

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LATINOAMÉRICA

Julieta Rossi*

Leonardo G. Filippini**

Borrador para ser presentado en el “Coloquio sobre Derecho, Moral y Política”, a cargo del Prof. Marcelo Alegre, Universidad de Palermo, Septiembre 2008.

INTRODUCCIÓN

Los tribunales latinoamericanos a menudo deciden casos relacionados con el ejercicio de derechos sociales, tanto en casos individuales como en casos colectivos¹. Algunas veces, ordenan la ejecución de una política ya diseñada; en ocasiones, vigilan que una política determinada respete ciertos estándares o a veces, incluso, avanzan sobre cuestiones que hacen a la definición misma de una política pública. Cada una de estas acciones, a su vez, se combina con variables dosis de activismo judicial. El resultado de todas esas intervenciones como es sabido, sin embargo, no ha sido siempre exitoso, en el sentido de efectivamente favorecer el goce de derechos sociales.

La práctica judicial de la región, al mismo tiempo, muestra una utilización creciente del derecho internacional en este tipo de casos. Los jueces aplican directamente tratados, adoptan estándares fijados por los órganos internacionales de protección, y controlan la implementación nacional de decisiones o sentencias internacionales. En este ensayo analizamos un conjunto de intervenciones judiciales en Latinoamérica en materia de derechos sociales que ha recurrido al derecho internacional. Pretendemos echar alguna luz sobre su uso en este tipo de casos. En primer lugar, ¿por qué el derecho internacional aparece en algunos de ellos? Y, más en general, ¿qué papel juega el derecho internacional en la exigibilidad judicial de los derechos sociales?

Desde hace varios años la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red DESC) administra una Base de Datos de Jurisprudencia que sistematiza las decisiones judiciales de distintos tribunales nacionales e internacionales en la

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (1997). LL.M., New York University (2005). Directora de la Red para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red DESC).

** Abogado, Universidad de Buenos Aires (1998). Master en Derecho, Universidad de Palermo (2004). LL.M., Yale Law School (2006). Profesor de Derecho, Universidad de Palermo.

¹ En este ensayo, utilizaremos indistintamente *derechos sociales*, *derechos económicos, sociales y culturales* o *derechos económicos y sociales*. La primera acepción es generalmente utilizada en el lenguaje constitucional. La segunda y tercera, en el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos.

materia.² Aquí aprovechamos esa información y ofrecemos una visión sintética de las principales tendencias observadas en la región, presentando algunos casos emblemáticos.

El trabajo se divide en dos secciones. La Parte I describe varios de los casos que permiten describir la práctica a la que hacemos referencia. Primero presentamos una descripción de algunos de los casos que juzgamos representativos del tipo de intervención al que nos referimos y luego intentamos presentar un modelo sintético de las modalidades de intervención.

La Parte II sistematiza las contribuciones concretas del DIDESC a las capacidades de intervención de los jueces en casos de corte social. Analizamos algunas variables que el discurso legal habitualmente asocia a la capacidad de los tribunales de justicia para impactar positivamente en el diseño, control e implementación de políticas públicas en materia social y con base en algunos casos paradigmáticos, dejamos sugerido que el DIDESC podría favorecer el éxito de las intervenciones judiciales cuando efectivamente ha ampliado las posibilidades de diálogo entre el poder judicial y los poderes políticos. El uso del derecho internacional podría constituir un elemento relevante en la intervención judicial sobre políticas sobre derechos sociales en tanto favorezca la capacidad política de los tribunales para involucrar a los otros poderes en el proceso.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DESC Y SU INFLUENCIA EN LATINOAMÉRICA

a. Argentina

La Corte Suprema argentina, así como muchos tribunales inferiores, ha hecho alusión reiterada a normas de tratados que protegen derechos económicos y sociales y a decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas. El tribunal supremo ha declarado que estas interpretaciones resultan vinculantes para los tribunales de justicia nacionales; ha aplicado las normas sobre derecho a la salud, seguridad social, trabajo y estándar adecuado de vida, del PIDESC, y ha tomado en consideración las Observaciones Generales y las Observaciones Finales del Comité DESC.

En cuanto a estándares específicos, la Corte estableció en *Campodónico de Beviacqua* (2000)³ que la autoridad pública tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas⁴. Además, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité DESC⁵, la Corte afirmó que el gobierno nacional tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del Pacto en los estados federales⁶. También, citando el artículo

² Red DESC, Base de Datos de Jurisprudencia, disponible en http://www.escribnet.org/caselaw/caselaw.htm?attribLang_id=13441. La base es de acceso libre.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24 de octubre de 2000.

⁴ Cf. Considerando 16.

⁵ Comité DESC, Observaciones Finales al Informe presentado por Suiza del 20 y 23 de noviembre de 1998.

⁶ Cf. Considerando 19.

2.1 del PIDESC, se refirió a la obligación de realizar progresivamente los derechos económicos y sociales hasta el máximo de los recursos disponibles⁷ y al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción⁸. En el caso, la Corte condenó al Gobierno Nacional a mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad. En *Asociación Bhengalensis* (2000)⁹, la Corte¹⁰, reconociendo que el derecho a la salud se encuentra protegido en varios tratados internacionales de jerarquía constitucional indicó que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio¹¹. En el caso, la Corte ordenó el suministro de los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del HIV a las personas incluidas en el plan estatal al efecto. En estos casos, la corte argentina ha asumido que en el camino hacia la efectivización de los derechos fundamentales, sean estos económicos y sociales o civiles y políticos, los poderes públicos deben adoptar medidas positivas en concordancia con la hermenéutica de los Comité DESC y de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y expertos en la materia¹².

b. Bolivia

Corte Suprema de Bolivia, N.N vs. la Corporación del Seguro Social militar (COSSMIL), 8 de enero de 2003.

* * *

⁷ Cf. Considerando 19.

⁸ Cf. Considerando 18.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Asociación Bhengalensis y otros c. Ministerio de salud y Acción Social –Estado nacional s/ Amparo 16.688*, cit.

¹⁰ En este caso la Corte hizo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación.

¹¹ Dictamen del Procurador General, Considerando X.

¹² Tanto los Comités mencionados como expertos en la materia han coincidido ampliamente en que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales generan para los Estados obligaciones de respeto, protección y cumplimiento. Por ejemplo en la Observación General N° 12, el Comité estableció: “El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo*” (Cf. Comité DESC, Observación General N° 12, párr. 15). En la Observación General No. 13, el Comité expresó: “El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer” (Cf. Comité DESC, Observación General No. 13, párr. 46). El Comité DESC ha reiterado este esquema en las Observaciones Generales sobre Derecho a la Salud, (párr. 33) y Derecho al Agua (párr. 20). Entre muchos otros autores que señalan la existencia de tres niveles de obligaciones; Philip Alston y Gerard Quinn, “The Nature and Scope of States Parties’ obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, May 1987, p. 185; Asbjørn, Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural rights: a Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2001, pp. 9-28; V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 27-32; Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción, El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 119-133.

c. Colombia

En el caso *Abel Antonio Jaramillo y otros*¹³, las autoridades políticas habían diseñado un plan para atender la situación desesperada de las personas desplazadas debido al conflicto armado, incluyendo políticas sociales. No obstante, debido a la asignación insuficiente de presupuesto y a una precaria capacidad institucional, las solicitudes en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria no recibían una atención efectiva. La Corte Constitucional ordenó al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que asegurara la coherencia entre las obligaciones fijadas por las autoridades competentes y el volumen de recursos efectivamente destinados a proteger los derechos de los desplazados y ordenó a las autoridades políticas la redefinición de los compromisos en relación a las personas desplazadas. En este caso, la Corte Constitucional ha hecho explícita aplicación del principio del progresividad y no regresividad, considerando explícitamente la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Corte enunció: "... el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (...) ha señalado las condiciones para la adopción de medidas que puedan implicar un retroceso (...). Estas cuatro condiciones pueden ser aplicadas a todos los derechos que tengan una marcada dimensión prestacional, en razón de las condiciones específicas en las que se encuentran sus titulares".

Otros casos: Corte Constitucional de Colombia, Sandra Clemencia Pérez Calderón y otros contra el Ministerio de Salud y la Alcaldía de Santa Fe de Bogotá, DC –Secretaría Distrital de Salud-, 20 de mayo de 1998, Sentencia SU-225/98. La Corte Constitucional también tiene jurisprudencia sólida en materia de derecho a un ingreso mínimo vital¹⁴.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaño, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros*, 22 de enero de 2004.

¹⁴ Para una descripción y análisis sobre los casos de la Corte Constitucional Colombiana sobre derecho al mínimo vital, ver Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre Ripoll, "Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital", Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2002; Julieta Lemaitre Ripoll, "El Coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia", en *Derecho y pobreza*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2005, del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 53-69 y Manuel José Cepeda Espinosa, "Judicial activism in a violent context: The origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court", 3 WASH. U. GLOBAL STUD. REV. 529.

Progresividad y prohibición de retroceso¹⁵. En *Vacunas*, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades municipales de Bogotá la creación de un programa de vacunación contra la meningitis para las personas en situación de pobreza. Hasta ese entonces, los niños pobres no tenían acceso a la vacunación contra la meningitis. En este caso, las autoridades administrativas debieron poner en marcha los resortes necesarios, así como llevar adelante la reasignación de presupuesto para implementar el programa ordenado.

d. Costa Rica

En *Tania González Valle* (2003)¹⁶, en el que se solicitaba a la Caja Costarricense del Seguro Social un medicamento para tratar a una niña que padecía la enfermedad de Gaucher tipo 1, la Corte Suprema señaló que la obligación estatal de proteger los derechos a la vida y a la salud, emanaba no solamente de la Constitución Política sino también de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte consideró que la Caja costarricense debía optimizar el manejo de los recursos disponibles para que los recursos del sistema del seguro de salud fueran invertidos eficientemente. Considerando además el carácter letal de la enfermedad y la escasa capacidad económica de los padres, ordenó a la Caja del Seguro Social suministrar a la niña el medicamento prescrito por su médico tratante. Según los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986), interpretando la obligación de los Estados de adoptar el máximo de los recursos disponibles para hacer frente a las obligaciones contenidas en el PIDESC, indican que “se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa ...”¹⁷.

¹⁵ En la sentencia C-671 de 2002, la Corte Constitucional se ha referido al principio de regresividad y no regresividad del siguiente modo: “el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello sometido a un control de constitucional estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de ese derecho social prestacional”.

¹⁶ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, *Tania González Valle* (Expte. 03-007020-007-CO), cit.

¹⁷ Principios de Limburgo, Principio No. 27. Los Principios de Limburgo fueron elaborados por un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América) reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986. Cf. “Introducción, Principios de Limburgo”, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, ps. 3-15. En igual sentido ver, Philip Alston y Gerard Quinn, “The Nature and Scope of States Parties’ obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, May 1987, p. 185. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Alemania resolvió que las facultades de medicina podían utilizar los recursos de los que disponían para matricular a un mayor número de estudiantes. Cf. Numerus Clausus I Case (1972), 33 BverfGE 303, citado por Malcolm Langford, “The question of resources”, *Housing and ESC Rights Law Quarterly*, Vol. 1, No. 3, at www.cohre.org/downloads/Quarterly_03.pdf.

En *William García Álvarez vs. Caja Costarricense de Seguro Social* (1997)¹⁸, la Corte Suprema estableció la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, y de obligada tutela para el Estado basándose en normas de distintos pactos de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana y el PIDESC¹⁹. Sostuvo además, que la insuficiente capacidad financiera del Estado no puede argüirse legítimamente como justificación para desatender las obligaciones estatales respecto de los derechos a la vida y salud²⁰. Por tanto, la Corte afirmó que la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social²¹. Así, ordenó a la Caja Costarricense del Seguro Social a suministrar al reclamante la terapia de combinación de antirretrovirales apropiada a su condición clínica. Del principio de progresividad y no regresividad se desprende que la insuficiente capacidad financiera del Estado no puede justificar sin más el incumplimiento de las normas que reconocen y protegen derechos sociales²². En este caso, la decisión judicial revirtió una decisión de los poderes políticos y puso en marcha una política pública de sentido contrario. Si bien el caso fue iniciado por una persona individual y la sentencia se refirió a éste únicamente, la intervención judicial tuvo la capacidad de hacer extensivo el resultado de un caso individual al colectivo de personas afectadas por el HIV²³.

e. Ecuador

Tribunal Constitucional de Ecuador, *Sala Primera, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) c. Arco Oriente s/ Amparo*, 1 de abril de 2000.

* * *

f. Perú

La Corte Suprema de Perú ha considerado el derecho internacional de los derechos humanos en muchas de sus decisiones. En *Azanca Alhelí Meza García* (2004)²⁴ se ha pronunciado respecto de las normas contenidas en la Constitución en concordancia con las normas pertinentes del PIDESC y la Convención Americana con relación al derecho a la salud²⁵. En cuanto a estándares específicos, el tribunal consideró que “las normas que

¹⁸ Corte Suprema de Costa Rica, *William García Álvarez vs. Caja Costarricense de Seguro Social*, 23 de septiembre de 1997, cit.

¹⁹ Considerando I.

²⁰ Considerando III.

²¹ Considerando V.

²² Ver Rossi, Julieta, sobre no regresividad.

²³ Informe Investigación Canadá. HIV Colombia Idem Venezuela y El Salvador.

²⁴ Tribunal Constitucional de Perú, *Azanca Alhelí Meza García*, cit.

²⁵ El Tribunal Supremo ha dicho: “Asimismo, corresponde analizar la obligación del Estado en materia asistencial –para el caso de prestaciones de salud– conforme a los artículos 7°, 9°, la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párr. 7).

consagran derechos sociales no pueden considerarse normas programáticas de ejecución mediata como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos”²⁶. En consecuencia, según la Corte, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado. Esta interpretación va en línea con las consideraciones efectuadas por el Comité DESC en su Observación General No. 3 que se dedica a precisar el alcance y contenido de las obligaciones estatales contenidas en el PIDESC²⁷. Entre otras cosas, destaca que no puede sostenerse una diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales y que a ambas categorías de derechos corresponden iguales obligaciones estatales.

Además, el tribunal supremo consideró en su razonamiento el principio de progresividad contenido tanto en el PIDESC como en la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador. Sostuvo de esta forma que los derechos sociales “... derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población”²⁸. El principio de progresividad, según el tribunal, implica que el Estado debe adoptar medidas concretas que tiendan inequívocamente a la obtención de los resultados sociales identificados²⁹. En este caso, si bien el tribunal no hace referencia explícita a la jurisprudencia del Comité DESC, su influencia es indudable. Así, el Comité DESC ha sostenido que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser alcanzada en forma gradual, el PIDESC impone a los Estados la obligación de implementar en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible a la satisfacción de las obligaciones³⁰.

En el caso, el Tribunal hizo lugar a una acción de amparo y ordenó que se incluyera a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían en forma prioritaria tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud³¹. Además, exhortó a los poderes

²⁶ Cf. Considerando 11.

²⁷ Cf. Comité DESC, Observación General N° 3 (1990), La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

²⁸ Cf. Considerando 12. En igual sentido, sostuvo el Tribunal que: “Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas” (considerando 37).

²⁹ Así, el Tribunal adujo que: “... Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión (considerando 39).

³⁰ Cf. Comité DESC, Observación General No. 3, párr. 2.

³¹ Aquí debe señalarse que el Congreso había sancionado dos leyes referidas a la atención médica integral de las personas viviendo con HIV. Mediante la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26626 se encargó al

públicos a que se cumpliera lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 26.626 en el sentido de considerar como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA³².

g. Venezuela

En *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social (2005)*³³, la sala constitucional del Tribunal Supremo venezolano consideró las normas el Convenio No. 2 relativo a la “Norma Mínima de la Seguridad Social” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que recoge el contenido mínimo de las diferentes prestaciones que conforman el derecho a la seguridad social, para determinar las obligaciones del Estado en materia de seguridad social. En particular, hizo referencia al artículo 19 que garantiza la concesión de prestaciones de desempleo. El tribunal ordenó que, en un plazo máximo de 3 meses, prepare, discuta y sancione una ley sobre la materia o en su defecto, establezca un régimen transitorio que repare la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social.

El Tribunal Supremo decidió además una serie de casos vinculados al derecho a la salud. Respecto del derecho de las personas viviendo con HIV a recibir tratamiento adecuado, el Tribunal Supremo, en el caso *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo (2001)*³⁴, consideró, con base a normas constitucionales y de derechos humanos que el derecho a la salud es un derecho social fundamental y no un fin discrecional del Estado³⁵. Además, sostuvo que si bien reconocía

Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual. En esta ley se establecen los principios que rigen el Plan de Lucha, destacando, entre ellos, el artículo 7° de la referida norma, en cuyo texto se reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera. Luego, la Ley N° 28243, modificó la Ley N° 26626 estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.

³²Con fecha 5 de octubre de 2004, el Tribunal Constitucional peruano dictó sentencia en el caso de José Luis Correa Condori (Expte. N° 2016-2004-AA/TC) y ratificó el criterio establecido en el caso *Azanca Alhelí Meza García*. El Tribunal consideró que, si bien se dictaron sendas resoluciones con la finalidad de establecer un sistema de atención para brindar tratamiento antirretroviral a los adultos con HIV, en el caso particular del recurrente no se acreditó que se hubieran realizado acciones concretas por parte del Ministerio de Salud o sus dependencias. Ver también, *Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros, N° 0008-2003-AI/TC*.

³³Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, 2 de Marzo de 2005.

³⁴Tribunal Superior de Venezuela, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo* (Expediente 00-1343. Sentencia N° 487), cit. Con fecha 2 de diciembre de 2002, la Sala Constitucional ratificó su sentencia del 6 de abril de 2001, en el caso *Loreto Tabares y otros*. La acción fue interpuesta por un grupo de pacientes con VIH contra el IVSS, en razón de que no se les hacía entrega de los medicamentos con la regularidad prescrita por los médicos tratantes.

³⁵Sostuvo el Tribunal que “puede colegirse que el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida, ha sido consagrado en nuestra Carta Magna como un derecho social fundamental (y no como simples «determinaciones de fines de estado»), cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, cuyos

la limitación presupuestaria del organismo, en tanto y en cuanto ésta se derivara de la ineficiencia en su administración, no podía oponerse válidamente como justificación para incumplir las prestaciones del derecho a la salud³⁶. Los principios internacionales indican, como ya mencionamos, que los estados deben hacer un uso eficiente de sus recursos y que por tanto, la ineficiencia no puede actuar de justificación razonable para el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales.

El tribunal ordenó suministrar tratamiento médico integral al grupo de pacientes viviendo con HIV que dio inicio a la causa. Además, considerando el alcance del derecho al acceso a la justicia, hizo extensivos los efectos de la sentencia a favor de todas las personas inscriptas en el Instituto Venezolano de Seguridad Social a quienes se les hubiera diagnosticado la enfermedad del VIH/SIDA y que cumplieran con los requisitos legales para obtener los beneficios derivados del sistema de seguridad social.

Otros casos: En el caso *Hospital de Niños de Caracas*³⁷ se presentó una acción de protección por el deficiente tratamiento de los niños/as con cardiopatías congénitas, pacientes del Hospital de Niños J. M. de los Ríos de Caracas.³⁸ Parte de derecho internacional. Ver Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, *Cruz del Valle Bermúdez y otros vs. MSAS s/amparo*, 15 de julio de 1999.

h. Tendencias observadas

En las últimas décadas, se observa una tendencia en los tribunales y particularmente en las cortes supremas o constitucionales de varios países de Latinoamérica a considerar en sus decisiones el derecho internacional de los derechos humanos. Esta práctica, como hemos visto, también se observa en casos en que está en juego la violación de derechos económicos, sociales y culturales. Los estándares de derechos humanos de tal forma, han jugado un papel importante tanto en el desarrollo y orientación de las decisiones judiciales como en el diseño y formulación de políticas públicas con contenido social.

Según se desprende del análisis de casos, los tribunales de justicia han apelado al derecho internacional de distintas maneras, individualmente o de modo combinado:

órganos desarrollan su actividad orientados por la elevación (progresiva) de la calidad de vida de los ciudadanos y, en definitiva, al bienestar colectivo”.

³⁶ El Tribunal sostuvo: “... que no resulta oponible ante los beneficiarios del sistema de seguridad social que rige el prenombrado Instituto, la insuficiencia de recursos financieros derivada del incumplimiento de los patronos contribuyentes con el sistema de seguridad social, sea cual fuere su naturaleza, pues ello se circunscribe al ámbito de la administración y gerencia del órgano accionado, cuya ineficiencia no puede justificar en modo alguno, el incumplimiento del deber que le ha sido encomendado por la Ley”.

³⁷ Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) y otros c. Gobernación del Distrito Federal s/ Acción de Protección*, 16 de julio de 2001.

³⁸ Los niños eran sometidos a largas esperas para acceder al cupo quirúrgico. Algunos murieron en la espera y otros, aún teniéndolo, fallecieron por no ser intervenidos a tiempo. Según los demandantes, ello ocurría por la omisión de la Gobernación de garantizar un presupuesto suficiente y la dotación básica necesaria para proporcionar un servicio adecuado y oportuno a los pacientes.

- (a) han aplicado normas específicas contenidas en tratados de derechos humanos;
- (b) han utilizado normas internacionales como pautas de interpretación de la normativa interna;
- (c) han utilizado normas internacionales como complemento de la normativa interna;
- (d) han considerado las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones estatales y el contenido de los derechos reconocidos en los pactos y declaraciones;
- (e) han considerado conceptos e interpretaciones efectuadas por órganos internacionales para moldear la hermenéutica constitucional³⁹; y
- (f) han aplicado decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi-judiciales en casos individuales⁴⁰.

Como exponentes de lo dicho aparecen los desarrollos en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Venezuela. En estos países, con base en el derecho internacional de los derechos humanos, la intervención judicial ha tendido a restringir la discrecionalidad de los órganos políticos en la configuración de áreas que tradicionalmente eran de su exclusivo resorte. Los tribunales han declarado que los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables, que éstos poseen un núcleo mínimo que no puede ser desconocido por los poderes estatales, que los grupos más desaventajados de la sociedad merecen una protección especial y prioritaria, que los poderes políticos deben adoptar medidas claramente orientadas a satisfacer los derechos sociales y que las políticas de corte regresivo son en principio inconstitucionales, entre otros principios favorables a la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

Además, los tribunales han emitido órdenes —muchas veces precisas y detalladas— dirigidas a los poderes políticos para revertir situaciones de incumplimiento o violación. Han ordenado priorizar el gasto en materia social, han decretado la indisponibilidad de partidas presupuestarias, han ordenado al parlamento que asigne presupuesto para fines

³⁹ Algunos tribunales, como la Corte Suprema argentina, han decidido explícitamente que la jurisprudencia internacional resulta obligatoria para los tribunales domésticos. Entre muchos otros ver, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, 14 de junio de 2005.

⁴⁰ Entre otros, podemos citar, Corte Constitucional de Colombia, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín (EVM) c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Exteriores, Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín s/ amparo*, Sentencia T-568, 10 de agosto de 1999. Allí la Corte consideró que, por ser Colombia Estado Parte del Tratado Constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y habiendo ratificado, entre otros, sus Convenios 87 y 98, la recomendación efectuada por el Consejo de Administración de dicha entidad en el sentido de reintegrar en sus puestos de trabajo o indemnizar a un grupo de trabajadores, constituye una orden expresa vinculante para el Estado colombiano. Por tanto, ordenó a las EVM a reintegrar a los trabajadores despedidos y a reconocerles los salarios y prestaciones que dejaron de percibir.

sociales, y han formulado o contribuido a formular políticas en materia de salud, vivienda y educación. En este proceso, el poder judicial ha sido o pretendido ser un motor para la modificación de prácticas administrativas ineficaces, el fortalecimiento de la capacidad de gestión de los órganos administrativos y el logro en la eficiencia en el gasto público. De ese modo, la utilización del derecho internacional ha colaborado de manera significativa en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales brindando argumentos a favor de la intervención de los tribunales. Hoy en día, la discusión en América Latina no gira ya en torno a la posibilidad de demanda judicial de los derechos sociales, sino en torno a cuál es el papel que los tribunales deben desempeñar; cuál es el tipo de situaciones en las que deben intervenir y con qué alcance; qué tipo de órdenes deben emitir y principalmente, cuáles son las variables institucionales que deben fortalecerse para que la intervención judicial se traduzca en cambios concretos⁴¹.

Las circunstancias que podrían explicar la marcada tendencia hacia la aplicación del DIDESC en decisiones internas pueden ser varias. En primer lugar, varios países de América Latina han ratificado un número importante de tratados internacionales de derechos humanos durante las últimas décadas y los han incorporado al orden jurídico doméstico, generalmente con status privilegiado. En algunos casos, los tratados de derechos humanos han adquirido rango constitucional, como en Argentina y Bolivia. En otros, como en Costa Rica o El Salvador estos tratados han adquirido jerarquía supra-legal. Otra innovación en la arquitectura jurídica latinoamericana ha sido la incorporación constitucional de nuevos derechos, entre ellos derechos económicos y sociales, así como nuevas y más eficaces instituciones procesales para proteger derechos fundamentales.

En segundo lugar, el alcance y contenido de las normas de tratados que protegen derechos económicos y sociales comenzaron a ser interpretadas por los órganos de protección internacional, lo que ha impulsado su aplicación por tribunales locales. De este modo, el desarrollo de estándares en materia de derechos sociales ha cobrado gran impulso a través, principalmente, de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) —órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁴²—. Además, en el ámbito de las Naciones Unidas, se han designado diversos Relatores Especiales para monitorear el cumplimiento de derechos tales como alimentación, educación, vivienda y salud⁴³ quienes han emitido una serie de informes que han contribuido al desarrollo conceptual de estos derechos, así como a clarificar los modos de implementación. Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, si bien en forma más lenta y gradual,

⁴¹ El recorrido por distintas sentencias indica que los tribunales latinoamericanos han iniciado un proceso en el cual están debatiendo con ellos mismos, las otras ramas de gobierno y la población en general, cuáles deben ser los contornos de su intervención, pero ya no discuten que al igual que las otras ramas del gobierno, deben intervenir.

⁴² Desde hace más de dos décadas, el Comité DESC ha venido desplegando serios esfuerzos en pos de determinar el contenido normativo de los derechos y las obligaciones estatales establecidos en el PIDESC. Hasta el momento, el Comité ha emitido 18 Observaciones Generales que pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

⁴³ En igual dirección, el Alto Comisionado para Derechos Humanos ha prestado mayor atención a esta materia. La gestión de Mary Robinson (1997-2002) ha sido particularmente activa a este respecto.

también ha registrado algunos avances en el último tiempo⁴⁴. En 1999, entró en vigencia el Protocolo de San Salvador⁴⁵ el primer instrumento interamericano que regula específicamente derechos económicos, sociales y culturales y tanto la Comisión como la Corte han emitido algunas decisiones valiosas en esta área⁴⁶.

En tercer lugar, durante las dos últimas décadas se detecta una tendencia a utilizar la vía judicial para el reclamo de derechos fundamentales, en conjunto o incluso por encima de los canales tradicionales de participación política. A pesar del reconocimiento explícito y la protección amplia y más vigorosa de los derechos sociales a través de las constituciones y/o los tratados de derechos humanos, desde los años 80s, los poderes políticos en la región han adoptado políticas macroeconómicas que han progresivamente desmantelado el Estado de Bienestar y causado el aumento de la pobreza, el desempleo y la distribución inequitativa de la riqueza. Para muchos grupos vulnerables, el poder judicial ha representado el último resorte para resistir la adopción de tales políticas o para alivianar sus consecuencias. Los tribunales de justicia han tendido a hacerse eco de los nuevos derechos incorporados a las constituciones y tratados y a ocupar un rol más activo en su defensa. De este modo, el poder judicial comenzó paulatinamente a complementar o en algunos casos, a sustituir a los mecanismos políticos de participación y a erigirse en defensor de los derechos fundamentales utilizando el derecho internacional de los derechos humanos como una de sus principales herramientas.

En cuarto y último término, algunos activistas y organizaciones sociales comprendieron rápidamente las implicancias institucionales de las reformas constitucionales y la ratificación de tratados y comenzaron a reclamar la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales de justicia. En particular, muchas organizaciones de derechos humanos de la región que tradicionalmente focalizaban su trabajo en la defensa de derechos civiles y políticos incorporaron a su trabajo la defensa de derechos económicos y sociales. En el mismo sentido, las organizaciones de derecho de interés público comenzaron a diseñar estrategias para el litigio de impacto estructural, algunas de las cuales hicieron foco en cuestiones sociales. Además, pueblos indígenas, mujeres y personas con capacidades especiales, entre otros grupos desaventajados, comenzaron a trabajar activamente por la defensa de sus derechos.

II. EL DIDESC EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

⁴⁴ Cf. Juan Méndez, “Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano” y Viviana Krsticevic, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en *CONSTRUYENDO UNA AGENDA DE TRABAJO PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES*, CEJIL, 2002, pp. 115-144 y 145-200, respectivamente. Arts. Mas actuales. Melish, Cavalaro, Julieta Rossi in Circle of Rights.

⁴⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988; entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.

⁴⁶ Ver en este sentido, Viviana Krsticevic, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, cit. Mas actuales. Además, a pedido de la Asamblea General de la OEA, la Comisión Interamericana ha ... citar TEMA INDICADORES.

a. Función del DISDESC en el litigio por derechos sociales

Las experiencias relatadas en la sección anterior demuestran que el derecho internacional de los derechos humanos ha jugado un papel en el contenido de las decisiones de los tribunales de justicia latinoamericanos relativos a derechos sociales. Estos casos sugieren, en particular, que el derecho internacional ha contribuido a la definición de las obligaciones estatales respecto de la satisfacción de derechos sociales y del alcance específico de estos derechos y a la determinación de medidas sociales y económicas de carácter individual y general.

En la gran mayoría de los casos citados, los jueces han pretendido impactar concretamente sobre las políticas públicas a fin de lograr el aseguramiento de derechos sociales. Sin embargo, no en todos los casos el cambio ha sido posible. La pregunta acerca del papel de la aplicación del DIDESC, entonces, es relevante. ¿Qué papel juega el DIDESC en estas intervenciones y qué papel podría jugar en aquellos casos en los que su utilización es motivada en el interés por el efectivo ejercicio de un derecho social?

Idealmente, deberíamos ser capaces de determinar con mayor precisión bajo qué circunstancias el uso del DIDESC puede tener una incidencia positiva en el cambio de políticas públicas favorables a la vigencia de los derechos económicos y sociales. Una respuesta exhaustiva y ampliamente documentada a esta pregunta excede las posibilidades de este ensayo, sin embargo. Aquí algunas primeras reflexiones sobre el papel que juega o podría jugar el DIDESC.

b. Variables usualmente asociadas al éxito de la intervención judicial sobre derechos sociales

La literatura preocupada por el éxito de las intervenciones judiciales en materia de derechos sociales permite identificar tres elementos que usualmente se asocian a la mayor probabilidad de éxito de una acción judicial. Estos elementos que usualmente son considerados relevantes para reflexionar acerca de las posibilidades de los tribunales para generar cambios reales en las prácticas legislativas y administrativas en materia social son:

- (1) el tipo de intervención de los tribunales—que, en algún sentido también podríamos llamar su grado de activismo—
- (2) el carácter individual o colectivo del litigio y de la decisión judicial y
- (3) la calidad de la interacción entre las cortes y los órganos políticos durante el proceso y la ejecución de la sentencia.

Veamos:

1) Tipo de intervención

Los tribunales que intervienen sobre políticas públicas en materia de derechos sociales lo hacen con diversos grados de intensidad. Un primer grado de intervención —el más débil— se da en aquellos casos en los que las autoridades judiciales ordenan implementar o ejecutar una política o un programa previamente delineado por el legislador o la autoridad administrativa. Se trata de casos relativamente clásicos en los que los jueces confrontan hechos con normas. Los tribunales no emiten juicio de valor sobre la política o medida y se limitan a ordenar su ejecución, luego de verificar el incumplimiento de lo establecido. De esta manera, las medidas adoptadas por los poderes políticos se transforman en obligaciones legales a través de la intervención de los tribunales en situaciones donde, o bien la política o programa no estaba siendo ejecutado o bien había comenzado a ser ejecutada por el poder administrativo y una falla en su ejecución determinó su paralización, o la demora en su implementación. En materia de derechos sociales, la novedad más visible en este tipo de intervención ha sido la sujeción al control judicial de materias que antes excedían la esfera judicial —cuestiones no justiciables— y su tratamiento colectivo.

El segundo tipo de intervención está dado por aquellos supuestos en los que los tribunales examinan o controlan si la política pública o medida en cuestión es compatible con ciertos estándares legales —como por ejemplo razonabilidad, progresividad y no regresividad, no discriminación, transparencia— o con el contenido de los derechos en juego. Si el tribunal considera que la política o medida no satisface los estándares relevantes en el caso o el contenido del derecho afectado la remite a los poderes políticos para su reformulación, a veces brindando pautas relativamente precisas, a veces formulando guías de carácter general. En estos casos, la remisión puede ser efectuada al poder legislativo y/o al poder administrador, dependiendo de si la falla proviene del diseño legislativo o administrativo o de ambos.

En el tercer nivel la intervención judicial es más profunda aún y los tribunales corrigen la ausencia de una ley o programa y frente a obligaciones positivas de los Estados los jueces ordenan la adopción de programas. Los tribunales corrigen la inacción de los poderes políticos, deben evaluar el tipo de medidas a ser adoptadas y eventualmente ordenar su implementación. En estos casos, la decisión judicial crea o diseña la política o medida, aunque los detalles de su ejecución son generalmente librados a la discreción de la autoridad administrativa.

En los dos últimos tipos de intervención, los tribunales alternativamente deciden actuar como árbitros del proceso de diseño o reformulación de las políticas públicas en juego, a través de la formación de mesas de negociación entre la parte afectada, los órganos estatales demandados y en ocasiones, otros representantes de la sociedad civil⁴⁷.

En general, se piensa que el tipo de intervención dice algo sobre las posibilidades de éxito de la acción del poder judicial sobre la configuración de las políticas públicas en juego. En la medida en que la intervención se acerque al primer tipo, existirían menos roces con

⁴⁷ Ver en este sentido, Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) y otros c. Gobernación del Distrito Federal s/ Acción de Protección*, 16 de julio de 2001.

el poder político, habría menos dudas acerca de cuál es la política que debe implementarse y los jueces no deberían enfrentar mayores cuestionamientos a su legitimidad. La sentencia judicial, en estos casos, debería enfrentar menos dificultades para ser cumplida. A la inversa, los casos más cercanos al tercer tipo de intervención parecen exigir mayores energías a los jueces y despiertan algunas preocupaciones respecto de la “judicialización de la política” y el principio de separación de poderes. Estos supuestos, por ello, parecerían comprometer las probabilidades de acatamiento de la decisión judicial.

2) Carácter colectivo o individual de la decisión

Otra dimensión a la que se le ha prestado bastante atención en la práctica judicial latinoamericana ha sido el litigio colectivo. El litigio de un caso y los efectos de una decisión pueden involucrar sólo a un individuo o ser extensivos a un grupo de personas afectadas por la violación de los derechos denunciada. La intuición mayoritaria indica que la relativamente reciente posibilidad de litigar colectivamente, o de reclamar derechos de grupos, favorece las posibilidades de la justicia de incidir efectivamente sobre las políticas públicas, ya sea por los efectos legales de la decisión, o por la distinta dinámica de los procesos colectivos. En este sentido, Courtis y Abramovich, hace ya algunos años indicaban que un “obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela. Las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles clásicos”⁴⁸. Ellos mostraban como ejemplo, precisamente, que “la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos sociales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales”⁴⁹.

3) Calidad de la interacción entre jueces y poder político

La calidad de la interacción entre los tribunales de justicia y los órganos políticos luego de una decisión relativa a una política social es también vista como uno de los elementos clave para el éxito de un reclamo. Los jueces pueden decidir involucrarse en un diálogo intenso y periódico con los poderes políticos o bien dejar librado el cumplimiento de la sentencia a su buena voluntad. Pueden decidir explotar las posibilidades mediáticas de un caso, o pueden decidirlo silenciosamente. Pueden fijar estándares en tono rotundo, o pueden ser deferentes a las defensas del Estado.

⁴⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales” en JURA GENTIUM - REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA POLÍTICA GLOBAL, Disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>.

⁴⁹ Íd.

Son muchas las variables que pueden motivar un diálogo entre el juez y los poderes políticos; lo que queda claro es que todos los casos que involucran la discusión de una política pública en materia social genera algún tipo de interacción, intensa, moderada o tenue; sostenida en el tiempo o instantánea; pública o silenciosa, etc. Para los fines de este ensayo no es necesario hacer una categorización exhaustiva. Nos basta con que asumamos que hay casos que provocan diálogos que podríamos denominar intensos, porque son significativos, profundos, serios, e intervienen en él interlocutores confiables. Y otros que sólo generan una deliberación débil, por su limitado alcance, la presencia de interlocutores poco confiables o escasamente influyentes, el escaso interés social en el tema, etc. Por supuesto, entre los extremos se ubican infinitas variantes.

Gráficamente, las combinaciones posibles de las variables usualmente consideradas son las siguientes:

Tipo de Intervención judicial	Tipo de proceso	Diálogo inter-poderes	Caso
Implementación	Individual	Robusto	
		Débil	
	Colectivo	Robusto	
		Débil	
Control	Individual	Robusto	
		Débil	
	Colectivo	Robusto	
		Débil	
Adopción	Individual	Robusto	
		Débil	
	Colectivo	Robusto	
		Débil	

c. El DIDESC frente a las variables usualmente asociadas al éxito judicial

Nuestra primera intuición indica que, en la medida en que la utilización del DIDESC colabore a modelar una intervención judicial en la cual las notas recién referidas aparezcan potenciadas debería resultar, en principio, una contribución al éxito de la acción judicial. En todos los casos referidos al inicio, de hecho, las variables *tipo de intervención judicial*, *tipo de litigio* y *calidad de la interacción* aparecen combinadas en modos diversos.

En varios casos, al menos, esto parece ser cierto respecto del tercer elemento señalado, es decir, cuando los tribunales consiguen una efectiva participación de la autoridad competente. En esta línea, cuando el DIDESC colabora a potenciar las capacidades del tribunal de comprometer a la autoridad política, el DIDESC parece ser una contribución efectiva al éxito de la intervención. Cada vez que existió un diálogo sostenido entre

jueces y autoridades administrativas —por ejemplo, a través de pedidos de información, audiencias de seguimiento, adopción de órdenes periódicas⁵⁰— se ha generado un fructífero ámbito de negociación que facilitó dar solución o iniciar un camino de solución a las distintas situaciones planteadas. En cualquiera de los tipos de intervención que hemos referido antes, e incluso tanto en casos colectivos como individuales⁵¹, la intervención judicial exitosa a favor de políticas públicas en conformidad con estándares en materia de derechos sociales ha sido aquella en la que logró provocarse un diálogo intenso entre los jueces y los poderes políticos. En estos casos, los jueces han tenido la capacidad política de involucrar de modo efectivo a los funcionarios relevantes para la corrección de la situación denunciada y la adopción de una política en concordancia con principio de derecho social.

De los casos citados en la sección I de este trabajo, *Hospital de Niños de Caracas*, como fuera mencionado, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente admitió la acción y ordenó dotar en forma total la sala quirúrgica del Servicio de Cirugía Cardiovascular. Ordenó además que se constituyera una mesa de diálogo permanente integrada por las organizaciones accionantes, los miembros de la Alcaldía Mayor y la Sociedad Civil y Médica del Hospital, bajo la vigilancia de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público de Niños y Adolescentes, a fin de identificar y solucionar los problemas presentes y futuros del hospital. En el marco de esta mesa de diálogo, supervisada por el tribunal, distintos acuerdos fueron alcanzados entre las partes e implementados por las autoridades responsables que permitieron ir dando solución a un grave déficit en la atención sanitaria de los niños⁵².

En *Jaramillo*, la Corte Constitucional de Colombia, a fin de verificar el cumplimiento de la sentencia, emitió distintas resoluciones a través de las cuales revisó el grado de cumplimiento de sus órdenes⁵³. En 2006, se pronunció en siete oportunidades. En su última

⁵⁰ Formación de mesas de diálogo. Ver Bergallo.

⁵¹ Caso SV.

⁵² Así, en el marco de esa concertación, la Alcaldía se comprometió, entre otras cosas, a garantizar un mínimo de cinco a siete cupos quirúrgicos por semana; el Ministerio de Salud se comprometió a garantizar la adquisición y el mantenimiento de equipos nuevos, la remodelación completa del Servicio de Cardiología, un aporte para cubrir en lo inmediato el costo de 86 intervenciones quirúrgicas y garantizar un flujo permanente de dinero a fin de costear las intervenciones quirúrgicas y eliminar la práctica del cobro directo al paciente por los insumos médicos. Con respecto a las intervenciones quirúrgicas se mantiene un flujo regular de intervenciones con algunas irrupciones, pero no se han alcanzado los 7 turnos quirúrgicos por semana. Hasta la fecha, se conserva la garantía de la gratuidad. El mantenimiento del equipo profesional y técnico, así como el costo de los insumos y medicamentos está asegurado a través de la creación de un fideicomiso por parte del Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Con respecto a la infraestructura del hospital, se instalaron 8 ascensores nuevos, se acondicionó el quirófano destinado a estas intervenciones, se remodeló y equipó el servicio de cardiología, se adquirió e instaló un nuevo equipo de hemodinamia (que estuvo dañado durante 8 años) -que permite la intervención de cardiopatías simples-, y se adquirieron equipos de computación mediante los cuales se mantienen actualizadas las listas de niños diagnosticados y en espera de intervenciones (Fuente: Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, Provea). Actualmente, se está construyendo un cardiocentro que pretende convertirse en un establecimiento de salud de referencia nacional especializado en cardiopatías congénitas.

⁵³ Cf. Corte Constitucional de Colombia, Autos Nos. 176, 177 y 178 de 2005 y 218 de 2006. En su resolución de agosto de 2006 y con base en un análisis cuidadoso de los extensos informes de cumplimiento remitidos por las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD), la Corte Constitucional concluyó que, a pesar de que se ha informado a

decisión, la Corte solicitó información sobre las acciones en concreto y llamó la atención sobre la inconsistencia de los sistemas de evaluación y de indicadores presentados por las distintas entidades gubernamentales responsables de la atención a la población desplazada. Además, solicitó mayor definición en las estadísticas, que generalmente determinan menos personas afectadas en comparación con las cifras presentadas por los grupos no gubernamentales. La intervención de la Corte provocó también que 12 funcionarios de segundo y tercer nivel hayan sido condenados por desacato⁵⁴. En este caso, la decisión judicial ha tenido el propósito de generar mayor y mejor capacidad de gestión de las autoridades administrativas así como elevar el compromiso presupuestario para el programa. La Corte ha jugado un papel activo, requiriendo información y adoptando órdenes periódicas encaminadas a lograr las transformaciones necesarias en las prácticas administrativas. Si bien todavía es demasiado pronto para evaluar el impacto de la Corte en brindar solución a un problema de enorme complejidad, al menos se observa la determinación del tribunal en generar un diálogo entre los distintos órganos del estado que resulte en las modificaciones necesarias de las políticas públicas de atención a la población desplazada. Debido a la magnitud del problema de los desplazados internos en Colombia, la interacción de los tres órganos del Estado parecería ser de vital importancia para la resolución de un problema tan vasto y complejo.

En el caso argentino *Viceconte*, los órganos políticos habían diseñado una política sanitaria producir localmente la vacuna Candid 1 contra la enfermedad Fiebre Hemorrágica Argentina. Sin embargo, en un momento dado, el presupuesto asignado se vio limitado por decisión del Ministro de Salud y las obras de infraestructura necesarias para la producción de la vacuna se vieron paralizadas. El tribunal ordenó al ejecutivo cumplir con el cronograma que éste había elaborado a los efectos de producir la vacuna. La decisión judicial, aunque con una notable demora, sirvió como motor para liberar los fondos necesarios y corregir los defectos en la implementación de la política sanitaria. Luego de 8 años de iniciado el caso, la vacuna ha comenzado a ser producida y próximamente será aplicada a la población afectada⁵⁵. El procedimiento *ad-hoc* instaurado por los jueces del tribunal de apelación permitió en definitiva que la sentencia fuera ejecutada. El tribunal, con una actitud notablemente activista, decidió hacer seguimiento periódico del accionar de la administración a través de audiencias en las que citaba a las partes y a la Defensoría de la Nación (órgano a cargo de supervisar la implementación de sentencia)⁵⁶. La intervención constante de los jueces, así como su intensa interacción con las autoridades administrativas, fueron moldeando la ejecución administrativa de la política sanitaria así como el compromiso de los órganos legislativo y ejecutivo en la asignación de fondos a tal efecto.

d. Posibilidades del DIDESC

la Corte sobre ciertos avances importantes en áreas críticas de la política de atención a la población desplazada, no se ha demostrado que se haya superado el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T/025 de 2004, ni que se esté avanzando en forma acelerada y sostenida hacia su superación (Auto 218 de 2006, cit., punto II.2.)

⁵⁴ Cf. Helda Martínez, Desplazados esperanzados en Corte Constitucional, Inter Press Service News Agency, disponible en <http://ipsnoticias.net/login.asp?redir=nota.asp?idnews=39832>.

⁵⁵ En el curso del litigio, la vacuna obtuvo la autorización administrativa necesaria para ser utilizada en seres humanos y se fabricaron una cantidad importante de dosis. Además, el laboratorio construido para la producción de la vacuna Candid 1 es modelo y eventualmente podrá ser usado para la fabricación nacional de varias otras vacunas.

⁵⁶ En este ámbito, las autoridades administrativas rendían cuentas de las medidas adoptadas en pos de cumplir con la sentencia y los miembros del tribunal pedían explicaciones detalladas que justificaran tal proceder.

Más investigación debería testear también si la asociación con las otras variables—esto es, el tipo de intervención y el carácter colectivo o individual del asunto—también se ven potenciados de modo favorable por el uso del DIDES. Y por supuesto, por otro lado, si es correcto modelar en torno a estas tres variables el enorme caudal de reflexión que existe sobre las posibilidades de éxito de la intervención judicial en materia de derechos sociales.

A fin de contribuir a esa reflexión y concluir este ensayo, presentamos algunas formas concretas en que el derecho internacional parece poder contribuir a fortalecer las capacidades de intervención de los jueces en materia de derechos sociales.

La primera contribución del derecho internacional ha sido la de judicializar ciertos reclamos sociales. Los tratados de derechos humanos han abierto un camino seguro para que los jueces puedan plantear en términos de derechos cuestiones que tradicionalmente se entendían excluidas del control judicial. Las cautelas por el poder contra-mayoritario de los jueces y de separación de poderes fueron atenuadas, de este modo, por vocación expresa de los poderes políticos encargados de incorporar en los ordenamientos legales normas internacionales de protección de derechos sociales. De tal forma, asuntos como vivienda, salud, o educación, excluidos de la esfera del judicial en las constituciones de matriz liberal, comenzaron a ser reconocibles por los jueces como integrados al ámbito de sus competencias. Una contribución del derecho internacional al fortalecimiento del capital discursivo de las cortes, fue entonces, habilitar expresamente a los jueces a pronunciarse sobre temas sobre los que anteriormente les estaba vedado intervenir.

En la misma línea, pero con un grado mayor de sofisticación, otro aporte del derecho internacional a la capacidad de intervención de los jueces en el diseño o reformulación de políticas públicas ha sido la precisión de estándares por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Los sistemas internacionales de protección de derechos en todas sus formas –comisiones, relatores, comités, grupos de estudio, paneles, etc.-- dan contenido concreto a las aspiraciones de los tratados. En general, el desarrollo detallado de los principios generales y de los contenidos concretos de los derechos sociales permeó desde el discurso internacional hacia las prácticas judiciales en Latinoamérica. Los jueces no sólo han sido habilitados para participar del diálogo político sobre las medidas conducentes a la efectivización de los derechos sociales, sino que pueden hacerlo con sofisticación, con claridad conceptual y con el valor agregado de estar participando de un discurso prestigiado por la práctica internacional y opiniones expertas. La clarificación de estándares por parte de los órganos internacionales, por supuesto, también redundó en una definición más precisa del papel de los tribunales.

El derecho internacional también ha permitido a los jueces involucrar a los poderes políticos legítimamente. Los jueces pueden dialogar con los poderes políticos en parte porque existe un compromiso estatal de atender a ciertas situaciones. El derecho internacional ilumina una dimensión de los derechos sociales en la cual jueces y actores políticos son igualmente responsables frente a las personas individuales. En términos

democráticos, los jueces recibieron una autorización fuerte para intervenir a favor de los derechos sociales y para actuar en nombre de sus titulares. El derecho internacional también ha fortalecido la capacidad de los jueces para involucrar activamente a los distintos órganos estatales en la discusión acerca de las medidas a ser adoptadas, así como en la faz de implementación.

Además, el derecho internacional ha favorecido la definición no solamente de estándares sustantivos, sino también procesales. En este sentido, la previsión del derecho a la protección judicial y en particular, el derecho a un recurso judicial efectivo en varios de los tratados de derechos humanos ha contribuido en algunos casos y debería contribuir en otros a determinar las reformas procesales necesarias para fortalecer la capacidad de los jueces para hacer cumplir sus sentencias, en especial aquellas de carácter estructural y para involucrar a los órganos políticos en un diálogo productivo y eficaz para el logro de las transformaciones necesarias en la órbita administrativa y/o legislativa. En este marco, resulta indispensable instaurar procedimientos adecuados de ejecución de sentencias cuya implementación exige la reformulación o el diseño de una política pública en los que prevean instancias suficientes de interacción entre las autoridades de las distintas ramas de gobierno. Ligado a lo anterior, el derecho internacional también establece pautas para la implementación de mecanismos procesales adecuados para los procesos colectivos a fin de lograr resultados justos y equitativos y permitir una adecuada participación de todas las partes afectadas por la situación que da origen al proceso.

Por último, el derecho internacional ha abierto las posibilidades de reclamo en instancias internacionales. Para los poderes políticos es relevante la arena internacional, como otro escenario en el que debe actuar, con sus propias reglas, incentivos e instituciones. Cuando las vías de cambio nacionales están bloqueadas la escena internacional aparece como una alternativa ahora posible. Así como el recurso a la vía internacional ha sido exitosamente probado en Latinoamérica durante los setenta y ochenta, el espacio internacional ofrece algunas vías de expresión para denunciar la pobreza o los déficits sociales de la región.