

INTRODUCCIÓN

Ran HIRSCHL declaró con indudable acierto que la prueba más evidente del avance de la judicialización de la política se encuentra en los diarios noticiosos¹. Ellos informan de manera cada vez más habitual la expedición de sentencias que abordan controversias de marcada índole política. De este modo, nos hemos acostumbrado a que asuntos que en otro tiempo eran resueltos únicamente por las autoridades representativas hayan pasado a ser decididos por los tribunales. El aborto, la eutanasia y los derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo —por mencionar solo algunos de los asuntos más representativos— son temas cuya última palabra suele ser pronunciada en los estrados judiciales. De igual forma, cuestiones cruciales para el devenir de las comunidades políticas —como la definición de los resultados de las contiendas electorales, la posibilidad de iniciar procesos de secesión dentro de los Estados y la viabilidad de las leyes de amnistía durante los procesos de transición democrática— han dejado de ser competencia exclusiva de las asambleas legislativas.

En razón de lo anterior, los tribunales se han convertido en un actor político fundamental. Pese a que sus fallos no se fundan —léase, *no deberían fundarse*— en razones de conveniencia, sino en la más rigurosa argumentación jurídica, provocan toda clase de efectos políticos en las sociedades. Este hecho no ha pasado inadvertido para los actores políticos tradicionales, quienes han asistido a la progresiva ampliación del margen de acción de los tribunales y a la correlativa mengua de sus competencias. De ahí que muestren un vivo interés en su conformación —especialmente en la del Tribunal Constitucional— pues son conscien-

¹ HIRSCHL, Ran, «The Judicialization of Politics», en WHITTINTON, Keith, KELEMEN, Daniel y CALDEIRA, Gregory (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 119.

tes de que de ello depende buena parte del éxito de los proyectos que emprenden desde las cámaras legislativas.

El segundo motivo por el que los tribunales son considerados piezas fundamentales del engranaje político estriba en su pretendida capacidad de transformación social. De acuerdo con una versión que ha hecho carrera en el mundo del derecho, las sentencias judiciales serían un poderoso instrumento para llevar a cabo profundas reformas en las sociedades². En las manos de los jueces estaría la posibilidad de fomentar la inclusión de minorías discriminadas, impulsar cambios en la opinión de los ciudadanos y obligar la introducción de ciertos temas en la agenda política de los países. La sentencia *Brown vs. Board of Education* —que habría desencadenado las conquistas obtenidas en Estados Unidos desde la década de los años sesenta por el movimiento de los derechos civiles— sería la prueba más fidedigna de este hercúleo poder. Debido a su honda repercusión social y política, el fallo habría dado lugar a un replanteamiento de la estrategia de acción de las organizaciones que promueven este tipo de causas. Al advertir que los tribunales ofrecerían un escenario mucho más propicio que los parlamentos para la ejecución de estas empresas, la mayoría de ellas habría reorientado sus esfuerzos hacia los estrados judiciales. De tal suerte, jueces y magistrados se habrían convertido como por ensalmo en protagonistas potenciales de estos procesos de transformación social.

Esta investigación versa sobre una de las manifestaciones más llamativas y, si se quiere, más extremas de la judicialización de la política: el amparo estructural de los derechos. En síntesis, las sentencias estructurales son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas. Los tribunales que hacen uso de ellas pretenden restablecer los derechos de nutridos grupos sociales cuyos intereses no han sido protegidos por las autoridades. Se trata, por lo general, de colectividades socialmente marginadas que no cuentan con una representación política adecuada y que enfrentan graves problemas sociales que no consiguen ingresar en la agenda política. Debido al elevado número de víctimas —que se cuentan

² Entre otros, McCANN, Michael, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994; SCHEINGOLD, Stuart, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, Lansing, The University of Michigan Press, 2011.

por millones en ciertos casos— y a la enorme complejidad del desafío que supone el resarcimiento efectivo de sus derechos, los tribunales recurren en estos procesos a un remedio judicial extraordinario: en vez de disponer la reparación de los derechos subjetivos infringidos, ordenan la puesta en marcha de políticas públicas de carácter general dirigidas a abolir las causas estructurales de la discriminación que aquellos padecen.

El origen pretoriano de estas órdenes lleva a un nuevo nivel —mucho más complejo, sin lugar a dudas— la discusión en torno a la legitimidad democrática de las actuaciones judiciales. Hasta la aparición del amparo estructural de los derechos, esta polémica se había planteado alrededor de decisiones judiciales de alto impacto que provocaban trastornos significativos, aunque momentáneos, en la dinámica de la política. Sentencias que, si bien introducían cambios drásticos en asuntos altamente polémicos para la sociedad, como la moral o los derechos de las minorías, no acarrearán una injerencia permanente de los tribunales en las competencias de las autoridades. Pues bien, a diferencia de estas decisiones, los fallos estructurales pretenden incidir de manera profunda y duradera en el desempeño de estas funciones: en lugar de corregir las deficiencias de la legislación, intentan moldear la acción pública del Estado; en vez de ordenar la cesación de actos discriminatorios, disponen la adopción de programas generales encaminados a asegurar eficazmente el derecho a la igualdad. En resumen, las sentencias estructurales no reclaman del Estado actos de abstención, sino la adopción del compromiso más enérgico para la realización de ambiciosas transformaciones sociales.

El elevado costo de estas decisiones, el inocultable desafío que plantean a la concepción clásica de la separación de poderes y la limitada formación técnica de los jueces en estos asuntos han suscitado las más vivas reacciones en su contra. En algunos ordenamientos estas objeciones han motivado la aprobación de reformas constitucionales encaminadas a restringir el alcance de tales intervenciones. En otras latitudes, donde la oposición a este modelo de actuación judicial no ha sido tan acentuada, sus detractores han optado por tratar de influir en la elección de los magistrados. En este último caso, han procurado allanar el camino de los tribunales a jueces formalistas que sean menos proclives a esta clase de incursiones.

La reacción de quienes han acogido con entusiasmo el surgimiento del amparo estructural de los derechos no ha sido menos enérgica. En periódicos y publicaciones académicas han elogiado la inclusión social

que estos fallos promueven. En los debates parlamentarios que han sometido a debate su conveniencia y su legitimidad, han encarecido los efectos democráticos que produce la representación material de los intereses de los grupos discriminados. De igual manera, han destacado la importancia de establecer el contenido de las políticas públicas con arreglo a los derechos de los ciudadanos, y no únicamente con base en criterios de conveniencia y oportunidad. Estas razones justificarían —sobradamente, a juicio de sus valedores— la activa participación de los tribunales en un ámbito que la tradición ha reservado con gran celo a las autoridades representativas.

Esta investigación no se adhiere a ninguna de estas posturas antagónicas. En lugar de contribuir al fortalecimiento argumentativo de cualquiera de ellas, su propósito es adelantar una exploración imparcial y objetiva de este tema. En esa medida, el lector no encontrará en estas páginas una defensa a ultranza del amparo estructural, así como tampoco una crítica irreflexiva que desconozca los logros que este fenómeno haya podido traer al constitucionalismo. La posición que adoptamos frente a él se basa en la evidencia que proporcionan los estudios realizados en la materia. Estos han sido el principal instrumento del que nos hemos valido para que nuestras convicciones y preferencias no interfieran en la formación del juicio planteado aquí al respecto.

Esta aproximación obliga a adentrarse en terrenos que, a primera vista, parecen aislados del derecho constitucional. Las investigaciones realizadas en el marco de esta disciplina suelen centrar su atención, casi de manera exclusiva, en la legitimidad democrática de estas decisiones. Pese a su indiscutible importancia, el marcado énfasis en torno a esta discusión ha fomentado un cierto desinterés por los demás interrogantes que plantea el amparo estructural de los derechos. Es por ello que, para adelantar un estudio general de esta cuestión, resulta forzoso apelar a otros saberes. La ciencia política, la administración pública, el derecho comparado y, muy especialmente, la sociología del derecho ofrecen valiosos elementos de juicio que permiten comprender este excepcional fenómeno en toda su complejidad. Por tal motivo, se aprovechan aquí los hallazgos realizados en estas áreas del conocimiento para nutrir el contenido de estas reflexiones. Al hacerlo se ha podido comprobar que pocas ramas del saber jurídico, como el derecho constitucional, se prestan para estos fértiles intercambios.

De otro lado, conviene destacar que este trabajo no se encuentra circunscrito al análisis de un ordenamiento en particular. El amparo

estructural de los derechos es un fenómeno polifacético que ha tomado diferentes formas en los sistemas jurídicos en los que ha hecho aparición. Ninguno de ellos ofrece una muestra suficientemente amplia y detallada que logre capturar la variedad de matices a través de los cuales se ha materializado. De ahí que se haya elegido una selección de casos provenientes de distintos ordenamientos para ilustrar de la manera más completa posible el alcance de los fallos estructurales. Este ejercicio nos ha conducido a geografías apartadas y a tradiciones jurídicas diversas: Estados Unidos, Colombia, Sudáfrica e India. La evolución de este fenómeno en cada uno de estos países revela la existencia de retos compartidos y pone en evidencia la necesidad de construir una teoría general que se ocupe de los principales interrogantes que suscita el amparo estructural de los derechos. El objetivo primordial de esta investigación es contribuir a la edificación de dicha teoría.

Naturalmente, la intención de analizar esta tendencia judicial de manera imparcial y objetiva no es incompatible con la valoración crítica de estas decisiones. En ese sentido, es preciso resaltar que este trabajo no pretende adelantar una presentación meramente descriptiva de las sentencias estructurales. En la medida en que el análisis de estos fallos exige abordar asuntos que dan pie a las más encendidas disputas doctrinales —como las que versan sobre la legalidad del activismo judicial o la posibilidad de conseguir transformaciones sociales mediante el uso del derecho—, resulta imposible no asumir una postura sobre el particular. En nuestro caso, la opinión que nos hemos formado al respecto puede ser abreviada en dos sencillas ideas: la primera de ellas afirma que el amparo estructural de los derechos es un fenómeno que ha echado raíces en el constitucionalismo y que se ha convertido en una tendencia judicial sólida y en ascenso. En consecuencia, el debate a propósito de su legitimidad democrática no debe plantearse en términos de si este *debería, o no, existir*, pues, al margen del resultado —previsiblemente infructuoso— de esta discusión, lo cierto es que los fallos estructurales son una realidad cada vez menos infrecuente en la práctica judicial. Prueba de ello se encuentra en la incursión que han hecho en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este orden de ideas, dicha reflexión debería estar encauzada a la identificación de las condiciones que hacen de estas actuaciones empresas compatibles con el principio democrático. A nuestro juicio, el *enfoque dialógico* ideado para evitar la

usurpación de competencias no atribuidas a los tribunales *puede* conducir a esta ardua conciliación entre derechos y democracia³.

La segunda conclusión que se plantea en estas páginas guarda relación con la eficacia de estos fallos para acometer los cambios sociales que ellos persiguen. En el imaginario colectivo que comparten los juristas suele prevalecer la idea según la cual los tribunales cuentan con un extraordinario poder que les permite llevar a la práctica las transformaciones que sus magistrados proyectan. Ello explica, en parte, los motivos por los que ha predominado el análisis de la legitimidad democrática de estas intervenciones en las investigaciones jurídicas: al suponer que los tribunales cuentan con tal facultad, solo les queda por establecer la justificación de estas injerencias en el ámbito de la política. Dicho de otro modo, únicamente tendrían que dictaminar si la ventaja que otorgan los fallos estructurales a ciertos intereses es lícita o si, por el contrario, tendría que ser conseguida en las asambleas legislativas. Bajo cualquiera de estas dos formulaciones se da por descontado que los fallos judiciales otorgan prelación material significativa, y no meramente simbólica, lo que hace de su concesión unilateral un asunto problemático.

En esta indagación, no obstante, se somete a prueba esta difundida presunción. Se analiza, más concretamente, si los fallos estructurales contribuyen de manera eficaz a la realización de cambios sociales que representen una mejora sustancial del grado de protección de los derechos. Y tras examinar los procesos de implementación de estas órdenes, se ha logrado concluir que, en contra de los entusiastas pronósticos de los valedores del activismo judicial, los tribunales son incapaces de adelantar estas transformaciones sociales por su cuenta. Su ejecución exitosa depende del respaldo político que logren recabar entre las au-

³ Las intervenciones judiciales que se ciñen a este modelo dialógico procuran restablecer la capacidad institucional de las autoridades encargadas de la formulación de las políticas públicas, en lugar de remplazarlas en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, buscan contribuir a la recuperación de la *normalidad institucional* para que sean las propias autoridades las que —atendiendo las orientaciones propuestas por los tribunales— adopten las medidas que habrán de poner fin a las violaciones generalizadas de los derechos. El alto precio que asumen los tribunales que, de este modo, tratan de armonizar estas intervenciones con el principio democrático es el elevado riesgo de incumplimiento que se cierne sobre ellas. NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2004; GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

toridades representativas. Aun en los sistemas políticos más proclives a dar cumplimiento a los fallos judiciales, los tribunales no están en condiciones de inocular en ellas un genuino interés en la realización de estas empresas. No consiguen hacerlo, valga la aclaración, cuando actúan en solitario. Pues cuando estas intervenciones judiciales se engastan en estrategias complejas de reivindicación de derechos que articulan labores de movilización social y política, la suerte de los fallos estructurales puede ser sustancialmente distinta.

Si bien queda mucho por decir, estos dos sencillos planteamientos resumen la postura que aquí se acoge frente al amparo estructural de los derechos. El hecho de que estas razones hayan sido discernidas con base en el estudio de los ordenamientos más representativos de esta tendencia judicial debería pesar a su favor en el dictamen que, sobre ellas, habrá de emitir el lector.

El capítulo I de esta investigación contiene las herramientas conceptuales que se utilizan a lo largo de este trabajo. En estas páginas se hace un minucioso análisis de cada uno de los elementos que se articulan en la definición que se propone del amparo estructural de los derechos. Parejamente, se plantea una tipología que clasifica estos fallos de acuerdo con el grado de injerencia de los tribunales en el ejercicio de las competencias atribuidas a otras autoridades. Dicho criterio permite ordenar las sentencias estructurales en las siguientes categorías: decisiones declarativas, dialógicas y unidireccionales.

El capítulo II está dedicado a la eclosión del amparo estructural en los sistemas regionales de derechos humanos. Para empezar, se hace referencia al procedimiento de las sentencias piloto [*pilot judgments*], creado en el año 2004 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a instancias del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Según se explica en este apartado, mediante esta técnica el Tribunal procura solventar las «violaciones sistémicas» de los derechos reconocidos en el Convenio que dan lugar a la interposición de demandas repetitivas que congestionan el sistema judicial. Con este propósito, el Tribunal ordena a los Estados la adopción de «medidas generales» que den solución a estos «problemas estructurales» dentro de los ordenamientos domésticos. Al dar cumplimiento a estas sentencias, los Estados se ven obligados a implementar políticas públicas cuya idoneidad es evaluada por el propio Tribunal de Estrasburgo.

Dicha presentación se complementa con el estudio de los fallos estructurales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos. En su caso, según se tendrá la oportunidad de observar, no cabe duda de que la expedición de estas sentencias apunta al objetivo de impulsar trascendentales reformas sociales e institucionales en los países del continente americano. La firmeza de este propósito resulta particularmente evidente en algunas de estas decisiones, en las que el Tribunal ha llegado a imponer a los Estados de manera explícita la obligación de adelantar «dentro de un plazo razonable, *políticas públicas efectivas*»⁴. Con el fin de clasificar las disímiles empresas que, de este modo, ha promovido la Corte, se propone en esta sección una tipología con base en los principales objetivos que han inspirado estas intervenciones.

En el capítulo III se aborda el problema de la legitimidad democrática de los fallos estructurales. Según fue anunciado antes, no es nuestro propósito discurrir una respuesta que ponga punto final a esta discusión. La legión de juristas y filósofos que, vanamente, se ha esforzado en concebir una solución satisfactoria a la *objeción contramayoritaria* nos ha disuadido de acometer este esfuerzo⁵. Más allá de ser un interesante dilema académico —sin lugar a dudas, el más arduo que haya conocido el constitucionalismo— la dificultad contramayoritaria es, según se propone aquí, la representación de un razonable reparo que debe ser atendido por los tribunales que practican el activismo judicial. Dicho reparo pone en evidencia la urgencia de armonizar estas intervenciones con el principio democrático que debería inspirar las actuaciones que conciernen a todos los ciudadanos. De este modo, en lugar de formular una solución a este secular enigma, que estimamos sencillamente irresoluble, nos hemos propuesto identificar las condiciones que deberían satisfacer los tribunales para compaginar las intervenciones estructurales con las exigencias del sistema democrático.

El capítulo IV se ocupa del origen de los fallos estructurales. Para empezar, se realiza un análisis de la explicación tradicional que asevera que estas decisiones son el resultado de la coincidencia de dos facto-

⁴ SCTEIDH del 10 de octubre de 2013, Caso *Luna López vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 269, orden 10; SCTEIDH del 28 de agosto de 2014, Caso *Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 308.

⁵ Hace ya tres décadas, Bruce ACKERMAN observó con irrefutable acierto que «difícilmente transcurre un año sin que algún docto profesor anuncie que ha descubierto la solución final a la dificultad contramayoritaria». Esta afirmación conserva plena vigencia en nuestros días. ACKERMAN, Bruce, «Discovering the Constitution», en *Yale Law Journal*, n.º 6, vol. 93, 1984, pp. 1014-1072, p. 1016.

res: constituciones progresistas que permiten la exigibilidad judicial de derechos de alto contenido prestacional y magistrados activistas interesados en hacer valer sus preferencias políticas mediante el ejercicio de la judicatura. A continuación, se examina una segunda alternativa, que hemos dado en llamar *explicación compleja*, según la cual las sentencias estructurales son producto de un conjunto de causas que están más allá del control de los tribunales. La presencia de una red de organizaciones dedicadas a la promoción y al financiamiento de estas causas judiciales y la existencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial serían los factores más importantes que, con arreglo a esta interpretación, darían pie al surgimiento del amparo estructural en los ordenamientos.

Para terminar, el capítulo V contiene un estudio de la eficacia de estas intervenciones. Allí se examina, en primer lugar, la idoneidad de los dos enfoques —neorrealismo y constructivismo— que han prevalecido hasta ahora en el análisis de la implementación de los fallos estructurales. Razonaremos en favor de una postura que, sin restar importancia a los efectos simbólicos e indirectos que provocan estos fallos, haga hincapié en la transformación efectiva de las condiciones de vida de los ciudadanos. Con ayuda de esta aproximación, que denominamos «perspectiva compleja con énfasis en la víctima», se adelanta un examen del impacto que han tenido los tres fallos estructurales más representativos de esta tendencia judicial: *Brown vs. Board of Education*, *Grootboom vs. The Republic of South Africa* y la sentencia T-025 de 2004. Aprovechando las conclusiones que arroja dicho diagnóstico, finalizaremos esta investigación con una reflexión general sobre el papel que representan los tribunales en estos procesos de transformación social que persiguen la realización efectiva de los derechos consignados en las Constituciones.

EL JUEZ DE AMPARO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS:
ENCUENTROS Y DESENCUENTROS EN UNA RELACIÓN
EN TENSIÓN PERMANENTE

1. EL PAPEL DEL JUEZ FRENTE A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS; 2. EL BLOQUEO INSTITUCIONAL COMO CAUSA DE LOS LITIGIOS ESTRUCTURALES; 3. LA COMPLEJIDAD DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES; 4. EL PROCESO DE SEGUIMIENTO A LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES; 5. EL GIRO TUTELAR Y EL PROCESO DE SEGUIMIENTO COMO CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS ESTRUCTURALES; 6. LA GRADUALIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL AMPARO ESTRUCTURAL; 7. LOS DISTINTOS GRADOS DE INTERVENCIÓN EN LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES; 8. LAS ÓRDENES DECLARATIVAS; 8.1. *El riesgo de incumplimiento de las órdenes declarativas*; 9. LAS ÓRDENES PRESCRIPTIVAS; 9.1. *La ruta del experimentalismo: las sentencias dialógicas*; 9.2. *Las órdenes unidireccionales*; 9.2.1. Las sentencias unidireccionales en acción; 9.2.2. La reforma judicial al sistema penitenciario estadounidense como muestra del enfoque unidireccional.

1. El papel del juez frente a las políticas públicas

Uno de los fenómenos más interesantes que se ha presentado en la historia reciente del constitucionalismo es el surgimiento del amparo estructural de los derechos. De este modo se designa una particular tendencia a la que se han sumado tribunales ubicados en las latitudes más diversas con el objetivo de brindar protección efectiva a los derechos consignados en los textos constitucionales¹. Se hace alusión a

¹ En el curso de la presente investigación se empleará el término *derecho* de forma amplia, de modo que en él queden incluidos tanto los derechos y libertades clásicas —también conocidos como derechos de primera generación— como los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre la proximidad conceptual y funcional de estos conjuntos de derechos, ver ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés, «Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos,

intervenciones judiciales de alto impacto institucional cuyo objetivo primordial consiste en poner fin a violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos. En una palabra, las sentencias estructurales son decisiones judiciales que, con el propósito de asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de personas, ordenan el diseño y la implementación de políticas públicas por parte del Estado². Si bien no en todos los casos dicho requerimiento es hecho de forma explícita por los tribunales, lo cierto es que el cumplimiento material de estas órdenes supone en todos los casos la realización de este tipo de esfuerzos³.

sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp. 81-103; BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; LANGFORD, Malcolm (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013; GAURI, Varun (ed.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

² César y Diana RODRÍGUEZ han definido las sentencias estructurales en los siguientes términos: «Estos casos se caracterizan por afectar a un número significativo de personas que alegan la violación de sus derechos —directamente o a través de organizaciones que litigan su causa—; por involucrar varias entidades estatales en las que caen las demandas por ser responsables de fallas sistemáticas en sus políticas públicas; por implicar órdenes de compleja ejecución: el juez de la causa, mediante estas órdenes, instruye a varias entidades públicas para que emprendan acciones coordinadas que protejan a toda la población afectada, no solo a los demandantes del caso concreto». RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia», en ARCIDIÁCONO, Pilar, ESPEJO YAKSIC, Nicolás y RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 83-154, p. 87 y 88.

³ La definición conceptual de las políticas públicas es un asunto que ha suscitado un encendido debate entre quienes se dedican al análisis de la acción pública del Estado. Las diferentes acepciones que han sido propuestas reflejan la variedad de enfoques desde los que ha sido analizado este fenómeno a partir de su aparición en el siglo XX. Tal como fue indicado por HECLÓ, la dificultad de proponer una definición unánime, capaz de conciliar las diferencias que han dado lugar a la aparición de escuelas y modelos teóricos que se enfrentan entre sí, se debe a que las políticas públicas no son una realidad objetiva que se presenta mediante rasgos claros y bien definidos. Por el contrario, dicho término pareciera designar acciones y planes estatales del más variado tipo, hasta abarcar actuaciones que con dificultad podrían reunirse en una misma categoría. Como consecuencia de lo anterior se han propuesto definiciones deliberadamente amplias como aquella planteada por THOENIG Y MENY, según la cual este concepto engloba de manera general el

Para llevar a cabo una presentación detallada del fenómeno del amparo estructural de los derechos conviene empezar señalando sus características generales. Las sentencias estructurales se diferencian del amparo ordinario (i) por el gran número de personas cuyos derechos son objeto de protección judicial; (ii) por la causa generadora de la violación de los derechos, que suele consistir en el acaecimiento de un *bloqueo institucional*; (iii) por la complejidad de las órdenes emitidas en la sentencia y, finalmente; (iv) porque, en los casos más representativos de este tipo de decisiones, la aprobación de la sentencia en vez de dar por concluido el proceso judicial da inicio a una fase subsiguiente durante la cual se evalúa el cumplimiento de las órdenes impartidas.

Para exponer con mayor claridad el alcance de esta definición es necesario realizar el siguiente comentario. De acuerdo con el modelo tradicional que impera en la administración de justicia, el proceso de amparo es el escenario en el que se dispone la protección *individual* y

conjunto de acciones emprendidas por las autoridades públicas en el seno de una sociedad. En el polo opuesto se encuentran definiciones mucho más específicas que hacen énfasis en alguno de los rasgos particulares que distinguen a las políticas públicas de otras modalidades de acción del Estado.

Al margen de esta discusión, teniendo en cuenta la funcionalidad y la claridad de este planteamiento, en esta investigación se acoge la definición propuesta por KNNOEPEL. Según el autor, las políticas públicas pueden ser definidas como un conjunto de actividades organizadas de manera coherente y ordenada por actores públicos —y ocasionalmente por actores privados— con el propósito de resolver un problema social que ha sido identificado políticamente como colectivo. El objetivo final al que apuntan estas actuaciones consiste en modificar el comportamiento de aquellos grupos sociales que provocan el problema que se pretende corregir, o bien suscitar la reacción de las instituciones que cuentan con la capacidad de resolverlo.

En el caso específico del amparo estructural de los derechos, la autoridad pública que estaría dirigiendo el proceso de actuación del Estado sería el tribunal que, al comprobar la violación generalizada de un derecho —o de varios de ellos, pues es infrecuente que en estas controversias resulte comprometido un único derecho—, ordena la adopción de un plan de acción coherente y mantenido en el tiempo con el propósito de poner fin a dicha situación. De tal suerte, el obrar del tribunal estaría orientado a cumplir los dos siguientes objetivos: incidir en la identificación de la infracción del derecho como un *problema colectivo* que debe ser atendido de manera prioritaria por el Estado y, en segundo término, producir una respuesta adecuada de parte de las autoridades competentes HECLÓ, Hugh, «Policy Analysis», en *British Journal of Political Science*, no. 12, 1972, pp. 83-108; THOENIG, Jean-Claude y MENY, Yves, *Las políticas públicas*, Madrid, Ariel, 1992; KNNOEPEL, Peter *et al.*, *Public Policy Analysis*, Bristol, Policy Press, 2007, p. 24.

concreta de los derechos subjetivos que han sido infringidos⁴. En este orden de ideas, la violación de un derecho *individual* daría lugar a la aprobación de una sentencia en la que se ordena, únicamente, su restablecimiento. Existiría, entonces, una suerte de hilo conductor entre la *infracción* y la *sentencia*, en virtud del cual el propósito exclusivo de la sentencia consistiría en deshacer los efectos de la infracción.

De ahí que, en principio, el juez no pueda extender los efectos de sus decisiones de manera que afecten a personas que no hayan participado en el proceso. Si la orden judicial es la respuesta institucional a la violación a la que se ha visto sometido quien acude a los estrados judiciales, dicha respuesta no podría desbordar los contornos establecidos durante el proceso.

Pues bien, mediante las sentencias estructurales los tribunales amplían estas barreras con el objetivo de asegurar la protección no solo del titular que ha acudido al proceso, sino de todas las personas que se encuentran en una situación análoga al demandante. De este modo, la decisión judicial que fue solicitada para enmendar la violación particular de un derecho subjetivo acaba por convertirse en un remedio con vocación colectiva, ya que antes que solventar una infracción de tipo individual, persigue resolver aquella situación social que la ha producido y que compromete a un grupo más amplio de personas⁵.

⁴ Pese a ello, autores como CAPPELLETTI han hecho énfasis en la «trascendencia ultra-individual» de los derechos fundamentales. Dicha expresión pretende destacar que ninguna violación de tales derechos constituye un asunto meramente privado. Por el contrario, en la medida en que estos derechos tienen un valor «que trasciende al hombre particular y [que] afecta a toda la sociedad», su eventual desconocimiento tiene un impacto señaladamente colectivo, lo que hace de lo anterior un asunto de interés público. CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

⁵ La aparición de estas sentencias se ha visto favorecida por la profunda revisión que se ha hecho durante la segunda mitad del siglo XX sobre el alcance de los derechos individuales. Gracias a dicho cambio ha sido posible ver en ellos algo más que ámbitos de la autonomía personal en los que se encuentra proscrita la intervención del Estado. Entre los diferentes adelantos teóricos realizados interesa destacar la postulación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Desde su formulación por parte del Tribunal Constitucional alemán en el fallo *Lüth* (BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951), esta figura ha llamado la atención sobre la compleja labor que desempeñan los derechos y las libertades en los ordenamientos jurídicos. En concreto, ha hecho evidente que su función no se agota en la salvaguarda de

Así pues, las sentencias estructurales involucran a extensos grupos de ciudadanos que —actuando en ocasiones de manera coordinada y en otras sin ningún tipo de organización estratégica— solicitan la protección de sus derechos. El supuesto de hecho en el que se enmarcan estas sentencias muestra un escenario de continuas y numerosas violaciones de los derechos de los ciudadanos que, por diferentes razones, no han sido resueltas por el Estado. Un ejemplo emblemático de estas decisiones se encuentra en la *sentencia T-025 de 2004*, aprobada por la Corte Constitucional colombiana⁶. Mediante esta decisión, originada en la interposición de 109 demandas individuales que fueron acumuladas por el Tribunal, se pretendió garantizar la protección de los derechos fundamentales de más de tres millones de víctimas del delito de des-

la autonomía y de la dignidad de los ciudadanos. Adicionalmente, estos derechos cumplen una tarea institucional consistente en expresar los valores sobre los que se funda la totalidad de dicho ordenamiento.

De acuerdo con esta formulación, los derechos fundamentales no solo ejercerían un rol normativo. Reflejarían, además, el *catálogo axiológico* sobre el que se fundan los sistemas jurídicos. Dicha idea ha sido expresada por el Tribunal Constitucional español en la STC 25/1981 en los siguientes términos:

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución.

Esta comprensión amplia de los derechos fundamentales ha servido para diferentes propósitos, entre otros, para fundamentar la eficacia de los derechos entre particulares; para fundamentar los derechos de prestación y para justificar los deberes de protección en cabeza del Estado. Sin embargo, es de particular interés resaltar que, gracias a la dimensión objetiva, se ha admitido que la consagración de estos derechos conlleva una labor adicional a la protección del individuo frente a las injerencias del Estado. Supone la obligación colectiva —que ha de ser asumida tanto por el Estado como por los particulares— de generar las condiciones que hagan posible el más alto disfrute de estos derechos. Sobre la dimensión objetiva, ver BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; HÄBERLE, Peter, «El concepto de los derechos constitucionales», en SAUCA, José (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 22 de enero de 2004, referencia T-025 de 2004.

plazamiento forzado que había producido entonces el conflicto armado interno⁷.

Al otro lado del hemisferio, en el año 2002, la Corte Constitucional sudafricana adoptó una decisión con la que pretendía contribuir a la solución de uno de los problemas más graves que ha enfrentado el país tras la caída del *apartheid*. Se trata de la grave pandemia de sida que se ha extendido con alarmante rapidez en el continente africano y que ha azotado con particular rigor a la población sudafricana. Una escueta revisión de las cifras disponibles permite hacerse una idea de las dimensiones que había alcanzado entonces esta calamidad sanitaria. De acuerdo con un informe publicado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA —ONUSIDA— para la época en que la sentencia fue aprobada, el país presentaba una cifra de 5,7 millones de personas contagiadas con el virus —de un total de cuarenta y cinco millones de habitantes en dicho año— y ocurrían, en promedio, mil muertes diarias por esta causa⁸.

En este difícil contexto, el Tribunal Constitucional aprobó la sentencia *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*⁹, con la cual se propuso contribuir a la solución de una de las causas fundamentales de esta pandemia, la ausencia de una política pública orientada a prevenir el contagio del virus de madre a hijo.

Al examinar las decisiones adoptadas por el Estado en la materia, la Corte encontró acreditado que las autoridades nacionales y regionales habían llevado a cabo esfuerzos insuficientes que no ofrecían resultados eficaces. El Tribunal concluyó que un proceder semejante no era aceptable a la luz de lo dispuesto en la sección 27 de la Cons-

⁷ De acuerdo con el último informe elaborado por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para el año 2016 el número de desplazados en el país ascendió a 7,7 millones de personas. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2016*. Recuperado el día 27 de enero de 2017. El documento está disponible para consulta en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11152>.

⁸ UNAIDS, Report on the Global AIDS Epidemic, Annex 2: HIV/AIDS Estimates and Data, 2005. Recuperado el día 31 de octubre de 2013. El documento está disponible para consulta en <http://www.unaids.org>.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 5 de julio de 2002, caso CCT 8/02, asunto *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others* (en adelante TAC). Las traducciones de los textos que aparecen citados en inglés han sido realizadas por el autor.

titudin sudafricana, norma que ordena a las autoridades estatales adoptar medidas razonables —bien sean de orden legislativo o de otra naturaleza— con el objetivo de asegurar la protección progresiva del derecho a la salud dentro de los recursos de los que dispone el Estado.

En opinión de la Corte, la decisión de encarar este desafío sin contar con una política pública diseñada para evitar el contagio del virus de madre a hijo resultaba irrazonable¹⁰. En consecuencia, declaró que el Gobierno tenía la obligación constitucional de diseñar e implementar un programa «coordinado y comprensivo» que atendiera de manera específica esta necesidad médica¹¹. Esta decisión afectaría de manera directa

¹⁰ Resulta oportuno hacer referencia a la reflexión planteada en dicha ocasión en torno al control constitucional de las políticas públicas. Al respecto, la Corte destacó que la Constitución debe ser aplicada de manera imparcial, «sin temor, favor o prejuicio». En consecuencia, en aquellos casos en los que se discuta la constitucionalidad de una decisión de esta naturaleza, es deber de los magistrados obrar con la mayor fidelidad a la carta. Así pues, en el evento en que la Corte concluya que las políticas públicas diseñadas por las autoridades desconocen las disposiciones constitucionales, es forzoso que actúe en consonancia con dicho hallazgo. De considerar que una intervención como esta —continúa la Corte— constituye una violación del principio de separación de poderes, será necesario entender que se trata de una «intrusión ordenada por la misma Constitución». *Minister of Health and Others vs. TAC*, cit., par. 99.

¹¹ Adicionalmente, la Corte precisó que dicho programa debía incluir la provisión del antirretroviral nevirapina en los centros médicos que prestaran los servicios de salud y asistencia a las madres. La inclusión de esta orden por parte de la Corte requiere la siguiente explicación: una de las demandas más recurrentes entre las organizaciones civiles que promovieron este proceso apuntaba a conseguir el suministro de dicho medicamento. Esta exigencia se fundaba en la restricción que había sido impuesta por las autoridades, en virtud de la cual la nevirapina únicamente se ofrecía en algunos *centros piloto*.

Al ser sometida al test de razonabilidad practicado por la Corte, se concluyó que tal restricción vulneraba el derecho a la salud de las madres y de los hijos que pudieran beneficiarse de este tratamiento. Tal conclusión surgió tras comprobar que desde el año 2001 el antirretroviral había sido reconocido por la Organización Mundial para la Salud y que, adicionalmente, el Gobierno de Sudáfrica lo recibía de manera gratuita de los laboratorios encargados de su producción. Sobre el alcance del test de razonabilidad empleado en el ordenamiento sudafricano, ver PILLAY, Anashri, «Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?», in *South African Law Journal*, vol. 122, 2005, pp. 419-440; COOMANS, Fons, «Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the «Reasonableness» Test as Developed by the South African Constitutional Court», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, 2005, pp. 167-196; McLEAN, Kirsty, «The Interpretation and