

**Los remedios estructurales dialógicos en el contexto de una justicia constitucional
minimalista**

Geological structural remedies in the context of a minimalist constitutional justice

Por: Rodolfo Gutiérrez Silva¹

Recibido: 02-11-2015

Aceptado: 06-11-2015

Sumario:

1.- Introducción. 2.- Metodología. 3.- El activismo judicial. 4.- Los litigios de reforma estructural. 5.- Críticas a los litigios de reforma estructural. 6.- La falta de capacidad institucional. 7.- La separación de poderes. 8.- El impacto de la democracia. 9.- Los remedios estructurales. 10.- Los remedios declarativos. 11.- Los remedio concreto. 12.- Los remedio generales con reenvío. 13.- Los remedios complejos. 14.- Los remedios estructurales según su impacto en la legitimidad democrática. 15.- Un modelo para pensar y analizar los remedios estructurales. 16.- Evaluación de casos sobre remedios estructurales. 17.- Los desafíos de los remedios estructurales. 18.- La falta de órdenes precisas también justifica una supervisión más fuerte. 19.- La solución al problema. Los remedios dialógicos con supervisión fuerte. 20.- Conclusión. 21.- Bibliografía.

Resumen:

Los Litigios de Reforma Estructural han servido de instrumento para avanzar en la protección de los derechos sociales, sin embargo, un gran número de Cortes Constitucionales en el mundo aún enfrentan diversos retos. A través de una metodología multidisciplinaria y comparativa y la evaluación de diversos casos estructurales en diversos países se busca explorar cuáles son los desafíos que enfrentan las Cortes en asegurar un mayor impacto en la protección de los derechos sociales. La investigación encontró que aún existe mucha timidez por parte de las Cortes en el diseño y la implementación de los Remedios dialógicos. Las Cortes Constitucionales deben darle prioridad a la construcción de mecanismos de supervisión un poco más fuertes y estrictos al momento de formular estos remedios.

Abstract:

¹ LLM Master en Derecho del Colegio Birbeck, Universidad de Londres, Licenciado en Política Social y Sociología de la Universidad Metropolitana de Londres. Rodolfo.gutierrez47@gmail.com

The structural reform disputes have served as an instrument to advance the protection of social rights, however, a number of constitutional courts in the world still face many challenges. Through a multidisciplinary and comparative methodology and evaluation of various structural cases in various countries which seeks to explore the challenges facing the courts to ensure a greater impact on the protection of social rights. The research found that there is still much timidity on the part of the courts in the design and implementation of remedies dialogic. Constitutional Courts should give priority to building mechanisms of a little stronger and stricter when formulating these remedies supervision.

Palabras clave:

Litigios de reforma estructural - remedios estructurales - remedios dialógicos

Key Word:

Litigation structural reform - structural remedies - remedies dialogic.

1.- INTRODUCCIÓN:

En los últimos años se ha notado un destacado activismo judicial de las Cortes Constitucionales a través de los Litigios de Reforma Estructural desarrollados en un creciente número de países en el mundo entre los cuales se encuentran la India, Sudáfrica, Colombia y Argentina. En particular, se ha percibido con un gran interés una nueva forma de actuación por parte de los jueces quienes no sólo están utilizando nuevos métodos de interpretación constitucional y legal, sino también, están ordenando diversos tipos de remedios a los Estados con el objetivo de garantizar la protección de los derechos sociales. Sin embargo, este nuevo tipo de litigios ha sido objeto de muchas críticas.

Los Litigios de Reforma Estructural se podrían interpretar de una manera muy general como los nuevos mecanismos utilizados por las Cortes Constitucionales que buscan solucionar problemas colectivos o violaciones sistemáticas debido a fallas estructurales de naturaleza muy compleja. El instrumento utilizado por las Cortes para generar estas soluciones en forma de órdenes son los Remedios Estructurales. Estos remedios varían de acuerdo a diferentes factores, por ejemplo, existen desde los remedios débiles como las declaraciones de inconstitucionalidad o invalidez de las leyes hasta los “*structural injunctions*” o remedios que le ordenan a los Estados el cumplir con sus obligaciones positivas, es decir, el “hacer algo”. El propósito de este tipo de litigios es precisamente el de remover las condiciones estructurales de una situación de hecho que amenaza o es contraria a algún valor constitucional en un contexto determinado. Sin embargo, muchos críticos argumentan que las Cortes no tienen la capacidad institucional necesaria para ordenarle al Estado acciones tan específicas y técnicas que son competencia de otras instituciones. De igual manera, al mismo tiempo, sostienen que este nuevo accionar de las Cortes afecta el principio de Separación de poderes y tiene un impacto muy negativo en la legitimidad democrática.

El propósito de este documento es el de revisar el debate acerca de cuáles son los desafíos que enfrentan las Cortes Constitucionales en asegurar un mayor impacto en la protección de los derechos sociales. Para responder esta pregunta se utilizó una metodología multidisciplinaria y comparativa a través de la evaluación de diversos casos estructurales en Sudáfrica, la India y Colombia.

El argumento que se intenta desarrollar en este documento es que las Cortes Constitucionales tienen un gran desafío de darle prioridad a la construcción de mecanismos de supervisión un poco más fuertes al momento de formular Remedios Estructurales dialógicos. Debido a que aún actúan con timidez y lentitud en el diseño e implementación de remedios esto ha llevado a reproducir una *Justicia Constitucional minimalista* en diversos países. Lo que es preocupante es la falta de implementación de las órdenes en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional. Es urgente que los Estados y las organizaciones sociales promuevan nuevas reformas en materia judicial con el objetivo de fortalecer a las Cortes Constitucionales para que logren adaptarse a los nuevos retos de este milenio.

Para desarrollar este argumento el documento primero empieza poniendo en contexto la relación entre el nuevo Activismo Judicial y los Litigios de Reforma Estructural. En la segunda parte se presenta entonces un panorama general de algunas de las críticas que se han desarrollado en torno a estos nuevos litigios. Luego en la tercera parte, se presenta una clasificación de los Remedios Estructurales y se intenta crear un *heuristic device*² derivado de las teorías de Abramovich (2009) y Rodríguez Garavito (2010), el cual servirá de base para el análisis de varios casos, y finalmente, en la última parte, se realiza un examen final sobre los retos y oportunidades que enfrentan los Estados en asegurar la protección de los derechos sociales a través de los Remedios Estructurales.

Se busca invitar a los estudiosos de múltiples disciplinas entre ellas la Política Pública, la Política Social y el desarrollo internacional para que incluyan en sus investigaciones el estudio de los Remedios Estructurales dialógicos y su impacto en el desarrollo social y la protección y la garantía de los valores y principios constitucionales.

2.- METODOLOGÍA:

Utilizando diversas bases de datos y recursos electrónicos los siguientes criterios de inclusión fueron aplicados en la búsqueda de literatura.

Sistema de Análisis y colección	Criterios de inclusión	Palabras buscadas
--	-------------------------------	--------------------------

² En la sociología un “heuristic device” es un concepto abstracto o modelo útil para pensar acerca de los fenómenos sociales y físicos.

<p>“Qiqqa” Base de Datos Websites Google Scholar</p>	<p>1. Estudios relacionados al activismo judicial, litigios de reforma estructural, remedios estructurales y políticas públicas apoyados por información primaria y secundaria.</p> <p>2. Estudios que evalúan los desafíos y oportunidades en la formulación de remedios estructurales</p> <p>3. Jurisprudencia con contenido de remedios estructurales en materia de derechos sociales</p> <p>Estudios publicados durante el periodo 1993 – 2015</p>	<p>1. -“activismo judicial” -“litigios de remedios estructurales” -“litigios estructurales” -“casos estructurales” -“políticas públicas” - “remedios estructurales” “derechos sociales”</p> <p>2. -”Corte Constitucional” and “Remedios estructurales”</p>
--	--	--

3.- EL ACTIVISMO JUDICIAL:

Un gran desequilibrio social caracteriza a nuestras sociedades en tiempos modernos, lo que es evidente y latente es la falta de voluntad política, coordinación, acuerdos y control a nivel global para generar estabilidad. Las interacciones producen y reproducen conflictos de todo tipo, en diferentes espacios abiertos y cerrados, y en diferentes momentos constantes y esporádicos los cuales terminan generando de una manera salvaje dislocaciones sociales externas e internas. El desequilibrio en el sistema se está creando a través de procesos emergentes de absorción y fragmentación dentro de un tejido morfogenético³ los cuales afectan a todas las estructuras sociales. Sin embargo, es importante anotar que son precisamente las estructuras del nuevo Estado Social de derecho las que han sido las más afectadas por estos procesos. Como resultado de ello, y a pesar de la multitud de compromisos adquiridos a nivel internacional por diversos actores se ha producido la más desgarradora omisión sistemática de protección de derechos sociales en los últimos años. Este desequilibrio se ha desarrollado en un contexto de una serie de macro cambios

³ Para Archer, M. (1995) la “Morphogenesis” es la idea de que los procesos de cambio ocurren de una manera entrelazada, compleja y temporal. Los agentes se crean dentro de un conjunto de estructuras sociales, normas, comunidades sociales y relaciones de poder. La “génesis” del agente se produce dentro de estas estructuras. Con el pasar del tiempo, las estructuras cambian como resultado de las actividades y decisiones de aquellos individuales situados históricamente que las componen. La ontología de Archer se resume en un conjunto de ciclos con diferentes marcos de tiempo: Condicionamiento estructural – Interacción social – Elaboración estructural. “Morpho” quiere decir que la Sociedad no tiene una forma establecida o un estado preferido y “génesis” reconoce que la Sociedad se forma a partir de las acciones y decisiones de los individuales, quienes a su vez se originan de las consecuencias intencionales y no intencionales de sus actividades.

en las políticas económicas y sociales que se han impuesto a nivel internacional las cuales protegen cada día más a las fuerzas del mercado en vez de generar un balance firme entre la marketización y la protección social⁴. Es así que como resultado de ello, se han generado reacciones sociales las cuales han estado consolidando y fortaleciendo el establecimiento de estructuras neoconstitucionales que aspiran a constituirse en un camino para alcanzar la libertad y la igualdad buscando extender y proteger los derechos sociales a los sectores que tradicionalmente han sido excluidos.

Es precisamente dentro de este espectro neoconstitucional que en los últimos años ha emergido otra reacción del sistema en la forma de un activismo judicial liderado por parte de las Cortes Constitucionales quienes han ido de una manera paulatina acercándose a las estructuras políticas con el objetivo de generar un nuevo equilibrio a través de acciones creativas y diversas innovaciones jurisprudenciales. Ciertamente, estas nuevas acciones han generado un descontento y desagrado en algunos sectores resistentes al cambio, pero también se han interpretado como una esperanza para garantizar la justiciabilidad de los derechos sociales. Desde un punto de vista de impacto constructivista simbólico⁵, la ciudadanía percibe ahora el Poder judicial como un nuevo agente capaz de transformar, salvaguardar y proteger sus derechos. De igual manera, las evaluaciones de impacto de algunas de las decisiones de las Cortes en la judicialización de los derechos sociales en los últimos años también han persuadido e influenciado a un gran número de sectores a generar diversos debates reafirmando su legitimidad constitucional y justiciabilidad.

Sin embargo, a pesar de algunos avances y progresos en este campo neoconstitucional el reto es aun enorme. Muchas Cortes en diversas jurisdicciones han empezado sólo muy lentamente a dictar órdenes o Remedios Estructurales. Desafortunadamente, muchos de estos remedios no han sido aceptados y cumplidos por las instituciones del Estado, por el contrario, se han interpretado como una nueva amenaza que atenta contra los objetivos de las mayorías.

4.- LOS LITIGIOS DE REFORMAS ESTRUCTURAL:

Antes de empezar a estudiar cuáles son esos desafíos que enfrentan las Cortes Constitucionales, primero tenemos que analizar el contexto específico donde se desarrollan los Remedios Estructurales. Los nuevos Litigios de Reforma Estructural constituyen ese contexto. Estos litigios deben definirse no solo en términos de una intervención judicial cuyo objetivo es el de generar cambios sociales a través de la eliminación de las causas estructurales que de manera continua

⁴ Karl Polanyi (1944) en el Libro "La Gran Transformación" argumenta que al desconectarse lo social de lo económico se producían dislocaciones sociales. Sin embargo, el Estado inmediatamente reaccionaba y tomaba control de nuevo produciendo un balance entre la marketización y la protección social.

⁵ Contrario a lo que argumentan los Neorealistas como Rosenberg (1991), para los Constructivistas (como McCann, 1994) las evaluaciones de las decisiones judiciales no sólo deberían medir el impacto o los efectos directos sino también los indirectos y simbólicos, es decir cuando tales efectos producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales o cuando cambian las percepciones sociales de los actores.

ocasionan diversas violaciones sistemáticas. Más bien se trata aquí de diversas acciones que buscan proteger los principios y valores constitucionales fortaleciendo al mismo tiempo el Estado Social de Derecho. De esta manera se asegura la protección y garantía de los derechos humanos y se promueve la orientación, el acompañamiento y guía a los Estados insertándolos en procesos de desarrollo institucional reflexivos. Durante el desarrollo de las acciones de intervención no sólo los jueces cambian sino también los diversos actores que participan del proceso reflexionando y transformando sus ideas, percepciones, interpretaciones y construcciones sociales relacionadas al caso. Es interesante anotar que en este tipo de litigios el juez constitucional ejerce diversos roles, algunas veces se le percibe como un *tutor* el cual tiene la tarea de corregir a un niño (el Estado) quien tiene muchas aspiraciones y muchos sueños, sin embargo, no se puede controlar debido a su falta de madurez, su corta edad, su falta de coordinación y la fuerte influencia de terceros a la que está expuesto. Esta tarea de *tutor* realmente no es nada fácil porque nunca se sabe cómo reaccionará el niño cuando se le corrige. Algunas veces sólo se le hace saber que sus acciones han sido contrarias a las reglas y principios, esta estrategia permite al tutor analizar si él mismo toma la iniciativa, reflexiona, despierta y toma conciencia de lo que está haciendo, se retracta, se disculpa y lo más importante adopta medidas para cumplir con sus obligaciones. Otras veces, el tutor le da un poco de confianza ordenándole al niño acciones generales con el objetivo de que él las cumpla y remedie la situación, sin embargo, porque el tutor no le supervisa, termina abusando de la confianza, no cumpliendo al final con nada o muy poco. Debido a esto, el tutor decide ordenarle acciones muy específicas y concretas que tiene que realizar en un plazo determinado las cuales son sujetas a una supervisión fuerte. Los resultados y el impacto de las acciones alcanzadas luego se discuten y se evalúan en reuniones periódicas estableciendo al mismo tiempo actas de compromisos, sin embargo, a pesar de todo esta gama de intervenciones y acciones, el niño algunas veces termina obstaculizando todo el proceso culpabilizando inclusive al tutor por fallas en los avances en los resultados que en principio eran su propia responsabilidad de asegurarlos. De esta manera, no resulta nada fácil la tarea de un juez constitucional cuando se enfrenta a un caso que amerita reformas estructurales de las instituciones públicas. Otra forma también de interpretar el rol de este juez podría ser percibiéndolo como un evaluador de políticas públicas, sin embargo, es aquí donde se cuestiona que tan efectiva han sido las instituciones y las estrategias de evaluación de políticas públicas y sociales del Estado. La pregunta que debe responderse aquí es que tanto el Estado ha diseñado e implementado medidas para superar las violaciones sistemáticas debido a que ahora es el juez constitucional el que debe adoptar ese rol. El juez de los Litigios de Reforma Estructural también adopta un nuevo rol de mediador y negociador entre las partes integrándose dentro del litigio como un actor más, particularmente en el contexto de los diálogos que se desarrollan. En fin, no sólo los jueces son interpretados adoptando numerosos roles ante este tipo de casos, sino también los mismo jueces interpretan la realidad de una manera distinta. Esto implica que tienden a orientarse hacia el futuro y no hacia el pasado y tal orientación no se hace de una manera específica al caso, sino que la interpretación del mundo se realiza de una manera macro y sistemática teniendo en cuenta aspectos subjetivos y objetivos en un contexto de diversos factores sociales, económicos, políticos y técnicos incluyendo disfunciones estructurales internas y externas como también influencias de terceros. La naturaleza de los casos que tienen que tratar es

ciertamente compleja⁶ y aquí también existe el agravante de que “[u]no de los hallazgos más impactantes de los estudios sobre casos estructurales es que, con frecuencia, la violación masiva de derechos se debe no tanto a la insuficiencia de las políticas públicas, sino a la realidad, aún más grave de la ausencia total de políticas públicas” (Rodríguez Garavito & Rodríguez, 2010, pp. 40–41). Entre sus objetivos ahora no sólo se encuentran el de revisar a la luz de un bloque de constitucionalidad o de convencionalidad las acciones del Estado, sino también, el de analizar la evaluación de cumplimiento de sus obligaciones a través del análisis de la conducta, los resultados y los recursos⁷. Se analiza no sólo las violaciones sistemáticas y fallas estructurales sino también las medidas adoptadas. A través de esta estrategia se logra evaluar que tanto esfuerzo se ha hecho por parte del Estado para garantizar los principios y valores constitucionales, determinando al mismo tiempo, si tal violación se debe a una falta de voluntad política (*porque no quiere*), a disfunciones estructurales (*porque no puede*) o a influencia de terceros (*porque está presionado o influenciado*). A diferencia de las actuaciones en el litigio privado, la actitud del juez ahora no es pasiva, sino activa en los Litigios de Reforma Estructural. No se trata de un juez pasivo propio de resolución de conflictos, “[este] juez [ahora] es la figura principal en la organización y guía del caso, y se apoya no sólo en las partes y sus abogados, sino también en un amplio abanico de figuras extrañas al caso –*special master*, expertos y demás personal de supervisión” (Basch, 2010, p. 5). También existen diferencias muy marcadas entre el Litigio de Reforma Estructural y el Litigio tradicional privado por ejemplo, en el Litigio de Reforma Estructural “[l]a relación adversarial tradicional está cubierta y combinada con procesos de negociación y mediación en todos los estadios” (Basch, 2010, p. 5). Sin embargo, “[l]o que resulta necesario es que el tribunal disponga ciertas medidas para que las condiciones sociales o institucionales existentes dejen de existir y sean sustituidas por otras acordes a los estándares internacionales; cambiar la situación de hecho” (Basch, 2010, p. 7). El Litigio de Reforma Estructural también es más integrado que el litigio privado ya que “...crea las condiciones para que el dialogo interorgánico sea un proceso cooperativo y continuado en el tiempo, que empieza antes de la toma de decisiones por parte de las autoridades representativa (por ejemplo, a través de audiencias públicas), sigue durante el proceso de ejecución (a través de mecanismos de monitoreo) y puede continuar después de llevado a cabo el plan de gobierno (a través de sanciones y remedios singulares)” (Linares, 2008, p. 512). Es por ello que sin lugar a dudas los Litigios de Reforma Estructural han tenido un impacto muy inmenso desde sus inicios⁸ especialmente a través de casos como el de *Brown vs Education*⁹, puesto que en

⁶ Para Rodríguez Garavito & Rodríguez (2010, p. 16) “Se trata de casos caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa, 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto)” (p. 10).

⁷ Parr. 7, ONU (1997) Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁸ Estas críticas se originaron luego del caso Brown ya que suscitó un debate de políticos y académicos como Abram Chayes (1976) y Owen Fiss.

⁹ Este caso es muy importante en Estados Unidos. Aquí la Suprema Corte declaró inconstitucional un conjunto de leyes estatales que establecían que los afroamericanos y blancos fueran a escuelas públicas separadas. La Corte

casos como éste “...los jueces no sólo invalidaron normas, no sólo se alzaron como legisladores negativos, sino que ordenaron a las autoridades públicas administrativas a fijar planes, sentar prioridades, reformar estructuras administrativas del Estado, reacomodar el personal, y crear partidas presupuestarias suplementarias” (Linares, 2008, p. 25).

5.- CRITICAS A LOS LITIGIOS DE REFORMA ESTRUCTURAL:

Los Litigios de Reforma Estructural han sido objeto de diversas críticas de diferentes sectores y es importante recordar el debate. Las discusiones que se han desarrollado se han estructurado en torno al nuevo rol del Poder judicial el cual ahora se percibe interviniendo en procesos y asuntos que tradicionalmente eran competencia del Ejecutivo. Este tipo de críticas ha creado discusiones de todo tipo. Particularmente, se ha analizado si dicho rol es constitucional y las implicaciones que este tiene sobre la democracia y el principio de la separación de poderes, cuestionándose al mismo tiempo la falta de capacidad institucional de las Cortes sobre el diseño, la implementación y el monitoreo de las Políticas Públicas y la economía.

6.- LA FALTA DE CAPACIDAD INSTITUCIONAL:

Para que un Litigio de Reforma Estructural genere un gran impacto se necesita que las Cortes Constitucionales estén ciertamente preparadas para desarrollarlos. El tiempo, los recursos, la coordinación interinstitucional y el conocimiento de los jueces son factores importantes en el éxito del Litigio de Reforma Estructural y no se puede negar que en un litigio generalmente “...el juez carece de la información y el conocimiento necesarios para saber con seguridad que solución es adecuada” (Basch, 2010, p. 8). Debido a su incapacidad técnica, por ejemplo para manejar temas presupuestarios, y debido a su falta de conocimientos sobre políticas públicas y sobre cómo operan las instituciones del poder ejecutivo, es por ello que los jueces constitucionales han sido objeto de este tipo de críticas. Sin embargo, este no ha sido un impedimento ya que la creatividad y las diferentes innovaciones que se han generado dentro del Litigio de Reforma Estructural han solucionado ese impedimento. Por ejemplo, de acuerdo a (Rodríguez Garavito & Kauffman, 2014) “[e]l tribunal ayuda a superar ese obstáculo nombrando a terceros, como periodistas, abogados, profesionales de la salud mental, burócratas y otras personas que cuentan con acceso a la información. Además los tribunales nombran comités de expertos con el fin de que los ayuden a comprender mejor los problemas de la implementación ...para que ayuden a determinar cómo estructurar sus órdenes y, para que faciliten y vigilen la implementación por parte del Estado” (p. 47). De la misma manera, las ONGs¹⁰ pueden actuar en la supervisión de las sentencias como expertos y se puede también utilizar la figura de los *amici curiae* o abogados coadyuvantes¹¹

exhortó a las autoridades a dictar medidas administrativas tendientes a completar la desegregación y determinó que los tribunales federales debían controlar todo el proceso (Linares, 2008, p. 24).

¹⁰ Organizaciones no gubernamentales.

¹¹ Las Cortes Constitucionales normalmente nombran abogados para que les ayuden a aclarar aspectos que no fueron cubiertos por las partes.

quienes con su conocimiento fortalecen aún más la capacidad institucional de las Cortes. De esta manera no se hace necesario que el juez tenga cierto conocimiento técnico en el área al momento de dictar las órdenes, lo determinante es que su rol de guía estratégico y facilitador de partes sea llevado a cabo con la mayor eficacia.

7.- LA SEPARACIÓN DE PODERES:

Algunos argumentan que la implementación de los Remedios Estructurales viola el principio de separación de poderes¹². Las críticas en este sentido se basan en argumentar que los jueces no tienen ninguna legitimidad de meterse en los asuntos del Estado, es decir, la facultad de operar el sistema de salud o de educación es tarea propia del Ejecutivo quien tiene las competencias técnicas y toda la experticia contando además con el personal idóneo para ejercer sus funciones de manera efectiva. Se argumenta de alguna manera que el Ejecutivo es el que sabe cómo utilizar de manera eficiente el presupuesto para evitar caer en recesiones¹³. Por lo tanto, la intervención judicial a través de los Litigios de Reforma Estructural podría generar distorsiones a los sistemas de provisión de los bienes públicos y esto se fundamenta en el argumento de que los jueces al decidir casos colectivos de derechos prestacionales generan un excesivo gasto público. Al obligar a los Estados a cumplir con las obligaciones positivas establecidas constitucionalmente, los jueces estarían metiéndose en el campo y en las funciones del ejecutivo. Críticas de esta clase han emergido en diferentes países como en Colombia, por ejemplo, donde luego de Sentencias como la de Upac¹⁴ la Corte Constitucional Colombiana fue acusada de ordenar cuestiones técnicas y específicas o en Argentina¹⁵ donde "...la Cámara estimo que la sentencia inferior interfería injustificadamente en el diseño de la política de salud y la política sanitaria provincial y que tales "aspectos (eran) materia de conocimiento técnico y científico ajenos a la idoneidad del poder judicial" (Bergallo, 2005, p. 18). Sin embargo, esta interferencia del juez en temas de diseño de Políticas Públicas se podría justificar en primer lugar si se tiene en cuenta la falta de accionar por parte del Estado ante continuas violaciones sistemáticas. De esta manera y como sugiere Rodrigo Uprimny "...no es que el juez constitucional invada las competencias del legislador, sino que hay vacíos de legislación y actuación estatal que tienen efectos negativos sobre los derechos constitucionales" (Cervantes Alcayde, Emanuelli, Gomez Trejo, & Sandoval Teran, 2014, p. 81).

¹² "La crítica ha sido complementada con un argumento de rendición de cuentas (*accountability*): dado que la gestión de los jueces no está sometida al control ciudadano mediante nuevas elecciones que premien o castiguen con el voto su desempeño, los jueces activistas estarían asumiendo un poder considerable sin tener que rendir cuentas sobre cómo lo ejercen (Rodríguez Garavito & Rodríguez, 2010, p. 19)

¹³ Ver (Quinche-Ramírez & Rivera-Rugeles, 2010, p. 16)

¹⁴ De acuerdo a Rodrigo Uprimny el Caso "UPAC" trata sobre la serie de decisiones que la Corte Constitucional de Colombia emitió respecto del sistema de financiamiento para la compra de vivienda, llamado Unidad de Poder Adquisitivo Constante. En 1997, en el contexto de una recesión y en medio de cambios en la forma de calcular créditos por la autoridad monetaria, las deudas se incrementaron astronómicamente para los hipotecarios. Los deudores demandaron las normas y en 1999 la Corte profirió tres sentencias (C-383/99, C-747/99 y C-700/99) las cuales tuvieron un impacto grande en las políticas macroeconómicas, el sistema y la financiación de vivienda (Cervantes Alcayde et al., 2014, p. 83)

¹⁵ Caso Martínez, Celmira y otros v. Chubut, Cam.Apels.NOEChubut, Sala B, 18/11/2002, JA 2003-III-510.

A estos vacíos de legislación y de actuación hay que agregarle también la reproducción de una cultura de caridad y subsidiaridad que se ha desarrollado dentro de las instituciones públicas. Las entidades de gobierno tienden a interpretar los derechos sociales no en relación a obligaciones legales sino como derechos discrecionales. Por lo tanto, la justicia constitucional se justifica también si se pretende que el Ejecutivo cumpla a totalidad con los compromisos adquiridos no solo a nivel nacional sino también internacional. Finalmente, la intervención del juez constitucional podría ser justificada debido a una existente carencia de organismos externos de control. Esto quiere decir que hace falta fortalecer las instituciones públicas de control de los Estados con el objetivo de realizar una supervisión estricta y constante de las obligaciones de conducta y recursos del Ejecutivo. De esta manera la actuación de los jueces se constituye también en un “...sistema de frenos y contrapesos que permite que un órgano verifique el funcionamiento de los otros (sin perder la especialidad sobre la función que tradicionalmente le corresponden ejercer)” (Quinche-Ramírez & Rivera-Rugeles, 2010, p. 17).

Hoy en día en casos de crisis económicas, austeridad o en casos de una grave emergencia social ni siquiera los gobiernos estarían legitimados totalmente para decidir sobre las medidas razonables a tomarse ya que esto debería decidirse en procesos democráticos. El rol del Ejecutivo en estos casos de crisis precisamente es la de demostrar que ha estudiado todas las opciones posibles, que justifica las medidas a adoptarse, sin embargo, que al mismo tiempo ha puesto toda esta información disponible para la sociedad para que ellos al final sean los que tienen la última palabra. De esta manera la intervención judicial a través de procesos dialógicos permite llegar a una solución que ayuda a mantener un equilibrio de poderes.

8.- EL IMPACTO EN LA DEMOCRACIA:

El problema central aquí sería el impacto de los Litigios de Reforma Estructural en la participación democrática. Esta se desplazaría, creando así una judicialización de casos lo cual afectaría la movilización social ya que todo se resolvería en las Cortes y tribunales. Sin embargo, contrario a lo que se piensa muchas veces lo que terminan haciendo los Litigios de Reforma Estructural es promover y fortalecer la democracia. Por ejemplo, una persona no podría hacer uso de su derecho a la participación sin antes contar con ciertos mínimos de derechos sociales, es decir sin antes haber comido algo, o sin antes estar seguro que no tiene ningún problema de salud. “...así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía a la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede existir una verdadera deliberación democrática si no existe una cierta igualdad social y no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades” (Cervantes Alcayde et al., 2014, p. 92)

De esta manera, en el mundo contemporáneo el nuevo rol del juez constitucional consiste en activar procesos de democracia frente a omisiones por parte de las instituciones del Estado. El juez

promueve la movilización ciudadana y democrática con el objetivo de generar un equilibrio de poderes cuando las mayorías amenazan con imponer sus propias ideologías e intereses. Por lo tanto, la intervención judicial se justifica ya que debe existir también un órgano estatal que ponga límites a las mayorías políticas lo cual contribuirá a crear una democracia más igualitaria y más representativa “...y es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, puesto que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social” (Cervantes Alcayde et al., 2014, p. 93). A ello se suma “...la inexistencia de mecanismos democráticos de acceso a la administración o el bloque de las vías de reclamo de grupos desaventajados en el juego político de llegada a la misma” (Bergallo, 2005, p. 24). De lo que se trata aquí entonces es interpretar la intervención judicial por parte del poder judicial como un proceso de colaboración para fortalecer las democracias y generar un equilibrio social.

Algunos autores finalmente también han sugerido que “...los defensores del activismo dialógico abogan por fallos judiciales que intervengan para declarar la violación de derechos, pero les dejen a los poderes democráticamente elegidos la responsabilidad de decidir cómo corregir la situación” (Dixon 2007, Gargarella 2007 citado por (Rodríguez Garavito & Rodríguez, 2010, p. 57). Por lo tanto, el activismo dialógico lo que busca a través de los Litigios de Reforma Estructural es constituirse en un nuevo tipo de intervención judicial que promueva la deliberación democrática, al mismo tiempo que protege los derechos sociales generando así un proceso de colaboración entre los poderes dentro de un contexto de diálogo democrático.

De esta manera se evidencia que los obstáculos de la capacidad institucional, la separación de poderes y el impacto en la democracia que se debatían anteriormente ya realmente no representan un impedimento esencial para que las Cortes Constitucionales dicten Remedios Estructurales efectivos. El debate que se ha generado ahora es distinto y consiste en determinar cuál debería ser la mejor estrategia a utilizar por los jueces en la formulación de remedios, es decir, cuál debería ser el nivel de intensidad de los remedios dictados. Para poder apreciar este debate primero habría que explorar más a fondo los tipos de Remedios Estructurales.

9.- LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES:

El corazón de los Litigios de Reforma estructural son los Remedios Estructurales y su importancia ha sido resaltado por varios analistas. Por ejemplo, en decisiones de Cortes como las de Sudáfrica los jueces han reconocido que los Remedios Estructurales son “...*particularmente ajustados a una sociedad comprometida a los valores de la rendición de cuenta, la responsabilidad y la honestidad*” (Hirsch, 2007, p. 30)

Este tipo de remedios no se limitan únicamente a declarar una violación de derechos o la invalidez de una ley, ni tampoco se dedican únicamente a reconocer una compensación a la parte afectada, sino también involucran una gama compleja y extensa de órdenes que demandan del juez

constitucional conocimientos multidisciplinarios y muchas veces incluso técnicos. Podríamos intentar hacer un intento de dividir los Remedios Estructurales en dos clases. Por un lado encontramos autores que tienden a clasificar los remedios según su intensidad y aquellos autores que dividen los remedios de acuerdo al impacto en la legitimidad democrática.

Entre los primeros encontramos a Abramovich (2009) quienes describen a los remedios adoptados por las Cortes en Litigios de Reforma Estructural de acuerdo a una escala de intensidad. Estos Remedios Estructurales también podrían combinarse entre sí al momento de la formulación. El autor habla de cuatro tipos de órdenes que podrían estar presentes en un Litigio de Reforma Estructural:

10.- LOS REMEDIOS DECLARATIVOS:

A través de este tipo de órdenes el juez declara la invalidez de una norma o de una política expresada en una norma y ahí se queda no dispone una acción para el poder político. El autor argumenta que casi todas las acciones de inconstitucionalidad tienen esta lógica.

11.- LOS REMEDIOS CONCRETOS:

Las órdenes concretas son los más comunes. Aquí las Cortes solicitan al Estado que cumpla con sus obligaciones positivas para el caso concreto. El poder Judicial le dice al poder político que cumpla con sus obligaciones positivas de una manera concreta y garantice el derecho, por ejemplo que brinde una pensión, garantice una prestación o transferencia monetaria, permita el acceso a un tratamiento médico, autorice el medicamento, inscriba a una persona en un programa social. Este tipo de órdenes es muy común en los tribunales tanto en los casos de implementación de políticas públicas como también en los casos de extensión de programas o servicios. Es importante mencionar que una cadena de casos puede tener un efecto presupuestario importante y en la reformulación de la política.

12.- LOS REMEDIOS GENERALES CON REENVÍO:

Aquí se dan el primer tipo de combinaciones. Los jueces por un lado declaran la invalidez de cierta política, fijan un contenido mínimo, ciertos lineamientos básicos que va a tener que seguir el poder político al formular la política pero no avanzan a definir una orden concreta de lo que debe hacerse sino que le devuelven el asunto al gobierno para que le definan una política o un plan de acción. El juez le ordena al gobierno que defina el plan en un plazo determinado y se lo reenvíe a la Corte para determinar si el nuevo plan se ajusta a los lineamientos y estándares establecidos por la Corte.

13.- LOS REMEDIOS COMPLEJOS:

En este tipo de Remedios Estructurales el Poder Judicial lo que hace es combinar una serie de remedios: a veces algunos declarativos, otros tienen que ver con órdenes generales, otros con órdenes concretas e inclusive órdenes complejas, además de pedirle al gobierno que defina la política le pide también el crear espacios de discusión sobre ciertas políticas involucrando a ciertos actores para que definan y discutan esta política. Este tipo de Remedios pueden incluir una combinación de declaraciones, órdenes concretas, pedidos de formulación de ciertos planes, remedios procedimentales (como la producción de información y la realización de estudios) y el armado de espacios de concertación o mesas de discusión entre actores con representación igualitaria de colectivos y actores.

14.- LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES SEGÚN SU IMPACTO EN LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA:

Otro tipo de clasificación la presenta Rodríguez Garavito (2010) para quien también los Remedios Estructurales son “...órdenes de ejecución mediante el cual los tribunales instruyen a varias agencias del gobierno con el objetivo de realizar acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos en el caso” (p. 1671). Contrario a Abramovich, el autor analiza los Remedios Estructurales presentando el debate sobre los *monológicos* que imponen políticas públicas detalladas a grupos muy resistentes al cambio sin ninguna consulta o debate público y los *dialógicos* que promueven la deliberación democrática. La característica de las órdenes monológicas es la precisión y la imposición, aquí el juez impone órdenes precisas orientadas a la consecución de resultados, mientras que los Remedios dialógicos establecen órdenes con objetivos y procedimientos generales y lo que hace el juez constitucional es negociar con las agencias del gobierno para que diseñen e implementen políticas. Tal vez, debido a las críticas que se han construido acerca de los Litigios de Reforma Estructural y su impacto en la legitimidad democrática esto ha fomentado que los Remedios dialógicos estén teniendo más aceptación. Para el autor los Remedios dialógicos definen metas amplias con sus respectivas rutas de implementación de una manera muy clara a través del establecimiento de plazos y la entrega de informes de progreso, lo crucial es que el juez constitucional le deja las decisiones sustantivos y resultados detallados a las agencias del gobierno fomentando al mismo tiempo “...los mecanismos participativos de seguimiento a través de audiencias públicas invitando a los organismos de la sociedad civil y del gobierno a presentar información relevante y a participar en la Corte lo cual profundiza la deliberación democrática y mejora el impacto de las intervenciones judiciales” (p. 1676). De lo que se trata aquí es de fomentar un debate de alternativas de política entre diferentes actores para resolver un problema estructural. Existe una gran diferencia con los procesos monológicos y es que en los procesos dialógicos los detalles de las órdenes surgen durante la etapa de supervisión y seguimiento. Es importante resaltar que “...si un juicio dado de Derechos socio-económicos es más o menos dialógico depende de la decisión de las Cortes con respecto a tres componentes en la sentencia: contenido sustantivo, remedios y mecanismos de supervisión (Rodríguez Garavito, 2010, p. 1691). El autor también señala que “...las decisiones más dialógicas en casos estructurales implican una clara afirmación de la justiciabilidad del derecho en cuestión

(derechos fuertes); dejar las decisiones de política a los poderes electos del poder al mismo tiempo que se sienta una hoja de ruta clara para medir el progreso (remedios moderados); y supervisar activamente la aplicación de las ordenes de la Cortes a través de mecanismos de participación como las audiencias públicas, informes de progreso, y dar seguimiento a las decisiones (vigilancia fuerte)” (Rodríguez Garavito, 2010, p. 1692). Estos remedios pueden estar insertados en cualquier nivel del ciclo de las políticas públicas incluyendo la identificación, formulación, implementación, monitoreo y evaluación. La obligación que tienen las Cortes como guardianes es la de asegurarse que a través de los remedios dialógicos se garantizan los derechos, al mismo tiempo, que contribuyen a asegurar y profundizar la deliberación democrática.

15.- UN MODELO PARA PENSAR Y ANALIZAR LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES:

Teniendo en cuenta la anterior clasificación se podría intentar crear un *heuristic device* el cual nos permita evaluar los Remedios Estructurales dictados por las Cortes. Sin embargo, aquí sería muy importante integrar no sólo diversos procesos de política pública, sino también, los principales actores y roles que de alguna manera se relacionan con estos procesos. Para la integración de procesos es importante anotar que tradicionalmente la política pública vincula procesos como el diseño, la formulación, la implementación, el monitoreo y la evaluación. Sin embargo, esta clasificación tradicional todavía resulta muy general y muy incompleta para analizar las diferentes estrategias de formulación de Remedios Estructurales y su impacto. Es por ello que aquí sería necesario incluir procesos como la Coordinación, la Supervisión, la Revisión y otros subprocesos de la implementación como la *selección y solicitud, producción, distribución y entrega* incluyendo también espacios como las áreas de gestión la cual permite un diálogo entre actores políticos, administrativos y privados en torno al diseño e implementación de una política pública y también evita los grandes monopolios del servicio público por parte de los privados. De la misma manera, en términos de roles los procesos de privatización del servicio público han creado nuevos actores los cuales interactúan dentro de espacios recursivos de procesos de mercado. Entre ellos vale la pena mencionar *el administrador, el operador, el gestor y el prestador*. Finalmente, es importante mencionar que las obligaciones inmediatas y progresivas de adoptar medidas reconocidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requieren también remedios inmediatos y progresivos si se quiere cumplir con los estándares a nivel internacional. Teniendo en cuenta estos aspectos un posible marco para el análisis de los Remedios Estructurales sería de la siguiente forma:



N	<u>Coordinar</u>	
T	Supervisar	
E	Remedios Moderados (complejos)-Supervisión Fuerte Remedios Generales con reenvío-Supervisión débil	
N	Audiencia Reenvío	
S	Reportes	
I	Eliminar Ley o Política	
D	Abstenerse de Aplicar Ley o Política	
A	Comunicar	
D	<u>Revisar</u>	
A	Preservar Política	
D	Modificar requisitos	
D	<u>Diseñar</u>	
	Audiencia	
	Formular Plan	
	Implementar	
	Operador	
	Administrador	
	Áreas de Gestión	
	Remedios Concretos	
	Remedios Inmediatos	
	Gestor	
	Solicitud	
	Selección	
	Prestador	
	Productor	
	Distribución	
	Entrega	
	Procedimentales	
	Garantizar mínimos	
	Remedios Declarativos	

16.- EVALUACIÓN DE CASOS SOBRE REMEDIOS ESTRUCTURALES:

El caso Grootboom (Sudáfrica)

Este caso muy conocido en el campo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se trata de la omisión del gobierno sudafricano de brindar viviendas adecuadas conforme a lo estipulado en los artículos 26 (derecho a una vivienda adecuada) y 28 (derecho del niño a una vivienda) de la Constitución de Sudáfrica. El caso implica a una comunidad de ocupantes ilegales, previamente desalojadas, que habían construido viviendas de plástico y otros materiales en un centro de deportes. Debido a que necesitaban servicios básicos procedieron a entablar una acción legal ante el Alto Tribunal quien no sólo declaró que existía una violación del artículo 28 sino también que el Estado debía proporcionarles alojamiento básico. Tras el recurso de apelación la Corte Constitucional Sudafricana declaró una violación ya no del artículo 28 sino del artículo 26 y sostuvo que el Estado tenía la obligación constitucional de formular programas de vivienda adecuada, y por lo tanto, concluyó que el gobierno al no proteger el derecho a quienes tenían una urgencia y alta vulnerabilidad había omitido adoptar medidas razonables para la garantía del derecho a la vivienda adecuada. Se trató de un remedio general con reenvío en un caso para un tribunal que estimó que era responsabilidad de los poderes legislativos y ejecutivos el establecer los detalles del programa en materia de vivienda. La Corte declaró que el derecho a la vivienda adecuada era progresivo y no podía garantizarse de manera inmediata para todos. Sin embargo, el tribunal no estableció un período de tiempo preciso en el cual se debería de implementar tales remedios y esto desafortunadamente tuvo como consecuencia de que se prolongó la violación del derecho. En términos de supervisión mientras que la Comisión de derechos humanos sudafricana estuvo de acuerdo en monitorear el cumplimiento del Estado con las órdenes, sin embargo, sus reportes fueron incompletos (Hirsch, 2007, p. 33).

People's Union for Civil Liberties vs Food Corporation of India

En este histórico caso de la *Unión Popular para las Libertades Civiles (PUCL) v. La Unión de la India y otros* se denunciaba la omisión de las autoridades de satisfacer un mínimo vital de subsistencia. El problema era que aproximadamente 73% de los pueblos del Estado de Rajasthan estaban afectados por la sequía y el 50% de los niños estaban malnutridos. La *Food Corporation* del Gobierno indio tenía un exceso de 40 millones más de la requerida para las reservas de emergencia en casos de hambruna, sin embargo, debido a no ser utilizado para el consumo estos alimentos se estaban dañando mientras que una gran importante parte de la población sufría de hambre. El Tribunal ordenó que se utilizaran las reservas de manera inmediata, se identificaran las personas que vivían por debajo de la línea de la pobreza y dictó más de 20 órdenes provisionales para garantizar el derecho a la alimentación. El caso tuvo un impacto muy alto en asegurar los derechos sociales de los más pobres y hoy en día engloba casi todos los planes nacionales de la India. Un gran número de académicos concuerdan en que "...entre los factores que garantizaron el éxito del caso se encuentran: La decisión del tribunal de conservar la jurisdicción y asumir un papel en la supervisión de la implementación por parte del Estado, 2) el papel de los comisionados del PUCL y 3) el papel de la Right to Food Campaign como supervisor en nombre del tribunal, y como defensor y activista en el nivel local, entre las bases sociales. El Tribunal nombró dos comisionados

para ocuparse de las quejas y los problemas relativos a los programas de alimentos, así como tareas de supervisión y de información con el fin de conseguir la implementación efectiva de las órdenes del tribunal. Los comisionados usan la información obtenida para trabajar con los diferentes niveles de la administración pública con el fin de solucionar los problemas de implementación y trabajan directamente con el gobierno para negociar cambios en leyes, políticas y programas. Al mismo tiempo, recogen datos de la implementación de los remedios estructurales, publican un informe nacional y fomentan el cumplimiento de las órdenes mediante sus relaciones diplomáticas con los gobiernos estatales y centrales (Rodríguez Garavito, 2010, pp 34-36).

El Caso de los desplazados en Colombia

Colombia es uno de los países con más niveles de desplazados en el mundo. Ante la falta de políticas por parte del gobierno la Corte Constitucional Colombiana tomó una decisión revolucionaria y declaró un estado de cosas inconstitucional ordenándoles a las autoridades públicas que desarrollaran e implementaran un programa de acción con la participación de las personas desplazadas en todas las políticas y estrategias que le concernieran. Aquí la Corte Constitucional mantuvo la jurisdicción para supervisar la ejecución de la implementación de las órdenes y lo hizo a través de dos vías: las audiencias públicas en las que requirió informes de instituciones estatales relevantes y de organizaciones de la sociedad civil y los autos que son órdenes de seguimiento que la Corte aprueba y en las que requiere información. Entre 2004 y 2009, la corte aprobó 84 autos relativos al caso. La Corte también adoptó más de 100 indicadores divididos en 20 grupos de principales falencias en la política estatal relativos a la Población desplazada, los indicadores se agruparon también según su estructura: de goce efectivo de los derechos, complementarios y sectoriales (Rodríguez Garavito 2010, Uprimny y Sanchez 2010: 305-306 citado por (Rodríguez Garavito & Kauffman, 2014, p. 38))

17.- LOS DESAFÍOS DE LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES:

Los tres casos objeto de estudio en este trabajo tienen en común la formulación de Remedios dialógicos con mecanismos de supervisión que varían en intensidad. Las órdenes emitidas por la Corte Sudafricana por ejemplo fueron *Remedios generales con reenvío y supervisión débil* como resultado de esta estrategia el impacto que consiguió la sentencia fue muy mínimo al no garantizar el derecho a la vivienda de las comunidades. Este es un ejemplo de Cortes aún muy tímidas que sin embargo se encuentran reconociendo violaciones a los derechos sociales. Por otro lado las Cortes en Colombia y la India adoptaron *Remedios moderados con supervisión fuerte* y tuvieron un impacto alto en asegurar la protección de los derechos sociales. En estos dos casos, las Cortes no sólo retuvieron el control de la supervisión, sino también por ejemplo en el caso de la India se nombraron Comisionados con el objetivo de llevar a cabo el monitoreo, al mismo tiempo que estos actores actuaban como intermediarios ante el Gobierno y la sociedad civil.

18.- LA FALTA DE ÓRDENES PRECISAS TAMBIÉN JUSTIFICA UNA SUPERVISIÓN MÁS FUERTE:

Uno de los problemas con los *Remedios generales con reenvío* es que los gobiernos muchas veces no tienen claro exactamente qué es lo que tienen que hacer con el objetivo de satisfacer sus obligaciones constitucionales. Debido precisamente a que las sentencias como *Grootboom* no contienen una guía específica o plazos para el gobierno, por esta razón, el gobierno tiene muy poco incentivo para actuar rápido o adoptar incluso alguna medida con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las órdenes. (Hirsch, 2007, p. 44). Incluso cuando el reenvío va atado a plazos de cumplimiento de las órdenes judiciales, persiste el riesgo que ellas sean injustificadamente dilatadas o sencillamente interpretadas en términos restrictivos. En Colombia, la orden de unificación de los dos planes de salud existentes es un ejemplo de ello. Debido a la amplitud de esta orden, algunos funcionarios del gobierno encargados de acatarla propusieron una fórmula que eludía el fin de la orden. (Quinche-Ramírez & Rivera-Rugeles, 2010, p. 19). "...la falta de una mínima precisión puede dificultar el proceso de seguimiento de las órdenes impartidas, ya que puede dar lugar a que en los informes periódicos que se remitan se exponga la información imprecisa, impertinente o somera sobre los aspectos decisivos para monitorear el estado de cumplimiento de las órdenes" (Quinche-Ramírez & Rivera-Rugeles, 2010, p. 19). Esto quiere decir que si no se especifica que es lo que se quiere exactamente los Estados lo interpretaran a su manera.

Por otro lado, unas órdenes muy precisas también pueden generar varios desafíos para las Cortes por ejemplo, si el impacto de las órdenes resulta negativo y no se consigue asegurar la protección de los derechos sociales la Corte también corre el riesgo de ser responsabilizada por haber ordenado al gobierno órdenes tan detalladas. El gobierno estaría culpabilizando a las Cortes directamente por los resultados obtenidos ya que no se consiguieron los objetivos a través de sus remedios.

19.- LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA. LOS REMEDIOS DIALÓGICOS CON SUPERVISIÓN FUERTE:

A pesar de haber generado ciertos cambios estructurales, el impacto de la jurisprudencia de los derechos sociales aún es muy débil en algunos países, y como resultado de ello, se está reproduciendo lo que se podría definir como una "*Justicia Constitucional minimalista*". El camino entonces que tienen las Cortes para superar ese estado es a través del fortalecimiento del diseño, la implementación y la supervisión de estrategias de Remedios Estructurales desarrollados dentro de los Litigios de Reforma Estructural. Los *Remedios dialógicos con supervisión fuerte* se constituyen en una base sólida para solucionar el problema del impacto ya que precisamente no sólo aseguran a través de un constante diálogo que el gobierno trate de eludir las órdenes sino también promueve la legitimidad democrática a través de la participación de todos los actores durante el litigio especialmente de los grupos sociales más desventajados.

Es urgente que las Cortes al formular estos remedios le den prioridad a la evaluación de la supervisión de las acciones y del impacto de las sentencias creando e implementando nuevos estándares. Para ello, las Cortes deben ser más creativas. Existe en la actualidad una crisis de los Estados de bienestar lo cual demanda soluciones realmente urgentes, por lo tanto se debe innovar más tanto en jurisprudencia como en mecanismos procesales de supervisión. El foco de las Cortes debería estar también más orientado no sólo en la revisión de las políticas públicas sino también en una revisión más directa de los problemas estructurales.

En muchos países los procesos de desarrollo de la política pública todavía están muy lejos de ser alcanzados. Esto se da en mayor parte debido a la fragmentación de sus instituciones desarrolladas en un contexto de procesos de mercado integrados a la política pública. Esto tiene como consecuencia que a pesar de existir algunos procesos de intervención judicial que ayudan a contribuir a garantizar el bienestar de las personas, los Estados terminan concentrándose solo en conseguir sus objetivos de eficiencia y reducción de costos. Los Estados de alguna manera ya conocen de las diversas reacciones que se originarán como resultado de la formulación de sus políticas, en práctica están inconscientemente preparados tanto para las reacciones de tipo social como de tipo judicial y utilizan estas reacciones a su ventaja como una oportunidad. De hecho, ambas reacciones lo que terminan es ahorrándole costos y mejorando la eficiencia. Este cambio en contexto y en el terreno de juego ha originado nuevos retos para las Cortes los cuales deben superarse si se aspira a formular estrategia de remedios eficaces que tenga un mayor impacto.

Los casos estudiados también revelan que se han superado los obstáculos de la falta de capacidad institucional por parte de las Cortes. Se pudo apreciar como un conglomerado de diversos actores participaron para apoyar a las Cortes en términos de recursos, coordinación interinstitucional y conocimiento. La intervención judicial en forma de activismo se justifica de igual manera en la medida en que realmente existían vacíos de legislación y actuación de los gobiernos para contrarrestar las violaciones sistemáticas y una falta de mecanismos de control externo, por lo tanto esta actuación se constituye en un sistema de frenos y contrapesos. En los países que fueron objeto de estudio, sigue también existiendo una cultura de discrecionalidad y caridad en los gobiernos por lo tanto era crucial que el poder judicial actuara para reconocer los derechos demandando obligaciones legales de conducta y resultado. Finalmente, el impacto en la democracia también fue positivo gracias a la alta participación y representación de la sociedad civil a través de las audiencias públicas durante todas las etapas del Litigio de Reforma Estructural.

El diseño de una estrategia eficaz de formulación de remedios es muy importante para garantizar los derechos sociales y variará de acuerdo al caso en cuestión. Esto implica que los Remedios dialógicos pueden ser formulados de tipo general o moderado o incluso a través de una combinación de órdenes declarativas o concretas, generales o complejas y no cabe duda también de que las Cortes Constitucionales al momento de formular Remedios Estructurales tendrán que realizar un análisis de resistencia al cambio de todos los actores, esto claramente ayudará a determinar que intensidad de remedios se debería aplicar al caso específico. Sin embargo,

independientemente de la intensidad de los contenidos y la intensidad de los remedios, el éxito de las decisiones judiciales está relacionado íntimamente con el establecimiento de una supervisión fuerte y estricta por parte de las Cortes. Por lo tanto, se debe adoptar una intensidad de supervisión mucho más fuerte si es que se pretende conseguir un mayor impacto en la protección y garantía de los derechos sociales. Para esto se necesitará no sólo fortalecer un poco más las estrategias de supervisión sino también diseñar nuevos mecanismos que permitan una evaluación constante de las decisiones adoptadas.

20.- CONCLUSIÓN:

Los Litigios de Reforma Estructural han servido de instrumento para avanzar en la protección de los derechos sociales, sin embargo, un gran número de Cortes Constitucionales en el mundo aún enfrentan diversos retos en su implementación. El propósito de este documento fue el de revisar el debate acerca de cuáles son los retos que enfrentan las Cortes Constitucionales en asegurar un mayor impacto en la protección de los derechos sociales a través de los Remedios Estructurales.

A través de la metodología utilizada este documento ha realizado una contribución modesta al debate del impacto de los Remedios. Se ha ofrecido un *heuristic device* de Remedios Estructurales y se ha puesto en práctica a través de la evaluación de diversos casos de violaciones sistemáticas que incluyen Grootboom de Sudáfrica, PUCI de la India y el caso de los desplazados en Colombia. El argumento central derivado del análisis fue que independientemente de la intensidad de los contenidos y la intensidad de los remedios, las Cortes Constitucionales deben adoptar una intensidad de supervisión mucho más fuerte si es que se pretende conseguir un mayor impacto en la protección de los derechos sociales.

Todavía existen muy pocos estudios relacionados a los Remedios dialógicos. Por lo tanto, se necesita promover la investigación de los Remedios Estructurales y su impacto. Esto permitirá asegurar que se logren grandes avances en la protección y garantía de los derechos sociales.

El camino que queda aún es muy largo para lograr una plena garantía de los derechos sociales. Sin embargo, no se puede negar que la contribución que hacen los Remedios dialógicos a través de los Litigios de Reforma Estructural es realmente inmensa.

21.- BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2009). Audio – Victor Abramovich: Poder judicial y control de Políticas Sociales. Audio Part 6. [Audio] Recuperado el 5 de Julio de 2015, de <http://igualitaria.org/victor-abramovich-poder-judicial-y-control-de-politicas-sociales/>

- Basch, F. (2010). Breve introducción al litigio de reforma estructural . *Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural*.
- Bergallo, P. (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina.
- Cervantes Alcayde, M., Emanuelli, M. S., Gomez Trejo, O. & Sandoval Teran, A. (2014). *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*
- Hirsch, D. E. (2007). A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law. *Or. Rev. Int'l L.*, 9, 1. HeinOnline.
- Linares, S. (2008). El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista mexicana de sociología*, 70(3), 487–539. Instituto de Investigaciones Sociales.
- Quinche-Ramírez, M. F. & Rivera-Rugeles, J. C. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumentos de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, (121), 113–137.
- Rodríguez Garavito, C. (2010). Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Tex. L. Rev.*, 89, 1669. HeinOnline.
- Rodríguez Garavito, C. & Kauffman, C. (2014). Guía para implementar decisiones sobre derecho sociales Estrategias para jueces, funcionarios y activista. Recuperado el 6 de Agosto de 2015 de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.642.pdf
- Rodríguez Garavito, C. & Rodríguez, D. (2010). Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. DeJusticia. Recuperado el 7 de Agosto de 2015 de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf