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/index.aspx>]

FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES ARGENTINA [<http://farn.org.ar>]

HUMAN RIGHTS & GOVERNANCE, case Studies, en línea [<http://www.hrcases.org/#/caso/5/2>]

ÍNDICE GLOBAL DEL HAMBRE (2000), Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias (IFPRI), En línea [<http://ghi.ifpri.org/trends/>]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Programa para el desarrollo, datos en línea [<http://hdr.undp.org/es/data#>]

REPÚBLICA DE FRANCIA, Le Service de la Diffusion du Droit, Guide légistique, 2da edición 2007, disponible en línea [<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>]

REVISTA SEMANA en el artículo “*La Corte Constitucional versus los empresarios*” en línea [<http://www.semana.com/nacion/articulo/fallos-del-la-corte-constitucional-impactan-el-desarrollo-economico-en-las-regiones/499115>].

RIGHT TO FOOD CAMPAIGN, disponible en [<http://www.righttofoodcampaign.in/>]

TORONTO INITIATIVE FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, en línea [<http://www.tiesr.org/data.htm>]

COMISIONADOS DE LA CORTE SUPREMA DE INDIA disponible en [<http://www.scccommissioners.org/CourtOrders/datewisecourtorders.html>]

Jurisprudencia y otros documentos:

Argentina:

Corte Suprema de Argentina, Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad; sentencia de amparo individual M. 375. XXXVI. 16 de octubre de 2001

Corte Suprema de Argentina, Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud-Estado nacional sentencia de acción de amparo-medida cautelar, memorando del procurador de 4 de agosto de 2003, decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

Corte Suprema de la Argentina Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus. 856. XXXVIII. 3 de mayo de 2005.

Corte Suprema de Argentina, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo), M. 1569. XL. Fallo 8 de julio de 2008

Resolución 36/09. Auditoría General de la Nación de la República de Argentina,

Corte Suprema de Justicia, causa Mendoza:

Resolución del 20 de junio de 2006, Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Resolución 30 de agosto 2006 Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Providencia del 30 de agosto de 2006. Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Resolución 22 de agosto de 2007 Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Providencia del 20 de marzo de 2007. Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Providencia del 2 de febrero de 2007. Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Resolución del 23 de febrero de 2007. Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Resolución del 22 de agosto de 2007. Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Resolución del 8 de julio de 2008. Corte Suprema de Justicia, caso Mendoza

Providencia del 6 de noviembre de 2012. Corte Suprema de Justicia, causa Mendoza.
 Providencia del 27 de diciembre de 2016. Corte Suprema de Justicia, causa Mendoza

Juez Federal de Quilmes:

Resoluciones del 27 de agosto de 2008, Juez Federal de Quilmes
 Resolución del 9 de septiembre de 2008 Juez Federal de Quilmes
 Resolución del 9 de octubre de 2008 Juez Federal de Quilmes
 Resoluciones del 22 de febrero 2011 Juez Federal de Quilmes
 Resolución del 14 de julio de 2011 Juez Federal de Quilmes
 Resolución del 22 de febrero de 2011. Juez Federal de Quilmes

ACUMAR:

Resolución 1/2008 Reglamento de Agentes contaminantes;
 Resolución 3/2009, Reglamento de usos y objetivos de calidad de cuerpos de agua de la Cuenca Hídrica
 Matanza Riachuelo y frente del Río de la Plata

Colombia:

Corte Constitucional de Colombia:

Auto 268 de 2010
 Auto 275 de 2011
 Auto 110 de 2013
 Autos del 5 de 2016
 Auto 26 de abril 2016
 Auto 2 de junio 2016
 Auto 13 junio 2016
 Auto 24 de junio de 2016

Sentencia T-406 de 1992.
 Sentencia C-221 de 1994.
 Sentencia T-499 de 1995
 Sentencia T-574 de 1996
 Sentencia C-358 de 1997
 Sentencia T-227 de 1997
 Sentencia SU-559 1997
 Sentencia C-1991 de 1998
 Sentencia T-068 de 1998.
 Sentencia T-069 de 1998
 Sentencia T-153 de 1998
 Sentencia T-652 de 1998
 Sentencia T606 de 1998
 Sentencia T-590 de 1998
 Sentencia SU-250 de 1998
 Sentencia T-194 de 1999
 Sentencia T-257 de 2000
 Sentencia C-955 de 2000
 Sentencia SU-090 de 2000
 Sentencia C-010 de 2000
 Sentencia T-1337 de 2001
 Sentencia T-772 de 2003.

Sentencia T-724 de 2003
Sentencia T-227 de 2003
Sentencia T-025 de 2004
Sentencia C-355 de 2006
Sentencia T-760 de 2008
Sentencia T-291 de 2009
Sentencia T-411 de 2009
Sentencia T-872 de 2009
Sentencia C-434 de 2010
Sentencia C-376 de 2010
Sentencia T-047 de 2011
Sentencia T-637 de 2011
Sentencia T-244 de 2012
Sentencia T-349 de 2012
Sentencia T-904 de 2012
Sentencia T-348 de 2012
Sentencia T-386 de 2013
Sentencia T-388 de 2013
Sentencia T-245 de 2013
Sentencia T-135 de 2013
Sentencia T-814 de 2014
Sentencia T-353 de 2014
Sentencia T-231 de 2014
Sentencia SU- 617 de 2014
Sentencia T-294 de 2014
Sentencia T-597 de 2015
Sentencia T-762 de 2015
Sentencia T-765 de 2015
Sentencia T-660 de 2015
Sentencia T-736 de 2015
Sentencia T-607 de 2015
Sentencia T-579 de 2015
Sentencia T-774 de 2015
Sentencia C-683 de 2015
Sentencia T-478 de 2015
Sentencia T-606 de 2015
Sentencia T-379 de 2016
Sentencia T-594 de 2016
Sentencia SU-133 de 2017
Sentencia C-117 de 2017

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Circular externa 08 del 14 de abril de 2016, Estrategia de Articulación y Seguimiento para el cumplimiento de la Sentencia T-762 de 2015.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Circular externa 089 de 4 de mayo de

India:

Corte Suprema de la India, caso Kesavananda Bharati, vs. Estado de Kerala, AIR (1973) 4 SCC 225. Caso conocido como Derechos Fundamentales.

- Corte Suprema de la India, caso *Francis Coralie Mullin, vs. The Administrator (1981)* 1 SCCC 608.
- Corte Suprema de India, caso *Gupta v. Union of India*, (1981) Supp. S.C.C. 87, A.I.R. 1982 S.C. 149
- Corte Suprema de India, caso *People's Union For Democratic Righth vs. Unión of India*, (1982) 3 SCC 235.
- Corte Suprema de India, caso *Sheela Barse vs. State of Mahabarashtra* (1983) 3 SCC 96.
- Corte Suprema de la India caso *Olga Tellis & Ors vs. Bombay Municipal Council* [1985] 2 Supp SCR 51, 10 de julio de 1985.
- Corte Suprema de India, caso *Rural Litigation and Entitlement Kendra vs. State of Uttar Pradesb* (1985) 2 SCC 431.
- Corte Suprema de India, caso *kishen Pattanayak vs. State of Orissa*, AIR (1989) SC 677
- Corte Suprema de la India caso *Sheela Barse vs. Union of India (UOI) and Ors.* (1993) 4 SCC 204.
- Corte Suprema de la India caso *Paschim Banga Khet Majoor Samity and Ors. vs. State of West Bengal and Ors.*, (1996) 4 SCC 37, AIR 1996 Corte Suprema 2426, 5 de junio de 1996.
- Corte Suprema de la India, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Writ Petition (Civil) No.196 of 2001, orden del 23 de julio y 17 de septiembre de 2001.
- Suprema Corte de Justicia- India, orden provisional, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) No.196 of 2001
- Corte Suprema de la India, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Writ Petition (Civil), orden provisional del 27 de abril de 2004.¹Op.cit, BIRCHFIELD Lauren y Corsi Jessica, 'Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India, 2010.
- Corte Suprema de la India, caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, Writ Petition (Civil), dictó:
- Orden de 23 de julio de 2001.
- Orden 28 de noviembre de 2001
- Orden del 29 de octubre de 2002
- Orden del 2 de mayo de 2003.
- Orden 19 de agosto de 2003
- Orden 2 de diciembre de 2003.
- Orden del 20 de abril de 2004
- Orden del 27 de abril de 2004
- Orden del 29 de abril de 2004
- Orden del 7 de octubre de 2004
- Orden del 27 de octubre 2004
- Orden del 12 de diciembre 2004
- Orden de 9 de mayo de 2005.
- Orden del 5 de septiembre de 2005.
- Orden del 14 de marzo de 2006
- Orden de 12 de julio de 2006.
- Orden del 13 de diciembre de 2006.
- Orden del 1º de enero de 2007.
- Orden del 1 de febrero de 2007.
- Orden 20 de noviembre de 2007.
- Orden 29 de octubre de 2009.
- Orden del 3 enero 2010
- Orden 20 de enero 2010
- Orden 27 de enero de 2010.
- Orden del 21 de junio de 2010.
- Orden 21 de julio de 2010

Orden del 31 de agosto de 2010
 Orden de 6 de septiembre de 2010.
 Orden del 29 de octubre de 2010.
 Orden del 14 de noviembre 2010
 Orden 24 de noviembre de 2010.
 Orden del 14 de septiembre de 2011.
 Orden del 28 de noviembre de 2001
 Orden del 14 de septiembre de 2011.
 Orden 27 de febrero de 2012.

Comisión de seguimiento de la Corte Suprema de India para el caso
 Informes No 1 del 12 de octubre de 2002
 Informe No. 2 del 3 de marzo de 2003
 Informe No 3 del 1º de mayo de 2003.
 Informe No 4 de agosto de 2003.
 Informe No 5 de agosto de 2004.
 Informe No 6 del 6 de diciembre de 2005
 Informe No 7 de Noviembre de 2007
 Informe No 8 de agosto de 2008
 Informe No 9 de septiembre de 2009
 Informe No 10 del 31 de diciembre de 2012

Jurisprudencia de otros Países:

Tribunal de apelaciones de Botsuana, *Mosetla e Matsipane v. The Attome*, 2011 (MAHLB-000393-09)
 Tribunal Superior de Delhi, *Laxmi Manal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Others W.P. ©*, No. 8853 de 2008
 Corte Constitucional de Hungría, decisión 43/1995 del 30 de junio de 1995.
 Corte Constitucional de Letonia, Caso No 2009-43-01, *On Compliance of First Part of Section 3 of State Pensions and State Allowance Disbursement in 2009-2012, insofar as it applies to State Old-Age Pension with Article 1, Article 91, Article 105 and Article 109 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia*.
 Tribunal Supremo de Nepal, *Prakashmani Sharma and Others GON, Office of Primer Minister and Council of Ministers & Others*, 2008, Writ No. 064 WO-0230
 Corte Constitucional de Sudáfrica, "*Republica de Sudáfrica v. Grootboom*", Caso número CCT 11/00.
 Constitutional Court of South Africa, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC).
 Constitutional Court of South Africa, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*, 2002 (10) BCLR 1033 (CC)
 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Abahlali base Mjondolo vs Premier of KwaZulu Natal Province and Others*, 2010 (2) BCLR 99
 Corte Constitucional Sudafricana, *Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape v. Thubelisha Home san others* 2010 (3) SA 454.