



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

Universidad Externado de Colombia

CANO BLANDÓN, LUISA FERNANDA

Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia**, ***

Revista Derecho del Estado, núm. 49, 2021, pp. 131-158

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.08>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337669245008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia*** - ***

The Limits of Dialogical Justice in the Protection of Social Rights in Colombia

RESUMEN

El artículo tiene el propósito de analizar los límites de la justicia dialógica que, en años recientes, han implementado los tribunales constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional colombiana, para proteger los derechos sociales, principalmente, en casos estructurales que implican la vulneración sistemática de estos derechos a un grupo importante de personas, y cuya solución amerita el diseño y la ejecución de políticas públicas. Para ello, el texto aborda el experimentalismo democrático y la gobernanza experimental, y utiliza ejemplos de la jurisprudencia constitucional de Colombia para mostrar los límites de este tipo de decisiones y las posibles alternativas para contrarrestarlos. Para finalizar, se aboga por una garantía judicial de los derechos sociales híbrida y contextualizada, de manera que se complementen las órdenes dialógicas con otro tipo de medidas para no dejar desprotegidos los derechos.

PALABRAS CLAVE

Justicia dialógica, Corte Constitucional, experimentalismo, derechos sociales, políticas públicas.

* Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia, Grupo de Investigación Gobierno y Asuntos Públicos (Medellín, Colombia). Abogada de la Universidad de Antioquia, magíster en Gobierno y Asuntos Públicos de FLACSO, México, doctora en Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Contacto: luisa.cano@udea.edu.co ORCID 0000-0002-3555-6151.

** Recibido el 31 de mayo de 2020, aprobado el 28 de noviembre de 2020.

Para citar el artículo: CANO BLANDÓN, L. F. *Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, mayo-agosto de 2021, 131-158.

doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.08>

*** Este artículo hace parte de mi investigación doctoral denominada “Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia”, defendida en el año 2017.

ABSTRACT

The article has the purpose of analyzing the limits of dialogic justice that, in recent years, have been implemented by the constitutional courts, such as the Colombian Constitutional Court, to protect social rights, mainly in structural cases, that is, those that imply the systematic violation of social rights to an important group and whose solution needs the design and implementation of public policies. To do this, the text explains democratic experimentalism and experimental governance and uses examples of Colombian constitutional jurisprudence to show the limits of this type of decisions and possible alternatives to answer them. Finally, it defends a hybrid and contextualized judicial guarantee of social rights, in order to complement dialogical orders with other types of measures to effectively protect the rights.

KEYWORDS

Dialogic justice, Constitutional Court, experimentalism, social rights, public policies.

SUMARIO

Introducción. 1. El experimentalismo democrático y la gobernanza experimental: el marco teórico de la justicia dialógica. 2. De las órdenes comando y control a las órdenes dialógicas: desatrincherar, desestabilizar y deliberar. 3. Propuestas teóricas sobre las intervenciones judiciales dialógicas o experimentales. 4. Limitaciones de la justicia dialógica o experimental. 4.1. El contenido de los derechos es contingente y provisional. 4.2. La decisión judicial no define claramente la obligación ni los obligados. 4.3. La asimetría entre las partes que dialogan. 4.4. La falta de representación de quienes dialogan. 4.5. El desconocimiento de las condiciones del territorio. 4.6. La eficacia limitada de las soluciones experimentales. 5. Hacia la construcción de decisiones judiciales híbridas y contextualizadas. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Roberto Gargarella¹ sostiene que el molde institucional propio de los Estados constitucionales, fundado en el sistema de frenos y contrapesos, impide el desarrollo de lo que denomina el nuevo constitucionalismo dialógico. Para ilustrar tal argumento, el autor acude a cuatro novedades dialógicas que, pese

¹ GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo xxi Editores, 2014.

a la resistencia que encuentran en los diseños confrontacionales, han tratado de abrirse camino en el constitucionalismo contemporáneo².

Una de estas novedades es aquella impulsada por varios tribunales constitucionales que, ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos fundamentales, “se han animado a tomar medidas originales, que incluyen convocatorias a audiencias públicas”³ en las cuales participan las partes implicadas, pero también entes de control, académicos y organizaciones de la sociedad civil. Al acudir a estas salidas dialógicas, las cortes contribuyen a destrabar y a llevar a la agenda pública asuntos complejos y de difícil solución, “sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político y, por tanto, sin arrogarse una legitimidad o poderes que no poseen”⁴.

En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha celebrado tales audiencias en el seguimiento a la declaratoria de los estados de cosas inconstitucionales en materia de desplazamiento forzado⁵ y cárceles⁶, así como en el tema de salud⁷, en la regulación del uso del suelo para el ejercicio del trabajo sexual⁸ y en la posibilidad de usar glifosato en la fumigación aérea de los cultivos ilícitos⁹, entre otros¹⁰. Pero además de programar audiencias en el marco de la revisión de expedientes de tutela, o con ocasión de la supervisión del cumplimiento de sus órdenes, la Corte también ha incorporado este mecanismo como parte del proceso de control constitucional de normas que revisten especial importancia; ello ha sucedido en asuntos como la implementación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto¹¹ y la vigencia de la Ley de Víctimas¹².

2 Tales prácticas son: (1) la cláusula del *no obstante* del modelo canadiense, según la cual el poder legislativo puede extender la vigencia de una norma pese a su tensión con la Carta de Derechos; (2) las formas débiles de revisión judicial, entre ellas las previstas por el nuevo modelo constitucional del *Commonwealth*; (3) el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas cuando puedan verse afectados por obras adelantadas en sus territorios, y (4) los remedios usados por algunos tribunales constitucionales en los llamados casos estructurales. Véase *ibid.*, 121.

3 *Ibid.*, 121.

4 *Ibid.*

5 Sentencia T-025 de 2004. La última audiencia pública se llevó a cabo el 29 de noviembre de 2018. Auto 634 de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

6 Sentencias T-762 de 2015 y T-388 de 2013. La última audiencia pública se llevó a cabo el 25 de octubre de 2018. Auto 613 de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

7 Sentencia T-760 de 2008. La última audiencia pública se celebró el 6 de diciembre de 2018. Auto 668 de 2018. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

8 Auto del 31 de julio de 2018. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

9 Auto del 23 de enero de 2019. M.P.: Alberto Rojas. Seguimiento a la sentencia T-236 de 2017.

10 Audiencia pública sobre ingreso de periodistas a audiencias penales preliminares (auto 571 de 2019, M.P.: Carlos Bernal Pulido), audiencia pública sobre redes sociales (auto 795 de 2018, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas), audiencia pública sobre la gestión de los páramos en Colombia (auto 554 de 2019, M.P.: Luis Guillermo Guerrero), audiencia pública sobre *habeas corpus* del oso Chucho (auto 381 de 2019, M.P.: Diana Fajardo Rivera).

11 Auto del 22 de marzo de 2017. M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

12 Auto 533 de 2019. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

Estas “novedades dialógicas” implementadas por la Corte Constitucional no se han limitado, sin embargo, a la celebración de audiencias públicas en algunos casos estructurales ya conocidos, sino que se han extendido a buena parte de sus sentencias de revisión de tutela, al incorporar órdenes dialógicas que buscan, a través de la instauración de espacios como mesas de trabajo, reuniones y comités, formular medidas que redunden en la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en casos concretos, en particular cuando tal violación alude a la faceta prestacional y programática de tales derechos en casos estructurales¹³.

Este escrito tiene el propósito de analizar los límites de la justicia dialógica para la protección de los derechos sociales en Colombia en tanto, si bien las mencionadas órdenes dialógicas responden a las numerosas críticas que reciben los tribunales constitucionales por sus intervenciones en asuntos económicos y en políticas públicas, por sí solas pueden dejar desprotegidos los derechos cuya garantía se demanda, de manera que, en búsqueda de una mayor deferencia con la democracia, se corre el riesgo de no responder con las medidas judiciales necesarias para su protección.

Para cumplir tal propósito se acude a la revisión y análisis de doctrina y jurisprudencia en la materia. En la primera parte del artículo se aborda la literatura relacionada con el experimentalismo democrático y la gobernanza experimental, para presentar el marco teórico de la llamada justicia dialógica. En la segunda, se presentan las características y promesas de la justicia dialógica, principalmente, para la protección de los derechos sociales en casos estructurales o colectivos. Por último, se identifican las limitaciones que enfrentan las órdenes dialógicas a partir de algunas decisiones proferidas por la Corte Constitucional colombiana.

El texto defiende un optimismo moderado frente a la justicia dialógica y aboga por una garantía judicial de los derechos sociales que sea híbrida y contextualizada, de modo que, si bien reconoce como valiosa la intención del juez constitucional de propiciar canales de diálogo entre distintos actores en casos complejos, es preciso advertir (i) si el caso que se resuelve reúne las

13 Los casos estructurales se caracterizan por: (1) afectar a un gran número de personas que demandan la protección de sus derechos, (2) implicar múltiples agencias del gobierno por ser responsables de las fallas de políticas públicas que contribuyen a la violación de tales derechos y (3) involucrar remedios estructurales. RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. En *Texas Law Review*. 89, 7, 2011, 3. Sigal, Morales y Rossi añaden que “la mayor o menor estructuralidad es una cuestión de grados que depende de la presencia (o ausencia) de ciertos elementos”. Por eso llaman “colectivos” a los casos que se ubican entre los individuales y los estructurales, es decir, implican la vulneración de derechos sociales de un número de personas que es importante pero fácilmente determinable, está circunscrito a una zona geográfica y, además, el alcance de la política que se discute es menor que el de los casos estructurales. Véase SIGAL, M.; MORALES, D. y J. Rossi, J. *Apuntes sobre la implementación de sentencias colectivas de derechos sociales en Argentina*, 2015.

condiciones para la implementación de tales novedades dialógicas y (ii) cuáles son las órdenes complementarias que deben impartirse para no dejar desprotegidos los derechos amenazados o vulnerados en situaciones particulares.

1. EL EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO Y LA GOBERNANZA EXPERIMENTAL: EL MARCO TEÓRICO DE LA JUSTICIA DIALÓGICA

Señala Boyle¹⁴ que las críticas a la jurisprudencia relacionada con los derechos sociales se pueden agrupar en dos olas. La primera ola reúne las críticas a los efectos antidemocráticos de estas decisiones, a su indeterminación y a la incapacidad o falta de conocimiento de los jueces para adoptarlas. La segunda ola, que denomina la crítica pro-hegemónica, se refiere a la ineeficacia de la protección judicial de los derechos sociales, en especial para las personas más vulnerables.

En Colombia, las críticas a la intervención judicial en asuntos estructurales, con posibles consecuencias en ciertas políticas públicas, han recaído, principalmente, sobre sus órdenes jerárquicas o tipo *comando y control*¹⁵, es decir, aquellas que indican el tipo de acciones que los gobiernos deben ejecutar, con cierto nivel de detalle y rigidez, para proteger el contenido de los derechos sociales en situaciones concretas.

En consideración a estos cuestionamientos, y a la complejidad de los problemas que subyacen a la vulneración de tales derechos, las órdenes dialógicas aparecen como una salida innovadora para su protección. La justicia dialógica se caracteriza, entonces, por decisiones que buscan propiciar escenarios de diálogo entre distintos actores implicados en un caso para buscar soluciones factibles a problemas complejos.

Esta mediación judicial puede entenderse como una forma de aplicar, al ámbito judicial, una tendencia más general que se ha ocupado de estudiar: (1) qué implica acudir a nuevos modos de regulación alternos a la producción jurídica centralizada y jerárquica, (2) cómo ambos podrían ser compatibles y (3) por qué ha sido necesario encontrar estas alternativas de regulación más flexibles y provisionales que el derecho.

Dos conceptos han sido usados para referirse a estos nuevos modos de regulación: el experimentalismo democrático y la gobernanza experimental. Bajo la idea de experimentalismo democrático se han explorado nuevas formas de práctica política que retoman de las ciencias naturales el concepto de la

14 BOYLE, K. *Economic and Social Rights Law: Incorporation, Justiciability and Principles of Adjudication*. Routledge, 2020, 12.

15 SABEL, C. y SIMON, W. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. En *Harvard Law Review*. 117, 2004, 1019: “Command and control regulation is the stereotypical activity of bureaucracies. It takes the form of comprehensive regimes of fixed and specific rules set by a central authority. These rules prescribe the inputs and operating procedures of the institutions they regulate”.

experimentación, aunque bajo las condiciones propias del contexto social, es decir, se trata de experimentos provisionales e iterativos que corresponden más a un proceso creativo que a pruebas de laboratorio¹⁶.

Mangabeira Unger¹⁷ se refiere al experimentalismo democrático como una interpretación de la causa democrática abierta a la reinvención y la experimentación, que busca acudir a nuestro potencial para re-imaginar la democracia y gobernar sociedades complejas en las que no ha funcionado el modelo de regulación jerárquico o hay problemas de coordinación y acudir, más bien, a acuerdos flexibles y contingentes, idea que se apoya en la filosofía pragmatista de John Dewey¹⁸.

El experimentalismo democrático aplica el pragmatismo a la democracia, en tanto es una teoría para dar solución a los problemas a través de la reelaboración continua y colaborativa de medios y fines. Propone una transformación progresiva a través de cambios incrementales que tienen en cuenta la diversidad local y la volatilidad de los problemas, propias de las democracias actuales¹⁹.

Para algunos autores, el experimentalismo democrático representa una verdadera reelaboración de la democracia deliberativa o, incluso, su versión mejorada, ya que tiene en cuenta las reformas institucionales requeridas para que opere la deliberación²⁰, es decir, representa un modelo de deliberación democrática institucionalizada²¹.

El experimentalismo democrático sustenta teóricamente un nuevo tipo de prácticas políticas conocidas como nueva gobernanza o gobernanza experimental²², la cual explica un conjunto de procesos y prácticas que tienen una dimensión normativa, pero que no operan a través del mecanismo formal de las instituciones jurídicas tradicionales (tipo comando y control) y que, además, involucran a actores distintos a los gubernamentales²³.

16 ANSELL, C. *What Is a Democratic Experiment*. En *Contemporary Pragmatism*. 9, 2, 2012, 159-180.

17 MANGABEIRA UNGER, R. *La democracia realizada*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 1999.

18 WILKINSON, M. *Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism*. En *Wisconsin Law Review*. 2010, 673-718.

19 DORF, M. y SABEL, C. *A Constitution of Democratic Experimentalism*. En *Columbia Law Review*. 98, 2, 1998, 267-473.

20 PAPPAS, G. *What Would John Dewey Say about Deliberative Democracy and Democratic Experimentalism?* En *Contemporary Pragmatism*. 9, 2, 2012, 57-74.

21 DORF y SABEL. *A Constitution of Democratic Experimentalism*, cit.

22 WILKINSON. *Three conceptions of law*, cit.

23 DE BÚRCA, G. y SCOTT, J. *Introduction. New Governance, Law and Constitutionalism*. En DE BÚRCA, G. y SCOTT, J., *Law and New Governance in the EU and the US*. United States: Hart Publishing, 2006, 1-15.

Se trata de una forma de cooperación adaptativa, flexible, abierta, participativa e informada que genera acuerdos provisionales y revisables en escenarios volátiles²⁴. La gobernanza experimental es útil, por tanto, en contextos de alta incertidumbre e interdependencia compleja. Tiende a aparecer en asuntos en los que el gobierno no puede regular un tema completamente y en los cuales está involucrada la sociedad civil, además de una pluralidad de entes públicos y privados.

Sin embargo, la gobernanza experimental solo opera bajo ciertas condiciones²⁵: (1) que, por asuntos de complejidad, los gobiernos hayan sido incapaces de formular reglas de manera eficiente y de controlar su cumplimiento; (2) que exista un acuerdo mínimo sobre los principios básicos de la deliberación; (3) que la sociedad civil esté profundamente involucrada en el asunto, o dispuesta a estarlo, y (4) el problema debe ser susceptible de ser tratado bajo este modelo.

No se trata, en todo caso, de una solución *a priori* con resultados garantizados. La gobernanza experimental no es la panacea, incluso puede ser poco práctica o puede no funcionar en casos que no reúnen las condiciones deseables del modelo. Esto puede ocurrir cuando los actores clave no tienen voluntad de cooperar o cuando los procesos experimentales son capturados por grupos con agendas ocultas para ejercer vetos en decisiones cruciales.

2. DE LAS ÓRDENES COMANDO Y CONTROL A LAS ÓRDENES DIALÓGICAS: DESATRINCHERAR, DESESTABILIZAR Y DELIBERAR

Dentro del tema general de la gobernanza experimental se ha desarrollado un bloque teórico específico sobre el rol regulatorio de las cortes y la forma en que su intervención podría desbloquear situaciones complejas, en particular por lo difícil que resulta en la actualidad para cualquier autoridad, y más aún para las cortes, imponer decisiones.

De esta forma se ha ido consolidando un nicho teórico sobre cortes dialógicas o experimentales en el que se pueden identificar dos corrientes. Por un lado, se encuentra un grupo de autores que celebran la limitación del poder judicial y los mecanismos de diálogo con otras ramas del poder público. Se trata de formas débiles de revisión judicial²⁶, de un constitucionalismo débil²⁷, o de una justicia constitucional deliberativa²⁸, que dispone de herramientas

24 DE BURCA, G.; KEOHANE, R. y SABEL, C. *New Modes of Pluralist Global Governance*. En *New York University Journal of International Law and Politics*. 45, 3, 2013, 723-786.

25 DE BURCA, KEOHANE y SABEL. *New Modes of Pluralist Global Governance*, cit.

26 TUSHNET, M. *Revisión judicial dialógica*. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 14, 2013.

27 GARDBAUM, S. *The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism*. En *German Law Journal*. 14, 2013.

28 NIEMBRO, R. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

para una revisión judicial dialógica. Este cuerpo doctrinal se refiere más al control de constitucionalidad abstracto, y a la tensión que genera la revisión judicial con el legislador, que a las órdenes del juez para la protección de derechos en casos concretos²⁹.

Por otro lado, existe un grupo de literatura que se ha nutrido, principalmente, del incremento de la jurisprudencia sobre casos estructurales bajo la tendencia dialógica o experimental que intenta aliviar graves problemas sociales, en particular en el Sur Global.

Sabel y Simon³⁰ distinguen la orientación jerárquica o comando y control de la propuesta experimental. La primera se caracteriza por: 1) prever todas las directivas clave para inducir el cumplimiento de la orden judicial; 2) evaluar el cumplimiento de acuerdo con la conformidad con las prescripciones detalladas de la orden, y 3) permitir un fuerte papel directivo de las cortes en la formulación de los remedios. La tendencia experimental en la justicia, por su parte, se precisa en situaciones que no satisfacen estándares de protección de derechos y que se enfrentan a un bloqueo político que las ha hecho inmunes al tipo de órdenes comando y control y a mecanismos de corrección tradicionales³¹.

Para los mencionados autores, cada vez más los tribunales son conscientes de su carencia de información y de conocimiento, tanto para diseñar como para hacer cumplir adecuadamente las órdenes tipo comando y control. A esto se suma la resistencia que generan estas decisiones en los órganos democráticos y la poca capacidad de las cortes para neutralizar la oposición a ellas.

Por lo anterior, en circunstancias en las que la atrofia institucional impide superar la vulneración de derechos, resulta conveniente pasar de intervenciones judiciales jerárquicas, centradas en la dirección del juez y basadas en reglas fijas, a intervenciones indirectas y descentralizadas cuyo principal objetivo es remover el *statu quo* a partir de los “derechos de desestabilización”³².

Este tipo de decisiones tiene dos efectos potenciales: por un lado, desestabilizan las prácticas atrincheradas en los órganos políticos y administrativos que bloquean la garantía de los derechos; por el otro lado, democratizan el proceso de toma de decisiones al incorporar nuevos actores y conceder voz a las personas afectadas por tal vulneración de derechos.

Los derechos de desestabilización, por tanto, sacuden la atrofia de las instituciones cuando no satisfacen los estándares mínimos de desempeño,

29 Al respecto, véase ROA ROA, J. E. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

30 SABEL, C. y SIMON, W. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. En *Harvard Law Review*. 117, 2004, 1016-1102.

31 Estos autores analizan las órdenes contenidas en casos de educación, salud mental, prisiones, abuso policial y vivienda para mostrar la tendencia remedial que se ha movido de la orientación comando y control hacia métodos experimentales.

32 SABEL y SIMON. *Destabilization rights*, cit.

cuando son inmunes a los mecanismos tradicionales de corrección y cuando, además, excluyen la voz de los afectados, en tanto “la desestabilización induce a la institución a reformarse a sí misma en un proceso en el que debe responder a los actores previamente excluidos”³³.

En síntesis, las decisiones judiciales experimentales reúnen las siguientes características (ver tabla 1):

1. *Negociación entre las partes interesadas.* El camino experimental les quita a las cortes el peso de elegir entre ser activistas o ser deferentes y, en lugar de ello, las anima a crear un proceso colaborativo en el que las partes interesadas creen estándares de cumplimiento y procedimientos para revisarlos y rendir cuentas sobre ellos. En ese proceso la corte facilita la deliberación y los canales para rendir cuentas y presiona la medición de los avances.

Para que tal negociación opere, sin embargo, se requiere que exista un consenso mínimo sobre el problema y sobre el deseo de solucionar ese problema de forma colaborativa³⁴. Para Klein, este consenso se logrará por el temor de las partes respecto de una solución jerárquica del juez ante la ausencia de acuerdo. Sin embargo, como ella misma reconoce, es posible que alguna de las partes, o varias, prefieran una solución comando y control.

2. *Definición continua de las reglas de negociación.* Las reglas y soluciones del proceso de negociación entre las partes son provisionales e incorporan su revisión continua con participación de los implicados en el caso. Este tipo de fallos reconocen brechas, ambigüedades e información limitada. No buscan, por tanto, regular los detalles de la implementación, sino que dejan mayor discrecionalidad a las partes, por lo cual la decisión judicial se concentra en los fines y deja espacio para definir los medios durante la ejecución de tal decisión.

Estas cortes experimentales “combinan formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tienen mayor discreción y colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción”³⁵, lo que permite que el juez asuma un rol menos protagónico y más catalizador.

3. *Publicidad y transparencia del proceso.* Las reglas de la negociación inducida por la decisión judicial deben ser explícitas y públicas. Así mismo, los estándares de cumplimiento deben ser conocidos, al igual que los avances y resultados que ayudan a salir de la situación de bloqueo institucional que causa la vulneración de derechos. Para garantizar tal transparencia, Sabel y Simon imaginan que este proceso de negociación entre las partes esté acom-

33 *Ibid.*, 1056; trad. propia.

34 KLEIN, A. *Judging As Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights*. En *Columbia Human Rights Law Review*. 39, 2007, 351-420.

35 BERGALLO, P. *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. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, 20.

pañado por un *special master* o por un mediador designado por la corte. Se trata de asesores expertos vinculados por la misma corte o por las partes para facilitar la discusión, establecer la agenda y asistirlas en la compilación y sistematización de la información³⁶.

**TABLA 1. ÓRDENES COMANDO Y CONTROL
VS. SENTENCIAS EXPERIMENTALES**

	Sentencias comando y control	Sentencias experimentales
En cuanto a las partes	Se limitan a las partes directamente implicadas	Pueden intervenir organizaciones o personas interesadas, ajena a las partes
En cuanto a las reglas del proceso de negociación	Fijas y definitivas	Flexibles y revisables
En cuanto a la exigencia en el cumplimiento	Se exige cumplimiento total y definitivo	Se permite cumplimiento provisional e incremental
En cuanto a los estándares de cumplimiento	Conformidad con detalles de la orden	Criterios ajustables y definidos por las partes
En cuanto al rol de la corte en el seguimiento	Rol directivo	Rol facilitador de la deliberación
En cuanto a la publicidad del proceso	Se limita a las partes	Transparencia y rendición de cuentas a través de espacios de deliberación

Fuente: elaboración propia.

3. PROPUESTAS TEÓRICAS SOBRE LAS INTERVENCIONES JUDICIALES DIALÓGICAS O EXPERIMENTALES

El experimentalismo judicial en materia de derechos sociales ha sido desarrollado por varias propuestas teóricas que, si bien no son exhaustivas sino solo representativas del estado del arte en el tema, tienen en común su optimismo frente a las cortes dialógicas y a las soluciones experimentales (ver tabla 2).

En general, el argumento es que la adjudicación dialógica puede servir mejor a la democracia porque respeta la separación de poderes, abre los casos estructurales al escrutinio público e institucionaliza vías de deliberación democrática que responden a las condiciones del tiempo presente y que conectan, a través de la experimentación y en un caso concreto, a distintos actores³⁷.

36 SABEL y SIMON. *Destabilization Rights*, cit.

37 Según DORF y SABEL, “[I]os tribunales experimentales pueden servir mejor a la democracia, no sólo porque presumen de proporcionar menos respuestas definitivas a cuestiones legales, sociales y políticas, sino también porque pueden indagar más sobre las capacidades deliberativas de los propios actores políticos”. DORF y SABEL. *A Constitution of Democratic Experimentalism*, cit., 389; trad. propia.

En primer lugar, Gargarella³⁸ se refiere al *constitucionalismo dialógico* para describir distintas prácticas de diálogo entre poderes e instituciones. Según el autor, estas cortes desvían la lógica adversarial del proceso hacia una dinámica colaborativa, y cita como ejemplos las cortes de Sudáfrica, Indonesia e India. Además, sostiene que la tasa de ejecución y la eficacia de las sentencias están asociadas al carácter dialógico de las mismas en oposición a las que llama decisiones imperiales.

Para lograr un mejor funcionamiento del modelo experimental, Gargarella propone adaptar el andamiaje institucional del Estado liberal al rol dialógico de las cortes. Su conclusión es que “litigantes y tribunales han ido abandonando el esquema más tradicional de comando y control para avanzar hacia un modelo de toma de decisión de políticas de tipo iterativo experimental”³⁹, lo que permite a los tribunales transformar debates de política pública sin controlarlos.

En segundo lugar, al analizar el caso del desplazamiento forzado en Colombia, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco⁴⁰ indican que el impacto del activismo judicial sobre los derechos sociales es mayor cuando las cortes acogen un modelo dialógico en sus sentencias. Estos autores caracterizan el *activismo dialógico* como una combinación de derechos fuertes, remedios moderados y monitoreo fuerte y diseñan un marco analítico sobre los efectos de las intervenciones estructurales de las cortes, su procedimiento y su justificación. En tal sentido, sostienen que “las cortes dialógicas pueden promover la búsqueda colaborativa de soluciones, o al menos generar una discusión pública sobre las alternativas de acción”⁴¹.

En tercer lugar, Dixon⁴² se refiere a la teoría del diálogo constitucional como parte de lo que denomina *constitucionalismo cooperativo*, y advierte que, si bien supone mayor flexibilidad en los remedios judiciales, también implica mayor capacidad y responsabilidad de las cortes para confrontar los puntos ciegos y las cargas de inercia que llevan a la violación de derechos sociales. Argumenta a favor de un compromiso de diálogo constitucional como el modelo más deseable de cooperación entre los tribunales y las legislaturas en la observancia de los derechos socioeconómicos.

En cuarto lugar, Klein⁴³ propone un modelo de revisión administrativo para explicar prácticas llevadas a cabo por tribunales como el de Canadá y el de

38 GARGARELLA. *Por una justicia dialógica*, cit.

39 *Ibid.*, 308.

40 RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. NY: Cambridge, 2015.

41 *Ibid.*, 257; trad. propia.

42 DIXON, R. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*. En *I•CON (International Journal of Constitutional Law)*. 5, 3, 2007, 391-418.

43 KLEIN, A. *Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights*. En *Columbia Human Rights Law Review*. 39, 2007, 351-420.

Sudáfrica para lograr una realización colaborativa de los derechos. El fin de este enfoque es asegurar la cooperación entre las ramas de gobierno en la definición del contenido de los derechos económicos y sociales y hacerlos cumplir en los casos en que los tribunales no pueden, o no deben, actuar en solitario.

Este *modelo administrativo de revisión judicial* no define derechos caso por caso, sino que permite a la corte conocer las fallas de los gobiernos en el cumplimiento de los derechos y evaluar la razonabilidad de las medidas adoptadas para garantizarlos. Según Klein, el modelo administrativo se caracteriza, entre otros aspectos, por declarar los derechos solo en un nivel general y por estimular una amplia participación.

Por último, para Young⁴⁴, en una democracia pluralista el significado de los derechos no es una verdad única y determinada, sino que es resultado del esfuerzo colaborativo de una comunidad epistémica que llega a un acuerdo provisional. Por tanto, los derechos sociales no tienen un contenido fijo en todos los lugares y momentos. Por el contrario, los derechos “se constituyen” mediante procesos de interpretación, *enforcement* y lucha social. En atención a los distintos modos de adjudicación de tales derechos, esta autora distingue la revisión judicial deferente, la conversacional, la gerencial, la perentoria o autoritaria y la experimental⁴⁵. En esta última, la corte busca involucrar a las partes interesadas relevantes para resolver el problema que obstruye el cumplimiento de un derecho. Este proyecto se logra no prescribiendo los pasos inmediatos hacia la solución sino empujando, vinculando y desestabilizando las instituciones públicas.

Como parte de la revisión judicial experimental, Young plantea un marco interpretativo para resolver los problemas deliberativamente entre distintas organizaciones, de manera que, con el impulso de cortes verdaderamente catalíticas, se llegue a soluciones contextualizadas y participativas. Esto significa que los derechos sociales son constituidos a través de las cortes, de la mano de colectividades sociales y de otras instituciones formales.

TABLA 2. PROPUESTAS TEÓRICAS SOBRE LAS INTERVENCIONES JUDICIALES DIALÓGICAS O EXPERIMENTALES

	Propuesta teórica	Autor(es)	Contenido de la propuesta
1	Constitucionalismo dialógico	Gargarella (2014)	Adaptar el andamiaje institucional del Estado de derecho al diálogo constitucional
2	Activismo dialógico	Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015)	Derechos fuertes, remedios moderados y monitoreo fuerte

44 YOUNG, K. *Constituting Economic and Social Rights*. United States: Oxford University Press, 2012.

45 Según Young, el caso colombiano se puede caracterizar como una combinación de revisión gerencial y perentoria.

2	Constitucionalismo cooperativo	Dixon (2007)	Cortes arremeten contra puntos ciegos y cargas de inercia
4	Modelo administrativo de revisión judicial	Klein (2007)	Remedios profilácticos
5	Revisión judicial experimental	Young (2012)	Los derechos son constituidos en un proceso pluralista asistido por cortes catalíticas

Fuente: elaboración propia.

4. LIMITACIONES DE LA JUSTICIA DIALÓGICA O EXPERIMENTAL

La fe depositada en el proyecto dialógico ha llevado a reconocerlo como una esperanza para la reforma social en áreas de difícil cambio⁴⁶. Incluso se ha dicho que el experimentalismo puede asegurar mejor los compromisos con los derechos sociales que la política tradicional y sus mayorías.

Sin embargo, defiendo que este optimismo solo puede ser moderado porque, pese a que la propuesta experimental ofrece una alternativa valiosa para la protección judicial de derechos sociales en asuntos estructurales, por sí sola parece insuficiente. A continuación se presentan las críticas a este tipo de decisiones, y se ilustran con algunos ejemplos recientes de la jurisprudencia constitucional.

4.1. El contenido de los derechos es contingente y provisional

La primera crítica sugiere que el experimentalismo somete los derechos sociales a una especie de “debilidad normativa”⁴⁷, en la medida en que su contenido no es fijo, sino que es determinado por las partes en respuesta a un contexto y a una lucha en particular. Por tanto, el significado de los derechos es contingente y abierto a la redefinición a través de la deliberación, lo que conlleva una alta dosis de incertidumbre y contingencia. Además, los espacios dialógicos no son necesariamente replicables y sus resultados son inciertos.

En tal sentido, la esencia pragmática del experimentalismo hace que los derechos pierdan valor, lo que puede erosionar sus vías tradicionales de protección e incluso, ante la inherente connotación positiva del diálogo, puede

46 SABEL y ZEITLIN. *Experimentalist Governance*. En Levi-Faur, D., *The Oxford Handbook of Governance*. New York: Oxford University Press, 2012.

47 LIEBENBERG, S. y YOUNG, K. *Adjudicating Social and Economic Rights. Can Democratic Experimentalism Help?* En ALVIAR, H.; KLARE, K. y WILLIAMS, L., *Social and Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment*. NY: Abingdon, Oxon, 2014.

legitimar decisiones regresivas⁴⁸, o prolongar indefinidamente un diálogo que no tiene incidencia alguna en la efectiva protección del derecho.

Así, pese a que es difícil estar en desacuerdo con cualquier alternativa que prometa diálogo y deliberación, no hay que perder de vista que los demandantes acuden a las cortes en espera de una solución que por ellos mismos no han conseguido a través de otras vías, entre las cuales, probablemente, ya se intentó algún tipo de diálogo directo con los responsables de la garantía del derecho en cuestión.

En relación con lo anterior, Liebenberg y Young⁴⁹ sostienen que el experimentalismo le resta importancia al proceso político y cultural que da significado a los derechos, de modo que el proceso deliberativo puede disuadir a las partes de mantener puntos de vista fuertes y, más bien, las invita a ceder en sus posiciones, lo que, de algún modo, niega o suprime las tensiones distributivas y culturales que subyacen al conflicto. En tal sentido, si bien las movilizaciones sociales que subyacen a los litigios estratégicos pueden impulsar procesos deliberativos posteriores a las decisiones judiciales, el experimentalismo dice poco de esta transición de lo confrontacional a lo deliberativo, así como de la forma en que las partes en desventaja terminan cediendo terreno en los procesos de negociación.

Encontramos varias decisiones recientes de la Corte Constitucional colombiana en las que se advierte esta “debilidad normativa” de los derechos. En la sentencia T-209 de 2019 la Corte resolvió el caso de un grupo de niños y niñas del municipio de Sardinata (Norte de Santander), quienes debían transportarse a su institución educativa en una lancha artesanal a través de un río caudaloso poblado de caimanes, debido al deterioro de la estructura del puente que regularmente usaban para llegar a sus clases. En dicha providencia se indica que durante el proceso de revisión del expediente se promovió una *interacción significativa* para tener mejores elementos de juicio, lo cual no es otra cosa que la etapa de práctica de pruebas en la cual la sala solicita información a las partes sobre el asunto que decide.

La Corte defiende, en tal decisión, “el *diálogo significativo* como remedio judicial idóneo para garantizar la protección del derecho a la educación de los accionantes, hasta tanto se ejecuten las obras que garanticen su protección definitiva”⁵⁰, un remedio considerablemente débil, con una alta dosis de incertidumbre en su ejecución que, en últimas, deja desprotegido el derecho y hace que la intervención judicial en el asunto no implique cambio alguno con relación al estado previo del problema⁵¹.

48 TRUBEK, L. y TRUBEK, D. *New Governance and the Transformation of Law*. En *Wisconsin Law Review*, 2, 2010.

49 LIEBENBERG y YOUNG. *Adjudicating Social and Economic Rights*, cit.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.* “QUINTO. - ORDENAR al Departamento de Norte de Santander y al Municipio de Sardinata que continúen con el proceso de interacción significativa, hasta tanto se ejecuten las órdenes atrás referidas, en aras de garantizar los componentes de accesibilidad y disponibilidad

4.2. La decisión judicial no define claramente la obligación, ni los obligados

Según esta crítica, el temor de invadir la órbita de competencia de otras ramas del poder público puede llevar a que las cortes experimentales sean casi cortes deferentes. En efecto, en tanto no imponen una solución vertical y definitiva, las soluciones experimentales reducen la preocupación de invasión judicial de las otras funciones públicas. En palabras de Klein⁵², “debido a que los tribunales no tratan de definir la sustancia de un derecho, sino simplemente de asegurarse que los actores implicados han participado en un esfuerzo inclusivo y de buena fe, las preocupaciones sobre la usurpación judicial de los papeles legislativo y ejecutivo son aliviadas”⁵³.

El asunto es que si los tribunales no definen sustantivamente los derechos, ni las obligaciones que se derivan de ellos en situaciones concretas, en la práctica, es tanto como dejarlos desprotegidos. Al no señalar los contornos, el alcance y las obligaciones que genera el derecho en un caso dado, estaremos frente a cortes deferentes⁵⁴.

4.3. La asimetría entre las partes que dialogan

Una crítica recurrente a la protección judicial de los derechos sociales a través del modelo experimental se refiere a la desigualdad de poder entre las partes que entran en la deliberación. La pregunta por el poder de negociación que detentan las partes que dialogan se torna aún más importante en el marco de un proceso judicial, en el cual los demandantes y los demandados no se encuentran en igualdad de condiciones. Ello en tanto los primeros están privados de sus derechos, cuya amenaza o efectiva violación proviene de una acción u omisión de los segundos. Pero, además, este “déficit de poder”⁵⁵ puede ocurrir porque unas partes pueden tener mayor y más rápido acceso a la información que otras.

del derecho a la educación de los menores de la vereda San José de Campo Lajas, del municipio de Sardinata, Norte de Santander. De considerarlo conveniente, las citadas entidades territoriales podrán celebrar un convenio interadministrativo que dé cuenta de las obligaciones recíprocas que asumen para dar cumplimiento a las órdenes de esta sentencia, de tal forma que puedan concurrir de manera ordenada a la solución de la problemática concreta que dio lugar a la expedición de esta sentencia”.

52 KLEIN. *Judging as Nudging*, cit.

53 *Ibid.*, 397; trad. propia.

54 Lovera Parmo explica que una corte es deferente cuando cede ante los órganos democráticos, y cita como ejemplo a la Corte Suprema chilena que, en un caso sobre el derecho a la salud, advirtió: “las políticas públicas y el derecho corren [...] por carriles separados”. LOVERA PARMO, D. *Políticas públicas y derechos sociales: en busca de un lugar adecuado para las cortes*. En RODRÍGUEZ, C.; ARCIDIACONO, P. y ESPEJO, N., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010, 308.

55 YOUNG. *Constituting Economic and Social Rights*, cit.

Este desbalance entre las partes hace más difícil lograr puntos en común, particularmente teniendo en cuenta las situaciones de conflicto distributivo que caracteriza los casos de derechos sociales en los cuales se enfrentan, por lo general, quienes poseen recursos, experiencia y conocimiento en litigios, con partes desaventajadas que se encuentran en alguna situación apremiante o de persistente vulnerabilidad, como puede ser el caso de los vendedores informales o de los habitantes de predios en condiciones irregulares que acuden al derecho para evitar ser desalojados por las autoridades públicas, o de las víctimas del conflicto armado que buscan asistencia y reparación del Estado, entre otras.

En suma, se teme que el diálogo generado sea un diálogo entre élites en virtud de las asimetrías de poder entre los intervenientes, creando una barrera de conocimiento especializado para la población afectada y la tecnicificación de estos espacios con expertos y no con los verdaderos afectados⁵⁶.

En la sentencia T-012 de 2019, la Corte Constitucional protegió el derecho al agua potable de varias comunidades en el departamento de Bolívar y, para ello, profirió varias órdenes, entre ellas la referida a la conformación de un comité interinstitucional encargado de diseñar un plan de solución definitiva para contar con la infraestructura requerida para la garantía de agua potable. La Corte señaló la entidad que debía liderar este espacio (Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico), a quiénes tenía que invitar a hacer parte de tal comité (a la Defensoría del Pueblo y a los accionantes), y además, le indicó los elementos mínimos que debía contener dicho plan (el diagnóstico del problema, la población por beneficiar, la construcción de alternativas, la selección de la mejor opción y el cronograma de ejecución)⁵⁷.

56 RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ-FRANCO, D. *Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*. En ARCIDIÁCONO, P.; RODRÍGUEZ, C. y ESPEJO, N., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010, 83-154.

57 Sentencia T-012 de 2019 (M.P.: Cristina Pardo). “DÉCIMO.- ORDENAR a Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., a la Alcaldía de Cartagena, a Cooservha E.S.P., a la Alcaldía de Hatillo de Loba, a la Gobernación de Bolívar, al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y al Departamento Nacional de Planeación que, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente sentencia, conformen un comité interinstitucional con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los accionantes, sus familias y sus comunidades. El comité, que será liderado por el Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, estará encargado de diseñar e implementar un ‘plan de solución definitiva’ que asegure la construcción de la infraestructura necesaria para que los habitantes de la comunidad de Bocachica en la isla de Tierra Bomba (T-6.470.199) y los habitantes de la vereda de Gualí en el municipio de Hatillo de Loba (T-6.485.552) tengan cobertura de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico. Sin perjuicio de sus competencias específicas, cada entidad aportará los recursos técnicos, administrativos y presupuestales que sean necesarios para el cumplimiento de este objetivo.”

“En la conformación del comité, el Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico podrá vincular a las entidades nacionales, departamentales y territoriales que considere necesarias para el diseño del ‘plan de solución definitiva’ y la ejecución del mismo. De igual forma, deberá

Lo que resulta inquietante de esta orden es que, si es el comité quien debe diseñar el plan, no se precisa cuál es la obligación de quien lidera y del resto de participantes del comité, por lo cual es previsible que sea el viceministerio quien diseñe el plan y que este sea únicamente socializado con los accionantes, quienes no tendrán mayor posibilidad de intervenir en su formulación o implementación.

4.4. La falta de representación de quienes dialogan

Además de la asimetría entre las partes, puede ocurrir que las personas u organizaciones sociales que hacen parte del espacio conformado para dialogar no representen a la comunidad afectada o que la comunidad esté dividida en cuanto a la forma de intervenir en el proceso de negociación.

En efecto, debido a que los casos estructurales implican la vulneración masiva y generalizada de los derechos de un buen número de personas, es difícil lograr que todas participen en los espacios diseñados para ello, por lo cual “el tribunal debe identificar a las personas afectadas, evaluar la representatividad de aquellos que pretenden hablar por ellos y, algunas veces, asignar pesos a los intereses en competencia afirmados en el proceso”⁵⁸. En algunas de sus decisiones dialógicas, la Corte Constitucional ha dispuesto quiénes deben hacer parte de estos espacios⁵⁹, mientras en otras ha ordenado, en términos

invitar a la Defensoría del Pueblo y a los accionantes, o a los representantes que estos designen, para que participen en el diseño del ‘plan de solución definitiva’ y hagan veeduría sobre el cumplimiento de la presente orden.

“El mencionado plan deberá contener, como mínimo, los siguientes elementos: (i) el diagnóstico del problema; (ii) la población a beneficiar; (iii) la construcción de alternativas; (iv) la selección de la mejor opción; y (v) el cronograma de ejecución. Una vez diseñado, el comité deberá iniciar inmediatamente el proceso de ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él. En todo caso, la implementación del mismo tendrá que comenzar a más tardar un (1) año después de la notificación de esta sentencia”.

58 SABEL y SIMON. *Destabilization Rights*, cit., 1097; trad. propia.

59 En la sentencia T-886 de 2014, para proteger el derecho a la vivienda de un grupo de víctimas de desplazamiento forzado, la Corte ordenó una reunión entre las autoridades y dispuso que esta “deberá ser convocada por el municipio, quien deberá darle participación efectiva a la población afectada en las decisiones que allí se tomen a través de los voceros que la representen” (M.P.: María Victoria Calle Correa). Y en la sentencia T-291 de 2009 (M.P.: Clara Elena Reales), al decidir sobre los derechos de los recicladores que derivaban su sustento de un basurero que fue clausurado, la Corte ordenó a las autoridades responsables que “conformen un comité para la inclusión de los recicladores a la economía formal del aseo en la ciudad de Cali, en el que participen un representante de DANSOCIAL, un representante del DAGMA, un representante de la entidad que coordine el PGIRS, un representante de la Corporación Autónoma Regional del Valle - CVC, el/la representante legal de FERESURCO, el/la representante legal de UPFRAME, el/la representante legal de la Asociación de Recicladores de Navarro, el/la representante legal de la Asociación Nacional de Recicladores. En dicho comité también podrán participar el Defensor Regional de Derechos Humanos y un representante de CIVISOL”.

generales, la participación de “los afectados” o de “la comunidad”⁶⁰. Lo cierto es que no deja de ser difícil determinar quién es o no parte interesada en un caso y a quiénes incluir en el proceso de deliberación⁶¹.

4.5. El desconocimiento de las condiciones del territorio

Una crítica adicional señala que las decisiones dialógicas pueden tener una eficacia limitada por los límites de la perspectiva local para resolver ciertos problemas y por la falta de competencia y de recursos de los entes territoriales para dar cumplimiento a las decisiones judiciales. Según Liebenberg y Young⁶², la preferencia por lo local puede crear problemas en la implementación de las decisiones debido a la falta de capacidad fiscal de los entes locales. En tal sentido, es posible que los mandatarios locales realicen las reuniones ordenadas y estén abiertos al diálogo con las personas afectadas, pero no cuenten con los recursos ni con las facultades para darle solución al asunto que se discute.

Por ejemplo, en el caso de las decisiones judiciales sobre el derecho al agua en Colombia, si bien los municipios y departamentos reciben recursos del Sistema General de Participaciones para garantizar este derecho, en algunos de ellos estos recursos son generalmente insuficientes o los deben aportar a la bolsa común de su departamento, por lo cual se ven obligados a acudir a instancias departamentales y nacionales para financiar las obras de infraestructura de agua potable. Por tanto, no cuentan con plena autonomía para desarrollar proyectos en la materia, de manera que serán de difícil cumplimiento las órdenes judiciales en esta materia.

Es el caso de la implementación de la sentencia T-312 de 2012^[63], sobre el derecho al agua en tres veredas de los municipios de Apulo y Tocaima que durante años recibieron agua potable del municipio de Viotá por su cercanía geográfica. Con el paso del tiempo el acueducto se deterioró por su antigüedad misma, por lo cual esta comunidad dejó de recibir el líquido. El alcalde de Viotá argumentó que no invertiría recursos en la reparación de la red, mientras los otros municipios explicaron que, por razones de presupuesto, era imposible extender el acueducto de sus municipios hasta esas veredas. La

60 Es el caso de la sentencia T-080 de 2015 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio) que resuelve: “ORDENAR que la comunidad afectada en la zona del Mamonal participe eficazmente en el proceso de elaboración y definición de los planes de restablecimiento que la autoridad pública pretenda adelantar. Asimismo, esta comunidad participará de las actividades de monitoreo y control que se adelanten y contará con la financiación de la asesoría que requieran, a cargo de Dow Química, a fin de que estas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva”.

61 Situación que YOUNG. *Constituting Economic and Social Rights*, cit., denomina “*the stakeholder deficit*”.

62 LIEBENBERG y YOUNG. *Adjudicating Social and Economic Rights*, cit.

63 La información sobre la implementación de esta sentencia proviene del trabajo de campo de mi investigación doctoral.

Corte Constitucional protegió los derechos de los afectados y ordenó, entre otras cosas, que los alcaldes debían reunirse en el término de 48 horas, para llegar a un acuerdo sobre la forma en que se articularían para garantizar el derecho al agua a estos territorios.

En efecto, los alcaldes de estos municipios se reunieron en múltiples ocasiones con los afectados para hablar del problema de agua potable en sus veredas, pese a lo cual años después no se ha logrado una solución para las comunidades afectadas, entre otras cosas, porque los recursos para ello dependen de entidades del orden departamental y nacional, como la Gobernación y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, quienes no fueron vinculados al diálogo previsto en la sentencia.

4.6. La eficacia limitada de las soluciones experimentales

Finalmente, este tipo de decisiones pueden tener una eficacia limitada, en tanto requieren más tiempo, participantes y recursos para llegar a un diálogo que permita abordar las distintas soluciones entre las partes, por lo cual los resultados de la deliberación solo se verán en el largo plazo.

Adicionalmente, la orden no puede prever todos los posibles escenarios de negociación ni las condiciones de deliberación, más aún cuando el juez tiene poco control directivo sobre la implementación de la sentencia, lo que puede conducir a incumplimientos sucesivos. Es por ello que Butler⁶⁴ advierte que el experimentalismo es poco realista y difícil de llevar a la práctica, por lo cual, antes de acudir a una solución experimental, la tarea sería, más bien, crear las condiciones para su correcta operación.

Indudablemente los problemas de cumplimiento y efectividad de las decisiones judiciales que protegen derechos sociales, en particular en los casos estructurales, no solo corresponden a las órdenes dialógicas o experimentales, sino a cualquier tipo de orden que busque remover los bloqueos que impiden la garantía de tales derechos en un caso determinado.

Sin embargo, en el caso colombiano, las órdenes dialógicas han implicado un paso adicional en el proceso de cumplimiento de la sentencia, en tanto, a diferencia de las órdenes de planeación⁶⁵, el juez no ordena directamente a las autoridades competentes formular un plan o una política pública dirigida a la protección de los derechos amenazados, sino que les ordena conformar un espacio de diálogo, como una mesa de trabajo o un comité para que, a través de sucesivas reuniones con los afectados y con otros actores, cumplan

64 BUTLER, B. *Law as a Democratic Means: The Pragmatic Jurisprudence of Democratic Experimentalism*. En *Contemporary Pragmatism*. 9, 2, 2012, 241-254.

65 En palabras de Tushnet, “planning remedy”. TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Unites States: Princeton University Press, 2008.

la tarea de producir un plan o política para hacer frente a la situación que genera o agrava la vulneración de derechos⁶⁶.

Además del caso colombiano, vale la pena mencionar, en este punto, las advertencias de Liebenberg⁶⁷ con relación al “giro participativo” de la jurisprudencia de derechos sociales en Sudáfrica. En casos relativos principalmente a los derechos a la vivienda y a la educación, la Corte Constitucional de Sudáfrica se ha abstenido de imponer obligaciones específicas para su protección y, en su lugar, ha desarrollado un estándar de razonabilidad para evaluar las acciones y omisiones de las autoridades en cada caso. La Corte ha buscado, por tanto, alentar la coordinación y el *compromiso significativo* entre las ramas del poder público, las organizaciones sociales y los grupos afectados, lo que constituye, a la vez, un remedio judicial y un estándar de razonabilidad. Sin embargo, el remedio constitucional del *meaningful engagement* no se ha traducido en mejorar las condiciones para los afectados, lo que Liebenberg atribuye a dos aspectos. Por una parte, la Corte no ha sido rigurosa en exigir los requerimientos procedimentales para que la participación se cumpla en términos de igualdad e inclusión para todas las partes. Por otra parte, las protestas y el ambiente político polarizado del país parecen sugerir que los grupos más afectados socialmente prefieren el camino de la política contenciosa por sobre la vía del proceso deliberativo. Al igual que en el caso colombiano, Liebenberg concluye que esta vía experimental en la jurisprudencia de los derechos sociales no se ha reflejado en posibilidades reales de cambio.

5. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES HÍBRIDAS Y CONTEXTUALIZADAS

Las limitaciones de la justicia experimental no implican que deba ser rechazada, sino que obligan a explorar las condiciones necesarias para que esta opere y se puedan contrarrestar las limitaciones señaladas. A continuación se presentan algunas de estas condiciones.

66 Varias sentencias de la Corte Constitucional buscan garantizar la inclusión de los afectados en todas las etapas de construcción de las políticas públicas. Por ejemplo, la sentencia T-143 de 2010 (M.P.: María Victoria Calle Correa), al decidir un caso sobre el derecho al agua potable de una comunidad indígena, resolvió: “ORDENAR al Alcalde del Municipio de Puerto López y al Gobernador del Meta que si aún no lo han hecho, a partir del momento en el cual se les notifique la presente providencia, adopten las medidas necesarias para garantizar la participación real y efectiva de los Pueblos Indígenas Achagua y Piapoco, en la elaboración, implementación y evaluación de la política pública enderezada a solucionar definitivamente la emergencia por la cual atraviesan, por la escasez de agua potable”. En similar sentido, véanse las sentencias T-892 de 2014, T-733 de 2015 y T-139 de 2016.

67 LIEBENBERG, S. *The Participatory Democratic Turn in South Africa’s Social Rights Jurisprudence*. En YOUNG, K., *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 187-211.

En primer lugar, resulta fundamental pensar las vías en las cuales se podría nivelar la deliberación empoderando a los participantes que se encuentran en desventaja. Al respecto, con relación a las asimetrías de información, en algunas de sus decisiones la Corte Constitucional prevé tal situación. Es el caso de la sentencia T-550 de 2015, que protegió los derechos de un grupo de pescadores que serían desalojados de sus viviendas para dar paso a un malecón en Buenaventura. En esa decisión, la Corte ordenó a las autoridades concernidas elaborar un informe sobre las propuestas de reubicación de los pescadores y sus familias, el cual que se debía publicar tanto en la página web de la alcaldía como en un periódico de circulación local y, además, ser remitido a los afectados, un mes antes de la realización de una audiencia pública⁶⁸.

En similar sentido, en un caso relacionado con los derechos de un grupo de recicladores en Cali, la Corte estableció mecanismos de publicidad y reglas para el funcionamiento de un comité, ordenado por la sentencia, del que hacían parte. Para la Corte:

Con el fin de garantizar la continuidad de este espacio, deberá establecerse y aprobarse un reglamento en el que se definan, entre otros aspectos, la periodicidad de las sesiones ordinarias; mecanismos efectivos de convocatoria para todas las organizaciones participantes; mecanismos de publicidad que permitan a los recicladores de base, a las entidades interesadas y a la ciudadanía en general enterarse de lo acordado en las sesiones, para lo cual deberá definirse una entidad responsable de la secretaría técnica del Comité⁶⁹.

68 Sentencia T-550 de 2015 (M.P.: Myriam Ávila Roldán): “Sexto. Ordenar a la alcaldía de Buenaventura que, en la misma fecha de publicación del informe y por los mismos medios (a través de su página web y de [la] publicación en un periódico de circulación regional), convoque a las personas, familias y comunidades asentadas en los terrenos de bajamar de la zona sur de la isla de Cascajal[,] y a los funcionarios que la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Personería de Buenaventura designen para el efecto, a participar en una audiencia pública para la presentación de los resultados del informe y su discusión con los potenciales afectados por los planes de reubicación. La convocatoria a la audiencia deberá precisar la fecha, hora y lugar en la que esta se realizará, lo cual debe ocurrir un mes después de la fecha en que se publique el informe. La alcaldía deberá adoptar las medidas logísticas necesarias para asegurar la oportuna inscripción y participación de la población convocada.

“La audiencia deberá garantizar i) la identificación de los funcionarios que participen en nombre de la administración de Buenaventura y de los representantes del Ministerio Público que hayan asistido; ii) la presentación completa, transparente y precisa de cada uno de los aspectos valorados en el informe, por parte de la alcaldía; iii) la intervención de los representantes del Ministerio Público y iv) un espacio razonable para que las personas, comunidades y familias convocadas discutan el informe de la alcaldía y formulen las preguntas, objeciones y propuestas que consideren pertinentes.

“Concluidas esas etapas, los intervenientes deberán concertar nuevos espacios destinados a asegurar que los habitantes de los terrenos de bajamar de Cascajal participen de forma efectiva y significativa en la adopción de las decisiones relacionadas con la eventual reubicación de sus viviendas, en caso de que, en los términos de esta sentencia, se llegue a determinar que no existen otras alternativas posibles y que la medida es necesaria”.

69 Auto 118 de 2014. M.P.: María Victoria Calle Correa.

En consecuencia, garantizar la participación activa de los sujetos y las organizaciones interesadas en los espacios de diálogo ordenados por las sentencias comienza por establecer reglas que garanticen la publicidad y la transparencia de la información y del resultado de la negociación, así como el compromiso de tener en cuenta la voz de los afectados. Al respecto, en otra decisión la Corte advirtió:

... la participación no se reduce a que las autoridades competentes organicen reuniones de información, de concertación o audiencias, sino que [supone que] en coordinación con la comunidad garanticen la participación y asuman la protección de las personas en situación de vulnerabilidad que van a ser afectadas negativamente por las decisiones administrativas. Es decir, *la participación también significa darle[s] efecto a las opiniones expresadas*⁷⁰. (Cursivas propias).

Para el caso sudafricano, Liebenberg sugiere algunas medidas que podrían ser ordenadas por la Corte Constitucional con el propósito de nivelar la participación de los afectados, como ordenar la asistencia legal para los grupos no representados y asegurar la divulgación completa y accesible de la información relevante del caso⁷¹.

En segundo lugar, el acompañamiento de autoridades públicas, organizaciones sociales, académicos y organismos de control puede contribuir al mejor desarrollo de los espacios dialógicos ordenados por la Corte. En una sentencia relacionada con un grupo de pescadores de Cartagena que vieron afectada su actividad laboral por la construcción de un túnel que implicó el cierre de las playas en las cuales trabajaban, la Corte ordenó a las autoridades y a los particulares implicados realizar las reuniones que fueran necesarias para garantizar el derecho a la participación de los afectados y, “en el marco de estos espacios, diseñar en conjunto con la comunidad las medidas de compensación necesarias”. Adicional a ello, la sentencia dispuso que “[e]stas reuniones deberán realizarse con el acompañamiento de entidades como la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena –EPA– la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría Judicial de Asuntos Rurales de Cartagena, y sin perjuicio de la participación de otras asociaciones y grupos de pescadores”⁷².

Incluir en tales escenarios de diálogo instancias que puedan servir como veedoras y acompañantes de los grupos afectados puede ser conveniente para su transparencia y su continuidad.

70 Sentencia T-606 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

71 LIEBENBERG. *The Participatory Democratic Turn in South Africa's Social Rights Jurisprudence*, cit.

72 Sentencia T-348 de 2012, M.P.: Jorge Pretelt Chaljub.

En tercer lugar, pueden tener mejores resultados las sentencias híbridas, las cuales involucran varios tipos de órdenes, que las sentencias cuya parte resolutiva está exclusivamente fundada en órdenes dialógicas. La combinación de varios tipos de remedios garantiza que el experimentalismo no se convierta en una excusa para que las cortes devuelvan la solución del problema a los demandantes sin adoptar las medidas coercitivas mínimas para asegurar la protección del derecho en el corto plazo.

Ello en tanto la protección judicial de los derechos debe atender sus distintos contenidos y momentos, que no son excluyentes entre sí. De un lado, un contenido mínimo, o núcleo esencial, que, generalmente, se garantiza con órdenes perentorias que operan como órdenes comando y control para atender la urgencia de la situación y evitar un perjuicio irremediable en el corto plazo. De otro lado, un contenido progresivo dirigido a diseñar e implementar medidas de mediano y largo plazo, a través de órdenes dialógicas y programáticas.

Por ejemplo, en los casos relacionados con el agua potable, la Corte ha proferido órdenes perentorias de corto plazo, como entregar agua potable por medio de carrotanques, mientras se llega a una solución definitiva, para no dejar desprotegido el derecho. Así mismo, ha dispuesto órdenes de planeación o de políticas públicas y órdenes de rendición de cuentas, que consisten en solicitar a las autoridades el envío de informes periódicos sobre su cumplimiento, tanto al mismo tribunal constitucional como a los órganos de control o al juez de primera instancia. En complemento, también ha ordenado a dichos entes de control hacer seguimiento a lo ordenado hasta tanto se restablezcan los derechos amenazados o vulnerados.

Al respecto, Rodríguez Garavito⁷³ se refiere a un enfoque híbrido para la protección de los derechos económicos y sociales que denomina *Empowered Participatory Jurisprudence* (EPJ) y que combina la teoría normativa y la teoría experimental sobre la adjudicación de este tipo de derechos. En tal sentido, sugiere que las cortes deben garantizar un piso normativo de derechos sustantivos y procedimentales sobre los cuales opere la experimentación.

En cuarto lugar, y relacionado con lo anterior, es recomendable mantener las soluciones comando y control como una posibilidad ante el fracaso del experimentalismo. Para Klein⁷⁴, es posible que después de proferir una sentencia dialógica los jueces se vean presionados a intervenir sustancialmente ante el fracaso de la propuesta experimental. Por tanto, es necesario que las cortes retengan el poder para imponer sanciones, para emprender intervenciones más agresivas, o que, incluso, la misma sentencia prevea qué hacer

73 RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication*. En YOUNG, K., *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 233-258.

74 KLEIN. *Judging as Nudging*, cit.

en el escenario más pesimista. La sentencia T-080 de 2015, por ejemplo, que le ordenó a una empresa causante de contaminación ambiental reunirse con la comunidad afectada, dispuso:

SE INSTA a que las deliberaciones respeten el principio de buena fe y se orienten a lograr acuerdos que plasmen una adecuada ponderación, procurando evitar posturas adversariales y de confrontación, que bloqueen la toma de una decisión definitiva. *Pero si no se logra un acuerdo en un plazo razonable de tiempo*, la autoridad ambiental correspondiente adoptará la decisión final y debidamente motivada⁷⁵. (Cursiva fuera del original).

Esta sentencia, por tanto, prevé el tránsito a un escenario de regulación jerárquica a cargo de una autoridad ambiental ante el fracaso de las deliberaciones.

En quinto y último lugar, la creación de los espacios de diálogo debería acompañarse con algún seguimiento mínimo de su desempeño, ya sea por parte de la Corte Constitucional, del juez de primera instancia o de algún ente de control. Por ejemplo, en una decisión que protegió los derechos de la población detenida transitoriamente en los centros de reclusión de Bogotá, se ordenó la conformación de una mesa de trabajo con participación de las principales autoridades en la materia y se añadió:

Esta mesa de trabajo deberá rendir informes bimestrales de seguimiento a esta Sala de Revisión de Tutelas y al Juez de Tutela de Primera Instancia, sobre las fases de desarrollo de las actividades necesarias para cumplir las órdenes dadas en esta sentencia y garantizar los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en los establecimientos de retención transitoria de Bogotá, las dificultades, estrategias de superación de éstas y los resultados concretos alcanzados, lo anterior para efecto de evaluar la situación⁷⁶.

Solicitar la remisión de informes periódicos a la Corte, o a otras autoridades, es una medida de seguimiento que permite conocer los avances o los rezagos en las medidas que se deben disponer para la protección de los derechos. Por tanto, la sola verificación de que el espacio de diálogo efectivamente fue creado no debería ser motivo para que la Corte cese su seguimiento, como ocurrió en el auto 118 de 2014, en el marco del seguimiento a la mencionada sentencia T-291 de 2009 sobre los recicladores en la ciudad de Cali. En esta decisión, la Corte advirtió:

Aunque en el presente caso no se ha constatado el cumplimiento pleno de las órdenes impartidas en la sentencia T-291 de 2009, sí se ha verificado el restablecimiento

75 Sentencia T-080 de 2015 M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

76 Sentencia T-151 de 2016, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

de canales de participación de la población recicladora y avances mínimos en materia de inclusión y de protección de derechos, los cuales permiten concluir que la intervención de la Corte Constitucional no resulta indispensable sino que corresponde al juez de primera instancia reasumir su competencia para hacer cumplir las órdenes impartidas en dicha sentencia⁷⁷. (Cursiva fuera del original).

La creación de los canales de participación, en efecto, es solo el primer paso para continuar con el proceso de implementación de la sentencia. En tanto no implica la garantía de los derechos amenazados, no debería conducir al cese del seguimiento por parte del juez constitucional.

CONCLUSIÓN

Dentro del marco teórico general del experimentalismo democrático y la gobernanza experimental se ha desarrollado un subcampo de estudio dedicado a analizar las ventajas de la aplicación de la propuesta experimental a la justicia, en particular, para resolver casos complejos que conllevan intervención en temas de política pública.

En varias ocasiones la Corte Constitucional colombiana ha optado por acudir a decisiones dialógicas al enfrentarse a casos estructurales que implicaban la protección de derechos sociales. Ello genera menos críticas, especialmente en temas presupuestales, y menos costos de supervisión en casos concretos. Por tal motivo, Sabel y Simon⁷⁸ son optimistas frente a su desempeño: “Todavía no es posible una evaluación definitiva de la eficacia de este enfoque ‘experimentalista’, pero el modelo parece evitar los defectos más antiguos señalados por los críticos y los retornos tempranos de algunos esfuerzos dan razones para ser optimistas”⁷⁹.

Sin embargo, al devolver el asunto a los afectados y a las autoridades responsables, ordenando la creación de espacios de diálogo para su encuentro, el juez constitucional puede dejar desprotegidos a los titulares de los derechos amenazados, o efectivamente vulnerados, y no garantizar su contenido.

Si no se logra crear la arquitectura necesaria para sostener el diálogo, si los gobiernos no tienen la voluntad de hacer parte del mecanismo de diálogo diseñado, si no rinden cuentas sobre los avances, si el espacio dialógico no logra ser representativo o si este es capturado por actores más poderosos, entonces las cortes deberían intervenir de manera más agresiva para garantizar la protección de los derechos sociales.

No se trata de abandonar, en general, las soluciones dialógicas y retornar a las decisiones comando y control, sino de asumir que el experimentalismo

77 Auto 118 de 2014, M.P.: María Victoria Calle Correa.

78 SABEL y SIMON. *Destabilization Rights*, cit.

79 *Ibid.*, 1100; trad. propia.

en la adjudicación de derechos sociales no es una receta completa para el cambio social sino un conjunto de arreglos institucionales que pueden generar cambios progresivos en ciertas circunstancias⁸⁰.

Las intervenciones experimentales pueden arrojar mejores resultados cuando las cortes no solo ordenan y vigilan el diálogo sino que, además, conocen el contexto, definen reglas de nivelación de las partes y de transparencia de la información, supervisan el proceso de implementación de las órdenes y adoptan medidas ante su posible incumplimiento.

Así como las prácticas de la gobernanza experimental requieren un terreno abonado, también la justicia experimental supone unas condiciones, como son: (1) garantizar el flujo de información para nivelar a las partes, (2) procurar el acompañamiento de organismos sociales y de entes de control en los espacios de diálogo, (3) intentar soluciones híbridas que incluyan distintas órdenes, no solo dialógicas, (4) mantener las soluciones comando y control como una posibilidad ante el fracaso de la deliberación, y (5) hacer seguimiento a los avances o rezagos del espacio dialógico conformado en atención a la decisión judicial.

Además de ello, es preciso reconocer que no todos los casos sobre derechos sociales sometidos a consideración de la corte son susceptibles de ser tratados bajo este modelo porque, por ejemplo, es posible que se requiera una orden comando y control que proteja los derechos amenazados o vulnerados para evitar un perjuicio irremediable.

Tal como sostiene Gargarella⁸¹, el diálogo constitucional requiere condiciones para su funcionamiento. Tales condiciones para que opere la justicia experimental fueron planteadas de manera general, pero queda pendiente la tarea de conocer cuáles son los factores que facilitan el éxito de la implementación de este tipo de órdenes en situaciones concretas, para lo cual conviene emprender investigaciones empíricas que se ocupen de analizar qué tanto se cumplen las sentencias dialógicas o experimentales en comparación con decisiones comando y control que se ocupan de proteger derechos sociales en casos estructurales.

En el caso colombiano, este giro experimental de la Corte Constitucional rendirá frutos en la medida en que contribuya a que mejore la situación de las personas que, históricamente, han padecido la injusticia social y la violación de sus derechos, quienes, generalmente, hacen parte de las poblaciones más vulnerables del país.

80 LIEBENBERG y YOUNG. *Adjudicating Social and Economic Rights*, cit.

81 GARGARELLA. *Por una justicia dialógica*, cit.

REFERENCIAS

- ANSELL, C. *What Is a Democratic Experiment.* En *Contemporary Pragmatism.* 9, 2, 2012, 159-180.
- BERGALLO, P. *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. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- BOYLE, K. *Economic and Social Rights Law: Incorporation, Justiciability and Principles of Adjudication.* Routledge, 2020.
- BUTLER, B. *Law as a Democratic Means: The Pragmatic Jurisprudence of Democratic Experimentalism.* En *Contemporary Pragmatism.* 9, 2, 2012, 241-254.
- DE BÚRCA, G. y SCOTT, J. *Introduction. New Governance, Law and Constitutionalism.* En DE BÚRCA, G. y SCOTT, J., *Law and New Governance in the EU and the US.* United States: Hart Publishing, 2006, 1-15.
- DE BÚRCA, G.; KEOHANE, R. y SABEL, C. *New Modes of Pluralist Global Governance.* En *New York University Journal of International Law and Politics.* 45, 3, 2013, 723-786.
- DIXON, R. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial Review Revisited.* En *I•CON (International Journal of Constitutional Law).* 5, 3, 2007, 391-418.
- DORF, M. y SABEL, C. *A Constitution of Democratic Experimentalism.* En *Columbia Law Review.* 98, 2, 1998, 267-473.
- GARDBAUM, S. *The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism.* En *German Law Journal.* 14, 2013.
- GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática.* Buenos Aires: Siglo xxi Editores, 2014.
- KLEIN, A. *Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights.* En *Columbia Human Rights Law Review.* 39, 2007, 351-420.
- LIEBENBERG, S. *The Participatory Democratic Turn in South Africa's Social Rights Jurisprudence.* En YOUNG, K., *The Future of Economic and Social Rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 187-211.
- LIEBENBERG, S. y YOUNG, K. *Adjudicating Social and Economic Rights. Can Democratic Experimentalism Help?* En ALVIAR, H.; KLARE, K. y WILLIAMS, L., *Social and Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment.* N.Y.: Abingdon, Oxon, 2014.
- LOVERA PARMO, D. *Políticas públicas y derechos sociales: en busca de un lugar adecuado para las cortes.* En RODRÍGUEZ, C.; ARCIDIACONO, P. y ESPEJO, N., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010.
- MANGABEIRA UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?* UK: Verso, 1996.

- MANGABEIRA UNGER, R. *La democracia realizada*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 1999.
- NIEMBRO, R. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PAPPAS, G. *What Would John Dewey Say about Deliberative Democracy and Democratic Experimentalism?* En *Contemporary Pragmatism*. 9, 2, 2012, 57-74.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication*. En YOUNG, K. *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 233-258.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ-FRANCO, D. *Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*. En ARCIDIÁCONO, P.; RODRÍGUEZ, C. y ESPEJO, N., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010, 83-154.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ-FRANCO, D. *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. NY: Cambridge, 2015.
- SABEL, C. y SIMON, W. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. En *Harvard Law Review*. 117, 2004, 1016-1102.
- SABEL, C. y ZEITLIN, J. *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*. en *European Law Journal*. 14, 3, 2008, 271-327.
- SABEL, C. y ZEITLIN, J. *Experimentalist Governance*. En Levi-Faur, D., *The Oxford Handbook of Governance*. New York: Oxford University Press, 2012.
- TRUBEK, L. y TRUBEK, D. *New Governance and the Transformation of Law*. En *Wisconsin Law Review*. 2, 2010.
- TUSHNET, M. *Revisión judicial dialógica*. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 14, 2013.
- TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Unites States: Princeton University Press, 2008.
- WILKINSON, M. *Between Constitutionalism and Democratic Experimentalism? New governance in the EU and the US*. En *Modern Law Review*. 70, 2007, 680-700.
- WILKINSON, M. *Three Conceptions of Law: Towards A Jurisprudence of Democratic Experimentalism*. En *Wisconsin Law Review*. 2010, 673-718.
- YOUNG, K. *Constituting Economic and Social Rights*. United States: Oxford University Press, 2012.