

Evaluando el impacto y promoviendo la implementación de las sentencias estructurales sobre DESC en Colombia

César Rodríguez Garavito

(Universidad de los Andes y Dejusticia)

Este texto es el marco teórico y metodológico de la investigación más amplia que estará contenida en el artículo final del proyecto sobre implementación de sentencias de la Red-DESC, NCHR y Dejusticia. El artículo comparará la implementación de dos sentencias estructurales de la Corte Constitucional colombiana: la T-025 de 2004, sobre los derechos de la población desplazada, y la T-760 de 2008, sobre el derecho a la salud.

El marco presentado en las siguientes páginas está fundado en los hallazgos del estudio de caso concluido, sobre la sentencia T-025 de 2004 y los seis años del proceso de seguimiento que la Corte ha impulsado, que incluyen 84 decisiones de seguimiento y 15 audiencias públicas (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2009)

Marco teórico: el debate sobre los tipos de efectos de los fallos

Con base en un trabajo más amplio (Rodríguez Garavito 2011), en este texto giramos el lente analítico hacia los estudios sociojurídicos internacionales, que han indagado el impacto de grandes fallos del activismo judicial en asuntos tan variados como la desigualdad de género en el mercado laboral (McCann 1994), la discriminación racial (Rosenberg 1991; Klarman 2007) y las condiciones de hacinamiento en las prisiones (Feeley y Rubin 1998). Desde diferentes perspectivas, estos estudios han teorizado y evaluado empíricamente los efectos de la “revolución de los derechos” (Epp 1998) provocada por la intervención creciente de los jueces en el manejo de problemas sociales estructurales.

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

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

El trabajo seminal de esta corriente es el de Gerald Rosenberg (1991), sobre los efectos del conocido fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Brown* de 1954, que inició una ola de intervenciones judiciales para desmontar la segregación racial en escuelas, establecimientos públicos y otros espacios. Contra la opinión dominante sobre *Brown* —según la cual el fallo revolucionó las relaciones raciales en ese país y contribuyó al surgimiento del movimiento de derechos civiles de la década de los sesenta—, el estudio empírico de Rosenberg concluyó que la sentencia había tenido escasos efectos, y que la fe en las cortes como motores de cambio social era una “esperanza vacía”. Según Rosenberg, las autoridades públicas de los estados del sur de Estados Unidos se resistieron a cumplir el fallo, de tal forma que fue la movilización política de los años sesenta, y la legislación antidiscriminación que resultó de ella (y no la sentencia), las que lograron la desegregación racial. El autor llega a la misma conclusión al estudiar el impacto del litigio para despenalizar el aborto en Estados Unidos a comienzos de los años setenta (en el caso *Roe v. Wade*) y, recientemente, en su análisis de los efectos de los casos y los fallos a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo (Rosenberg 2008).

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

El aporte fundamental a esta aproximación constructivista es el estudio de Michael McCann (1994) sobre los efectos de las estrategias jurídicas del movimiento feminista por la equidad salarial en Estados Unidos. Contra Rosenberg, McCann sostiene que los efectos indirectos del litigio y el activismo judicial son, a menudo, más importantes que los efectos directos en los que se concentran los neorrealistas. En este sentido, “aunque, con frecuencia, las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las disputas entre grupos sociales, tanto en el corto como en el largo plazo” (McCann 1994: 283). Y pueden tener profundos efectos simbólicos al modificar la percepción del problema y de las alternativas de solución que tienen distintos actores sociales (los funcionarios públicos, las víctimas de la violación de derechos de que se trate, la opinión pública, etc.). Todo esto implica que, incluso cuando los jueces fallan en contra de las pretensiones de quienes promueven un

cambio social, el proceso judicial puede generar efectos transformadores al darle visibilidad al problema en los medios de comunicación o crear lazos perdurables entre organizaciones activistas que pueden sobrevivir al fallo y derivar en acciones políticas colectivas a favor de la misma causa en escenarios distintos de las cortes (por ejemplo, el Congreso, las calles, o las instancias internacionales de derechos humanos).

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

Cuadro 1. Tipos y ejemplos de efectos de las decisiones judiciales

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

Fuente: Rodríguez Garavito (2011).

De un lado, como se muestra en el eje horizontal del cuadro, las sentencias pueden tener efectos directos o indirectos. Los directos consisten en las conductas ordenadas por el fallo y afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes. En el caso de la T-025, por ejemplo, algunos efectos directos han sido la formulación e implementación de nuevas normas y políticas públicas por parte de las autoridades a las que están dirigidas las órdenes del fallo, la inclusión de las ONG litigantes en las audiencias y el proceso de seguimiento, y la mejoría en la financiación y prestación de algunos servicios a los desplazados, que son los beneficiarios últimos de la decisión.

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

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

Los efectos simbólicos consisten en cambios en las ideas, las percepciones y los imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. En términos sociológicos, implican cambios culturales o ideológicos en relación con el problema del caso¹. Como se verá en el capítulo 3, entre los efectos de este tipo provocados por la T-025 están la transformación de la percepción pública del desplazamiento (que ahora tiende a ser visto como un problema de violación de derechos humanos, antes que una consecuencia del conflicto armado), así como la “juridización” del discurso de las organizaciones de desplazados a medida que se apropiaron de lenguaje de derechos utilizado por la Corte Constitucional.

Como se aprecia en el cuadro, el cruce de las dos clasificaciones da lugar a cuatro tipos de efectos: i) efectos instrumentales directos (por ejemplo, la expedición de una norma, el diseño de política o la ejecución de una obra pública ordenada por el juez); ii) efectos instrumentales indirectos (por ejemplo, la entrada al debate de nuevos actores sociales —ONG, financiadores, entidades públicas— atraídos por las oportunidades de incidencia abiertas por la sentencia); iii) efectos simbólicos directos (por ejemplo, la modificación de la percepción pública del problema, cuando pasa a ser concebido en el lenguaje de derechos humanos utilizado por las cortes); y iv) efectos simbólicos indirectos (por ejemplo, la legitimación de la visión del problema social propuesta por los litigantes, o la transformación de la opinión pública sobre la gravedad o urgencia del problema).

Nuestro estudio de caso de la sentencia T-025 tomó como punto de partida la crítica constructivista a la teoría neorrealista del derecho y la sociedad, y sus resultados ofrecen razones empíricas y metodológicas que la respaldan. Desde el punto de vista empírico, las entrevistas con los actores del caso, los documentos analizados y la observación del proceso de implementación del fallo muestran que, como lo sugiere McCann, los efectos indirectos y los efectos simbólicos tienen consecuencias jurídicas y sociales tan profundas como los efectos instrumentales directos. De hecho, como se explica en el capítulo 8, la situación de la población desplazada no ha cambiado sustancialmente desde 2004, y las autoridades han hecho a medias las tareas ordenadas por la Corte. En este sentido, un neorrealista como Rosenberg podría concluir que la esperanza que activistas y desplazados han puesto en la Corte ha sido vana.

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

La metodología del estudio de caso de la T-025

Desde un punto de vista metodológico, la epistemología positivista de los neorrealistas implica un énfasis casi exclusivo en técnicas de investigación cuantitativas que permitan medir los efectos instrumentales directos privilegiados

¹ Para los conceptos y la distinción entre cultura e ideología, véase Swidler (1986).

por esa visión. Ello es evidente en los estudios de impacto inspirados en el análisis económico del derecho, cuyas conclusiones tienden a ser tan estrechas y pesimistas como las de Rosenberg. Así ha ocurrido con los análisis económicos sobre el activismo judicial colombiano que, de hecho, han sido la fuente de algunas de las críticas más persistentes contra la Corte Constitucional.²

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

Ello explica la combinación de métodos utilizados en nuestro estudio de caso. Primero, el análisis está basado en 40 entrevistas semiestructuradas, de una duración promedio de una hora, con actores clave del caso. Segundo, el trabajo de campo incluyó observación participativa en diversos espacios de seguimiento de la sentencia, desde las audiencias públicas celebradas en la sede de la Corte Constitucional hasta comisiones de expertos conformadas para producir información técnica para la Corte, pasando por reuniones de la coalición de organizaciones de la sociedad civil que acompañan el caso. Tercero, el estudio implicó un análisis sistemático de la copiosa documentación producida por la Corte en el seguimiento del caso, así como los numerosos informes y publicaciones elaborados por las entidades públicas y por las organizaciones de la sociedad civil en respuesta a peticiones de información de la Corte a lo largo de los seis años de seguimiento de la sentencia. Cuarto, analizamos las cifras y los indicadores producidos por los diferentes actores del caso para medir la evolución de la situación de la población desplazada, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte en la T-025 y los autos posteriores. Finalmente, dado nuestro interés en examinar los efectos simbólicos e indirectos a la par con los instrumentales y directos, el estudio incluyó un conteo y un análisis de contenido sistemáticos de las notas de prensa sobre el desplazamiento publicadas en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2008, en los dos medios escritos de mayor difusión nacional (el diario *El Tiempo* y la revista *Semana*). El lapso de observación fue escogido para que el momento de expedición de la sentencia estuviese ubicado hacia la mitad del periodo, de tal forma que fuera posible comparar el volumen y el contenido del cubrimiento de prensa antes y después del fallo y, así, evaluar el posible impacto de éste sobre la forma como los medios y los formadores de opinión tratan el tema del desplazamiento.

Referencias

² Entre las críticas de los economistas a la Corte, véanse Carrasquilla (2009), Clavijo (2001) y Kalmanovitz (2001). Para un análisis del enfrentamiento entre economistas y constitucionalistas alrededor del activismo judicial en Colombia, véase Rodríguez Garavito (2009a).

Arcidiácono, Pilar, Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito, eds. 2009. *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá, Buenos Aires y Santiago: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, CELS y Universidad Diego Portales.

Bergallo, Paola .2005. "Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina," trabajo presentado en el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Rio de Janeiro, 2005. Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/sela2005.htm>

Berger, Jonathan. 2008. "Litigation for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education". En *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 38-99. Nueva York: Cambridge University Press.

Bourdieu, Pierre. 2000. "La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico". En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.

Brinks, Daniel y Varun Gauri (eds.). 2008a. *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing world*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 303-352. Nueva York: Cambridge University Press.

_____. 2008b. "A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World". En *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 303-352. Nueva York: Cambridge University Press.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). 2008. *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Clavijo, Sergio. 2001. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega.

Dixon, Rosalind. 2007. "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited". *International Journal of Constitutional Law* 5 3: 391-418.

Epp, Charles. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and the Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press.

Feeley, Malcolm y Edward Rubin. 1998. *Judicial Policymaking and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press.

Fredman, Sandra. 2008. *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.

García Villegas, Mauricio. 1993. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux, eds. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate.

Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.

Klarman, Michael. 2007. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Oxford: Oxford University Press.

Kalmanovitz, Salomón (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.

Langford, Malcom (ed.). 2008. *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Levinson, Daryl. 1999. "Rights Essentialism and Remedial Equilibration". En *Columbia Law Review* 99 4: 857-940.

Maurino, Gustavo, Ezequiel Nino y Martín Sigal. 2005. *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional y comparado*. Buenos Aires: LexisNexis.

McCann, Michael. 2007. "Dr. Strangelove: Or How I Learned to Stop Worrying and Love Methodology", en *Studies in Law, Politics, and Society*,
_____. 2006. "Law and Social Movements: Contemporary Perspectives", en *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2: 17-38.
_____. 1994. *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press.

Muralidhar, S. 2008. "India". En *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, editado por Malcom Langford, 102-124. Cambridge: Cambridge University Press, p. 102-124.

Rodríguez Garavito, César. 2011. *Un país inconstitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2009. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago Press.

Sabel, Charles y William Simon. 2004. "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds". En *Harvard Law Review* 117: 1016-1101.

Santos, Boaventura de Sousa y César Rodríguez Garavito, eds. 2007. *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita subalterna*. Barcelona: Anthropos.

Shankar, Shylashri y Pratap Bhanu Mehta. 2008. "Courts and Socioeconomic Rights in Brazil". En *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 146-182. Nueva York: Cambridge University Press.

Swidler, Ann. 1986. "Culture in Action: Symbols and Strategies" En *American Sociological Review*, Vol. 51, No. 2.