

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

Julieta Rossi\*

Leonardo G. Filippini\*

## INTRODUCCIÓN

Los tribunales latinoamericanos resuelven frecuentemente casos individuales o colectivos donde están en juego derechos sociales<sup>1</sup>. En ocasiones, ordenan la ejecución de una política ya diseñada, o vigilan que ésta respete ciertos estándares. Incluso avanzan sobre la definición misma de la acción estatal debida, con variables dosis de activismo<sup>2</sup>. En estos casos, las cortes utilizan con creciente frecuencia el derecho internacional. Aplican directamente tratados, adoptan estándares fijados por los órganos de protección o controlan la implementación nacional de decisiones o sentencias internacionales.

La explicación y los posibles resultados de esta tendencia jurisprudencial merecen nuestra reflexión. Aun cuando podamos concluir que se trata de una saludable corriente favorable a la concreta exigibilidad de los derechos sociales, los problemas asociados a la intervención judicial fundada en normas internacionales sobre asuntos que, en principio, podrían tener una resolución más adecuada en la deliberación política nacional, no son difíciles de advertir. En este trabajo, en consecuencia, intentamos iluminar algunos aspectos de la utilización del derecho internacional en la justiciabilidad nacional de los derechos sociales, con la intención de contribuir a un debate más sofisticado sobre las posibles virtudes y los desafíos del camino regionalmente emprendido.

En la primera parte ofrecemos una descripción modelada de las tendencias observadas en la aplicación del derecho internacional en materia de derechos sociales (DIDESC), basada en el análisis de casos representativos decididos por tribunales supremos o constitucionales de varios países de la región durante la última década, aproximadamente. 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 decisiones nacionales e internacionales en la materia.<sup>3</sup> Aquí aprovechamos y complementamos esa información y ofrecemos nuestra visión de las principales

\* 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. Agradecemos la colaboración de Felicitas Rossi en la investigación jurisprudencial y todos los comentarios de los demás autores de esta colección y de los asistentes al seminario Derecho, Moral y Política a cargo del Prof. Marcelo Alegre en la Universidad de Palermo (Septiembre 2008).

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> El resultado como sabemos, no es necesariamente exitoso, en el sentido de efectivamente asegurar el goce de un derecho social.

tendencias observadas en la región en torno a la aplicación del DIDESC. Como veremos, la apelación al DIDESC aparece con más recurrencia en casos favorables a la exigibilidad judicial de los derechos sociales que en los casos de rechazo.

En la segunda parte repasamos algunas variables usualmente asociadas a la capacidad de los tribunales para impactar positivamente en el goce de los derechos sociales y sugerimos que las cortes podrían apelar al DIDESC, no sólo por el valor normativo de sus prescripciones, sino, en parte, en la confianza de que éste podría contribuir al éxito de una intervención judicial en derechos sociales. A modo de reflexión final, esbozamos una categorización del empleo del DIDESC por las cortes y de sus posibles funciones con relación a la concreción de un derecho por vía judicial.

## **1. EL DERECHO INTERNACIONAL DESC EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA**

### **i. La tendencia jurisprudencial**

Los tribunales y particularmente las cortes supremas o constitucionales de varios países de Latinoamérica aplican el derecho internacional de los derechos humanos<sup>4</sup>, particularmente desde la segunda mitad de la década del 70 cuando diversas Constituciones incorporaron referencias a los instrumentos internacionales en el derecho interno<sup>5</sup>. Más recientemente, esta práctica se observa también en casos en que está en juego la violación de derechos sociales. Los estándares de derechos humanos juegan un papel cada vez más importante en el desarrollo y orientación de las decisiones judiciales e individualmente o de modo combinado podemos identificar los siguientes usos:

- (a) Aplicación nacional directa de normas de derecho internacional;
- (b) Utilización de normas internacionales como pautas de interpretación de la ley interna (constitución y/o leyes);
- (c) Utilización de normas internacionales como complemento de la normativa interna (constitución y/o leyes);

---

<sup>3</sup> Red-DESC, Base de Datos de Jurisprudencia sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en [http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw.htm?attribLang\\_id=13441](http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw.htm?attribLang_id=13441). La base es de acceso libre.

<sup>4</sup> Ver al respecto, Carlos Ayala Corao, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", disponible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/carlosayala.pdf>; Martín Abregú y Christian Curtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores Del. Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997; Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Curtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2007.

<sup>5</sup> Ver al respecto, Ariel Dulitzky, "La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales locales: un estudio comparado", en Martín Abregú y Christian Curtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., págs. 33-74.

(d) Consideración de las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las normas previstas en pactos y declaraciones;

(e) Consideración de esas mismas interpretaciones para moldear la hermenéutica constitucional y/o legal y;

(f) Aplicación de decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi-judiciales en casos individuales.

Aquí debemos señalar que los distintos modos de utilización así como la intensidad en el uso del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los jueces estarán determinados por el derecho interno en tanto regula su recepción en el ámbito doméstico, la amplitud en el reconocimiento de los derechos establecidos en los tratados internacionales (implícita o explícita, como pautas de interpretación), la consideración del carácter operativo o programático de las normas convencionales, la jerarquía de los pactos, entre otras cuestiones<sup>6</sup>.

A grandes rasgos, utilizando el DIDESC, los tribunales han declarado que los derechos sociales son justiciables, que 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 orientadas a satisfacer los derechos sociales y que las políticas regresivas son, en principio, inconstitucionales, entre otros principios favorables a la exigibilidad judicial de

---

<sup>6</sup> En el contexto latinoamericano, las Constituciones de Ecuador, Chile, Brasil y Colombia, por ejemplo, otorgan al DIDH el papel de completar el catálogo de derechos constitucionales así como el contenido normativo de derechos ya reconocidos por el derecho interno (Constitución de Ecuador, artículo 15; Constitución de Brasil, artículo 5, apartado 2; Constitución de Chile, artículo 50; Constitución de Colombia, artículo 4). En el caso de Argentina, la Constitución –vía interpretación del artículo 75, inciso 22 por parte de la Corte Suprema- determina que los jueces deben aplicar las normas de derechos humanos considerando la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de los tratados ratificados por el país. Algunas constituciones establecen además la jerarquía de los tratados de derechos humanos (rango constitucional, supralegal, etc.) o de tratados internacionales en general, como es el caso de Argentina (artículo 75, inciso 22) y Colombia (artículo 93), entre otros. En el contexto europeo, la Constitución de Portugal de 1976 (reformada en 1982, 1989 y 1992) estipula que los derechos establecidos en normas del derecho internacional completan el catálogo de derechos constitucionales y prescribe además que la Declaración Universal debe ser utilizada por los jueces a fin de desentrañar el sentido de las normas internas, así como para completar normas que resulten insuficientes o incompletas (artículo 16, inciso 1 y 2). Por su parte, la Constitución Española de 1978 incorpora un principio de interpretación según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias aplicadas por España (artículo 10.2). Sobre este tema, ver Pablo Manili, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional iberoamericano”, *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, No. 39, Octubre 2002, pág. 23 y ss. y en *Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, Año XII, no. 7, Huancayo, Perú, 2005, pág. 174. Más en general, sobre las distintas formas en que el constitucionalismo latinoamericano hace mención al derecho internacional de los derechos humanos, ver la clasificación efectuada por Ariel Dulitzky en “La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., págs. 33-74.

los derechos sociales. Además, los tribunales emiten órdenes —muchas veces precisas y detalladas— dirigidas a los poderes políticos para revertir situaciones de incumplimiento o violación. Ordenan priorizar el gasto en materia social, decretan la indisponibilidad de partidas presupuestarias, exigen al parlamento asignaciones presupuestarias para fines sociales, y formulan o colaboran a formular políticas en materia de salud, vivienda y educación. Veremos varios ejemplos a continuación sobre los usos del DIDESC por cortes supremas o constitucionales de una selección de países de América Latina.

En **Argentina**<sup>7</sup>, la Corte Suprema de Justicia aplica en forma directa, o alude a normas de tratados que protegen derechos económicos y sociales para complementar normas constitucionales existentes<sup>8</sup>. Aplica normas sobre salud<sup>9</sup>, seguridad social<sup>10</sup>, trabajo<sup>11</sup>,

---

<sup>7</sup> Con respecto a las menciones del derecho internacional de derechos humanos en la Constitución Nacional, el artículo 75 inc. 22 establece la jerarquía constitucional de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia. Luego agrega que tales tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. A su vez, los tratados de derechos humanos no incorporados a la Constitución son jerárquicamente superiores a las leyes.

<sup>8</sup> Para un panorama de la jurisprudencia sobre derechos sociales en Argentina, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006. Sobre el desarrollo de la jurisprudencia en materia de derecho a la vivienda y derechos de los migrantes, ver Sebastián Tedeschi, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución” y Pablo Ceriani, Diego Morales y Luciana Ricart, “Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina (1994-2005)”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, cit.

<sup>9</sup> Ver entre otros, CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de salud y Acción Social –Estado nacional s/ Amparo 16.688*, 1 de junio de 2000; *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24 de octubre de 2000; *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar*, 18 de diciembre de 2003; *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, 20 de diciembre de 2005; *R., N. N. c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo*, 16 de mayo de 2006; *M., S. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, 7 de noviembre de 2006; *Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo*, 11 de julio de 2006; *C. P. de N., C. M. A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas*, 28 de agosto de 2007; *C., C. c/ SADAIC s/ amparo*, 1 de abril de 2008; entre otros. Para un análisis del rol del derecho internacional de derechos humanos en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho a la salud, ver Christian Courtis, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección judicial del derecho a la salud: apuntes críticos”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, cit., págs. 703-750. Abramovich y Pautassi también han notado la utilización de normativa internacional de derechos humanos en casos de derecho a la salud de la Corte Suprema en Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “Judicial activism in the Argentine health system: Recent trends”, en *Health and Human Rights: An International Journal*, Vol. 10, No 2 (2008), págs. 53-65).

<sup>10</sup> Ver entre otros, CSJN, *Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios*, 17 de mayo de 2005; *Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional*, 4 de septiembre de 2007.

<sup>11</sup> Ver entre otros, CSJN, *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente - ley 9688*, 21 de septiembre de 2004; *Llosco, Raúl v. Irmí S.A.*, 12 de junio de 2007; *Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidentes - ley 9688*, 26 de octubre de 2004; *Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido*, 14 de septiembre de 2004.

derechos de los niños<sup>12</sup>, progresividad y no regresividad<sup>13</sup> contenidas diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>14</sup>. El tribunal también apela a las decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para interpretar textos internacionales o la propia Constitución. Por ejemplo, ha considerado las Observaciones Generales y las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) y las sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuentes de interpretación<sup>15</sup>. Además, ha declarado que el Comité DESC es el órgano autorizado para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>16</sup> y en general ha estipulado que las decisiones de la Corte Interamericana de los órganos del sistema interamericano resultan vinculantes para los tribunales de justicia nacionales<sup>17</sup>.

En **Bolivia**<sup>18</sup>, de modo similar, el Tribunal Constitucional (TC) ha aplicado y ha aludido a normas de tratados que protegen DESC, en muchos casos para complementar normas constitucionales y/o legales. Aplica normas sobre nivel de vida adecuado, derechos a la vivienda, a la alimentación, vestido, salud, medidas de protección respecto de niños, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la protección de la familia previstas en diversos pactos de derechos humanos<sup>19</sup>. La Corte además ha mencionado

<sup>12</sup> Ver entre otros, CSJN, *Recurso de hecho deducido por L. F. por sí y en representación de sus hijos menores M., Y. y A. L. en la causa F., L. c/ L., V*, sentencia del 15 de noviembre de 2005; *S., M. F. v. Instituto de Obra Social del Ejército*, sentencia del 18 de junio de 2008.

<sup>13</sup> Ver entre otros, CSJN, *Milone*, cit.; *Sánchez*, cit.; *Aquino*, cit.

<sup>14</sup> Entre otros, la Corte Suprema cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su Protocolo Adicional en materia de DESC, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>15</sup> Ver entre otros, CSJN, *Aquino*, cit. y *Reyes Aguilera*, cit.

<sup>16</sup> CSJN, *Aquino*, cit.

<sup>17</sup> CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, 14 de junio de 2005. Sobre el valor de las decisiones de organismos internacionales para la CSJN, ver Mónica Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, cit., págs. 119-152.

<sup>18</sup> Con respecto a las menciones del DIDH en la Constitución boliviana, la reforma constitucional de 2002 incorporó el inciso V al artículo 6 que estipulaba que “los derechos fundamentales y garantías de la persona, se interpretarán y aplicarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia en esta materia”. La reforma constitucional de 2004 eliminó aquella disposición. En consecuencia, en su actual redacción, la Constitución Política no se refiere a los tratados internacionales ni a su jerarquía interna. En su lugar, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la Teoría del Bloque de Constitucionalidad según la cual: “... aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal...”; más adelante, identifica esas normas al señalar: “...el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados...” (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0045/2006 del 2 de junio de 2006).

<sup>19</sup> Ver entre otros, TC, Sentencia Constitucional 1527 /2003-R, 27 de octubre de 2003; Sentencia Constitucional 0172/2006-R, 16 de febrero de 2006; Sentencia Constitucional 0069/2006, 8 de agosto de

decisiones de órganos de protección de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, aunque sin mayores precisiones, con el propósito de interpretar las normas contenidas en textos internacionales o en la constitución política<sup>20</sup>. En cuanto a su valor, ha determinado -refiriéndose específicamente a las observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU- que si bien no tienen carácter normativo, constituyen una fuente innegable de la debida comprensión del alcance de los derechos fundamentales establecidos en los convenios internacionales de derechos humanos<sup>21</sup>.

En **Colombia**<sup>22</sup>, la Corte Constitucional (CC) ha aplicado normas de tratados que protegen derechos económicos y sociales, en muchos casos a modo de complementar y reforzar normas constitucionales ya existentes en la materia, en otros supuestos de manera autónoma<sup>23</sup>. Así, ha precisado los derechos mínimos (muchos de ellos de naturaleza económica y social) a la población desplazada de acuerdo a tratados de derechos humanos, derecho internacional humanitario y a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno de las Naciones Unidas<sup>24</sup>, ha detallado el alcance del principio de progresividad y no regresividad establecido en la Constitución Política de acuerdo a la normativa del PIDESC y la jurisprudencia del Comité DESC en la materia<sup>25</sup> y ha asignado carácter de derecho fundamental a la seguridad social considerando previsiones del derecho internacional<sup>26</sup>. Del mismo modo, la CC ha apelado a la normativa y jurisprudencia internacionales para completar la escueta protección del derecho a la vivienda provista por la Constitución de Colombia<sup>27</sup> y para determinar el

---

2006 (citando SC 0045/2006, de 2 de junio de 2006).

<sup>20</sup> Ver entre otras, TC, Sentencia Constitucional 0172/2006-R, 16 de febrero de 2006.

<sup>21</sup> Ver entre otras, TC, Sentencia Constitucional 0069/2006, 8 de agosto de 2006.

<sup>22</sup> Con respecto a las menciones del DIDH en la Constitución colombiana, el artículo 93 dispone: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En materia de derechos laborales, el artículo 53 establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

<sup>23</sup> Corte Constitucional (CC), Sentencias T-341/94, 27 de julio de 1994; T-323/94; SU-1150 y T-025/04, 22 de enero de 2004. A partir de la adopción de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional colombiana ha resuelto un sinnúmero de casos en los que se denuncian violaciones a derechos sociales. Ver al respecto, 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; Magdalena Sepúlveda, “Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice”, en Malcolm Langford, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008, págs. 144-165. Sobre casos de derecho al mínimo vital, ver Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre Ripoll, “Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital”, en 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, págs. 53-69. Sobre casos de derecho a la salud, ver Alicia Ely Yamin y Oscar Parra-Vera, “How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court”, *PLoS Medicine*, 2009, e1000032 [doi:10.1371/journal.pmed.1000032](https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1000032).

<sup>24</sup> Ver CC, Sentencia T-25/04, cit.

<sup>25</sup> Ver entre otras, CC, Sentencia T-25/04. cit.

<sup>26</sup> Ver, CC, Sentencia T-426, 24 de junio de 1992. Ver también, Sentencia T-595/02.

<sup>27</sup> Ver CC, Sentencia C-936/03.

alcance del derecho a la salud de las personas con discapacidad<sup>28</sup> y de las personas mayores de edad<sup>29</sup>. En particular, el tribunal ha apelado a decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas, incluyendo el Comité DESC<sup>30</sup> con el objetivo de interpretar las normas de derechos humanos contenidas en textos internacionales o en la Constitución Política. Así ha tomado en consideración las Observaciones Generales y las Observaciones Finales del Comité DESC como fuentes de interpretación tanto de normas constitucionales como de tratados internacionales. La CC ha establecido también que el Comité DESC es el intérprete autorizado del PIDESC y que, como tal, sus criterios son relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales<sup>31</sup>. Por último, la CC también ha hecho efectivas decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi-judiciales en casos individuales<sup>32</sup>.

En **Costa Rica**, la Constitución Política establece su superioridad jerárquica sobre los tratados, no obstante lo cual, la jurisprudencia constitucional ha adoptado la tesis de la supra-constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos<sup>33</sup>. Sumado a ello rige en el país un amplio marco normativo internacional de derechos humanos que es aplicado constantemente por los tribunales locales y que contribuye a completar las lagunas que presenta la legislación nacional<sup>34</sup>. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha cumplido un rol esencial en la protección efectiva de los derechos económicos y sociales, aplicando directamente principios y normas de tratados que se refieren a la materia, en muchos casos a modo de complementar normas constitucionales

---

<sup>28</sup> Ver CC, Sentencia T-063/07.

<sup>29</sup> Ver CC, Sentencia T-083/08.

<sup>30</sup> Ver entre otras, CC, Sentencia T-025 de 2004, cit.; Sentencia C-936/03, cit. y Sentencia T-083/08 donde utilizó la Observación General No. 14 para interpretar el contenido normativo del derecho a la salud.

<sup>31</sup> Ver, Sentencias T-025/04, cit. y C-936/03, cit.

<sup>32</sup> Entre otros, podemos citar, CC, *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.

<sup>33</sup> Con respecto a las menciones del DIDH en la Constitución de Costa Rica, el artículo 48 de la Constitución Política de Costa Rica estipula que toda persona tiene derecho al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. La Sala Constitucional de la Corte Suprema reconoció que los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 3435-92 y su aclaración N° 5759-93). En sentencias posteriores reiteró este criterio al afirmar que: "... la Constitución de 1949, según reforma operada por ley No 7128 de 18 de agosto de 1989, en el artículo 48 incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al parámetro de constitucionalidad. Incluso en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna. Los derechos fundamentales se encuentran garantizados, en consecuencia, tanto por el derecho constitucional interno, como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos..." (Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 02771, 4 de abril de 2003).

<sup>34</sup> Sobre la aplicación del derecho internacional de derechos humanos en materia de igualdad de género por los tribunales locales, ver Alda Facio, Rodrigo Jiménez Sandoval y Martha I. Morgan, "Gender Equality and International Human Rights in Costa Rican Constitutional Jurisprudence", en Beverly Baines y Ruth Rubio-Marin, *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, págs. 99-121.

ya existentes. En este sentido, ha aplicado normas sobre derecho a la salud<sup>35</sup>, seguridad social<sup>36</sup>, trabajo<sup>37</sup>, educación<sup>38</sup>, medio ambiente<sup>39</sup>, principios de progresividad y no regresividad<sup>40</sup> contenidos en diversos instrumentos de derechos humanos. El tribunal ha apelado a decisiones e informes y otros documentos de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano con el propósito de interpretar las normas de derechos humanos contenidas en textos internacionales o en la Constitución Nacional. Así ha tomado en consideración las Observaciones Generales del Comité DESC como fuentes de interpretación tanto de normas constitucionales como de tratados internacionales<sup>41</sup>.

En **El Salvador**<sup>42</sup>, la jurisprudencia tradicional de la Sala en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) indica que los tratados de derechos humanos no pueden ser directamente invocados como parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad<sup>43</sup>. No obstante, consideró que los tratados internacionales pueden invocarse como fundamento complementario de la pretensión de inconstitucionalidad<sup>44</sup>.

<sup>35</sup> Ver entre otras, CSJ, Sala en lo Constitucional, Sentencia N° 02242, 2 de marzo de 2004; Sentencia N° 11843 del 26 de octubre de 2004; Sentencia N° 13608, 30 de noviembre de 2004, Sentencia N° 12197-08 y Sentencia N° 12203-08.

<sup>36</sup> Ver entre otras, CSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 05206, 18 de mayo de 2004 y Sentencia N° 09196, 4 de julio de 2006.

<sup>37</sup> Ver entre otras, CSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 12658, 31 de agosto de 2007. Es frecuente la invocación de los distintos convenios de la OIT como fundamento de las decisiones de la CSJ en materia laboral. Por ejemplo, ver CSJ, Sala Constitucional, *Varios operarios industriales c/Fertilizantes de Centro América S.A.*, Sentencia del 3 de diciembre de 1999; *Adrián Gómez y otros c/Bananera Cocbola S.A.*, Sentencia N° 5000-93; *Varios representantes sindicales c/Instituto Costarricense de Ferrocarriles*, Sentencia del 7 de diciembre de 2000; *Magda González Salas s/ acción de inconstitucionalidad*, Sentencia N° 00616-99, 29 de enero de 1999; *Varios funcionarios del Poder Judicial c/Estado*, Sentencia del 10 de diciembre de 2001; Sentencia N° 12.658, 31 de agosto de 2007.

<sup>38</sup> Ver entre otras, CSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 8732-04; Sentencia N° 007966, 7 de junio de 2007.

<sup>39</sup> Ver entre otras, CSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 01488, 25 de febrero de 2003.

<sup>40</sup> CSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 2007005018, 13 de abril de 2007 y Sentencia N° 2006-011344, 4 de agosto de 2006.

<sup>41</sup> Ver entre otras, CSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 04654, 27 de mayo de 2003 y Sentencia N° 11430, 10 de agosto de 2007. La misma Sala también se ha referido al valor de las decisiones de la Corte Interamericana en estos términos: "... debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar (el Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada..." (CSJ, Sala Constitucional Cf. Sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995).

<sup>42</sup> Con respecto a las menciones del DIDH, el artículo 144 de la Constitución Política dispone: "Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

<sup>43</sup> En virtud de lo establecido en el art. 246 inc. 2° de la Constitución Nacional –la Constitución se ha atribuido a sí misma solamente el carácter de suprema sobre el resto del ordenamiento jurídico (incluidos los tratados internacionales)– y en el Considerando I de la Ley de Procesos Constitucionales –los procesos constitucionales tienen por objeto garantizar la adecuación a la Constitución de las disposiciones y actos concretos que controla la jurisdicción constitucional.

<sup>44</sup> CSJ, Sala en lo Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad 24-1997/21-1998, 26 de septiembre de 2000.



En algunos casos, la CSJ se ha limitado a reiterar aquella doctrina, evitando analizar el caso desde la perspectiva del DIDESC<sup>45</sup>. En otros, no obstante, utiliza la normativa internacional para definir el alcance de ciertos derechos constitucionales, como el derecho a la seguridad social o el derecho a la libertad sindical<sup>46</sup>. Asimismo, ha tomado en consideración opiniones consultivas<sup>47</sup> y sentencias<sup>48</sup> de la Corte IDH como fuentes de interpretación tanto de normas constitucionales como de tratados. En un fallo reciente sobre seguridad social, la Sala en lo Constitucional modificó la doctrina tradicional, afirmó que el criterio jurisprudencial tradicional no debía entenderse de una manera unívoca y concluyó que "... la confluencia entre la Constitución y el DIDH, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno -y eso vale para el Derecho Constitucional y la jurisdicción constitucional- debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos..."<sup>49</sup>. Sobre la base de este nuevo argumento, la Sala hizo referencia a los diversos instrumentos internacionales que establecen de manera positiva el derecho a la seguridad social<sup>50</sup> y analizó la violación de la normativa internacional alegada y su compatibilidad con la normativa interna<sup>51</sup>.

En **Perú**<sup>52</sup>, el Tribunal Constitucional (TC) ha considerado el derecho internacional de los derechos humanos en muchas de sus decisiones relativas a derechos sociales. La Corte se ha pronunciado respecto de las normas contenidas en la Constitución en concordancia

---

<sup>45</sup> CSJ, Sala en lo Const., Proceso de amparo const. 348-99, 4 de abril de 2001.

<sup>46</sup> CSJ, Sala en lo Cont. Adm., Proc. Cont. 133-S-01, 15 de junio de 2005.

<sup>47</sup> CSJ, Sala en lo Const., Proc. de inconst. del art. 136 inc. final del Código de Trabajo, 12 de marzo de 2007.

<sup>48</sup> CSJ, Sala en lo Const., Proc. de Inconst. 63-2007/69-2007, 16 de octubre de 2007.

<sup>49</sup> CSJ, Sala en lo Constitucional, Proc. de inconst. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005, 6 de junio de 2008. El voto en disidencia de la Dra. Velásquez de Avilés aplica en mayor medida el Derecho Internacional en materia de DESC.

<sup>50</sup> CSJ, Sala en lo Constitucional, Proc. de inconst. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005, cit.

<sup>51</sup> CSJ, Sala en lo Constitucional, Proc. de inconst. 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005, cit.

<sup>52</sup> Con respecto a las menciones del DIDH, la Constitución Política de Perú, en su art. 55° reconoce que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En su Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que "(...) las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". La reforma constitucional de 1993 eliminó el artículo que establecía que los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional. Por lo tanto no hay una opinión unánime sobre el tema. El Tribunal Constitucional de Perú sostuvo que cuando la Constitución del Estado reconoce "en su artículo 55 que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional y el artículo 200 inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos" (Cf. TC, *Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros*, Expte. N° 1277-AC/TC, 3 de julio de 2000).

con normativa internacional<sup>53</sup> sobre derecho a la salud<sup>54</sup>, el derecho a la educación<sup>55</sup>, derechos laborales<sup>56</sup> y el principio de progresividad<sup>57</sup>. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional manifestó que el Estado carece de plena discrecionalidad en la asignación de recursos públicos para hacer efectivo el derecho a la salud, debido a que la undécima disposición transitoria y final de la Constitución debe ser interpretada en concordancia con el PIDESC<sup>58</sup>. 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 identificados<sup>59</sup>. El Tribunal Constitucional ha apelado también a decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para interpretar las normas de derechos humanos contenidas en tratados. Así, ha tomado en consideración las Observaciones Generales<sup>60</sup> y las Observaciones Finales del Comité DESC, así como sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte IDH<sup>61</sup> como fuentes de interpretación tanto de normas constitucionales como de tratados internacionales.

Finalmente, en **Venezuela**<sup>62</sup>, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha hecho alusión reiterada a normas de tratados que protegen derechos económicos y sociales, en muchos casos a modo de complementar normas constitucionales ya

<sup>53</sup> Entre otros menciona el PIDESC, la CADH, el Protocolo de San Salvador y Convenios de la OIT.

<sup>54</sup> Ver, entre otros, TC, *R.J.S.A. Vda. de R.*, Expediente N° 3081-2007-PA/TC, 9 de noviembre de 2007; *Azanca Alhelí Meza García*; José Luis Correa Condori, Expte. N° 2016-2004-AA/TC, 5 de octubre de 2004 y *Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros*, Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

<sup>55</sup> TC, *Callao Feliciano Contreras Arana*, Exp. N.° 4646-2007-PA/TC, 17 de octubre de 2007; *Larry Jimmy, Ormeño Cabrera*, Exp. N° 4232-2004-AA/TC, 3 de marzo de 2005.

<sup>56</sup> TC, *Sindicato de Trabajadores, Mineros de Atacocha*, Exp. N° 3311-2005-PA/TC, 5 de enero de 2006.

<sup>57</sup> TC, *R.J.S.A. Vda. de R.*, cit., y *José Luis Correa Condori*, cit.

<sup>58</sup> TC, *R.J.S.A. Vda. de R.*, cit.

<sup>59</sup> TC, *R.J.S.A. Vda. de R.*, cit.

<sup>60</sup> TC, *R.J.S.A. Vda. de R.*, cit.; *Feliciano Contreras Arana*, cit. y *Larry Jimmy, Ormeño Cabrera*, cit. En cuanto al valor de la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, el Tribunal Constitucional afirmó que "... de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región..." (TC, *Caso de Crespo Bragayrac*, Expte. N° 0217-2002-HC/TC, sentencia del 7 de abril de 2002).

<sup>61</sup> TC, *R.J.S.A. Vda. de R.*, cit.

<sup>62</sup> Con respecto a las menciones del DIDH, la Constitución de Venezuela presenta diversas disposiciones que se refieren al derecho internacional. El artículo 23 dispone: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público". Por su parte, el artículo 19 establece: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen".

existentes<sup>63</sup>. Así, ha considerado normas sobre derecho a la salud<sup>64</sup>, seguridad social<sup>65</sup>, trabajo<sup>66</sup> y educación<sup>67</sup> de distintos pactos y ha hecho referencia especial a convenios de la Organización Internacional del Trabajo<sup>68</sup>.

## ii. Las razones de la práctica

En la práctica reseñada, el empleo o la cita de materiales internacionales se presenta de manera concentrada en decisiones que, a grandes rasgos, son favorables o intentan favorecer la exigibilidad judicial de derechos sociales. Ciertamente, existen casos en los que esto no es así, o en los cuales el DIDESC es interpretado de un modo que parece contrario a la justiciabilidad de un reclamo<sup>69</sup>. También es cierto que hay países cuyas prácticas son, en general más renuentes al empleo del derecho internacional, como Chile. Incluso, desde otra perspectiva, también debemos admitir que es difícil mensurar la extensión de la práctica frente al cúmulo de casos que no aplican el DIDESC allí donde su aplicación es, sin embargo, posible. Nuestra observación es acotada y sólo vemos los casos que expresamente incluyen normas del DIDESC.

No obstante, y aun con todas estas limitaciones, puestos a describir sintéticamente la práctica parece innegable que el DIDESC aparece en decisiones judiciales que, también dejando a salvo muchas posibles distinciones, clasificaríamos de modo genérico y sin mucho problema como favorables a la justiciabilidad de los derechos sociales y a su efectiva vigencia. Ésta es la caracterización de la corriente jurisprudencial que creemos más ajustada. Y sobre esta práctica nos concentraremos de aquí en más. La justicia ha ido restringiendo la discrecionalidad de los órganos políticos en la configuración de áreas que tradicionalmente eran de su exclusivo resorte y la utilización del derecho internacional, en mayor o menor medida según el país, aparece ligada a intervenciones judiciales que han declarado favorecer el goce de derechos sociales.

---

<sup>63</sup> TSJ, Sala Constitucional, Expte. N° 02-3157, sentencia del 19 de diciembre de 2002, cons. II; Expte. N° 07-1346, sentencia del 20 de febrero de 2008; Expte. N° 08-0116, sentencia del 8 de abril de 2008; Expte. N° 2008-0575, sentencia del 16 de octubre de 2008. Sobre casos de derechos sociales decididos por tribunales venezolanos en general, ver Enrique González, “Venezuela: A Distinct Path Towards Social Justice” en M. Langford, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008, págs. 192-208.

<sup>64</sup> TSJ, Sala Constitucional, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo*, sentencia del 6 de abril de 2001; *Cruz del Valle Bermúdez y otros vs. MSAS s/ amparo*, sentencia del 15 de julio de 1999. Ver también, 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”, sentencia del 16 de julio de 2001.

<sup>65</sup> TSJ, Sala Constitucional, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, Exp. 03-1100, sentencia del 2 de marzo de 2005.

<sup>66</sup> TSJ, Sala Constitucional, Exp. N° 03-064, sentencia del 5 de marzo de 2003.

<sup>67</sup> TSJ, Iván José Sánchez Blanco y otros c. Universidad Experimental Simón Bolívar, 10 de junio de 1999.

<sup>68</sup> TSJ, Sala Constitucional, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, Exp. 03-1100, sentencia del 2 de marzo de 2005.

<sup>69</sup> Ver casos de la Corte Suprema de Argentina, *Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, 27 de diciembre de 1996 y *Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires*, 26 de diciembre de 1996.

Un segundo aspecto importante de esta práctica es que el empleo del material internacional es en gran medida contingente, en el sentido de que el universo de casos que sólo encuentran solución en normas internacionales o donde su utilización ha sido determinante o altamente preponderante, es extremadamente reducido<sup>70</sup>.

Las normas internacionales son subsidiarias y los principales tratados de derechos humanos contienen obligaciones de adoptar medidas legislativas internas para compatibilizar la práctica estatal a las obligaciones internacionales<sup>71</sup>. Como regla, cualquiera de los casos reseñados podría haber encontrado solución conforme a los sistemas legales nacionales. Tampoco existen obligaciones para emplear exhaustivamente el ordenamiento jurídico y es posible resolver los casos sólo con base en el derecho nacional. La práctica, sin embargo, es permeable al DIDESC y la jurisprudencia de la región utiliza el derecho internacional expresamente de manera concentrada en aquellos casos favorables a la justiciabilidad de los derechos sociales.

El empleo del DIDESC en fallos favorables a la justiciabilidad de los derechos sociales dice muy poco, no obstante, acerca de las razones que explican su presencia, de la peculiar función que podría cumplir, o de la justificación de tal práctica. Los factores que podrían condicionar la capacidad del derecho internacional de moldear el comportamiento de los Estados, y el de los tribunales en particular, de hecho, son objeto de numerosos trabajos con perspectivas diversas<sup>72</sup>. Algunos consideran los beneficios que

---

<sup>70</sup> Roberto Saba nos hizo notar que podría ser importante distinguir los casos en los que el DIDESC determina el *holding* de la decisión de los demás. Como decimos en el texto, el primer grupo es excepcional. En los siguientes ejemplos, encontramos que el derecho internacional ha sido determinante o altamente significativo para la resolución del caso en sentido favorable. En el caso *Aquino* (Argentina) ya citado, la Corte Suprema de la Nación extrae directamente de las normas internacionales ratificadas por Argentina, una de las líneas argumentales centrales que utiliza para invalidar la norma impugnada, es decir, el principio de progresividad y no regresividad. El tribunal se valió de forma exclusiva de la normativa del PIDESC y de la jurisprudencia del Comité DESC para determinar, entre otras cosas, que la normativa bajo estudio se contraponía al principio de no regresividad. Del mismo modo, en la Sentencia T-025/94 (caso de los *Desplazados*) citada de la Corte Constitucional Colombiana, el derecho internacional ha jugado un papel clave en la determinación del conjunto de requisitos que el Estado colombiano debe respetar a fin de que una medida regresiva sea considerada legítima. La Corte clarifica que para ser válida, entre otras condiciones, una medida regresiva debe respetar el núcleo esencial de los derechos y el deber de atender los parámetros del derecho internacional cuando está de por medio la dignidad y la autonomía de las personas. En cuanto a los parámetros de derecho internacional, la Corte refiere de manera expresa las condiciones establecidas por el Comité DESC para declarar inválida una medida de corte regresivo. En este caso además, el derecho internacional ha jugado un papel preponderante en la definición de los derechos mínimos que el Estado colombiano debe hacer efectivos independientemente del tipo y alcance de las políticas públicas que adopte para hacer frente a la situación de privación de la población desplazada. Finalmente, en el caso *R.J.S.A.* citado, el Tribunal Constitucional de Perú también parece haber dado peso determinante a la normativa internacional relativa al principio de progresividad, al estipular que la política pública en materia de salud mental no satisfacía la obligación internacional de adoptar medidas para el cumplimiento progresivo de este derecho. El tribunal estableció que la conducta estatal de reconocer la falta de asignación de presupuesto para políticas en materia de salud mental era contraria a la exigencia de la adopción de un marco legal adecuado, la existencia de autoridades conscientes del problema y con decisión política para ejecutar un plan progresivo que debe comenzar por la atención inmediata de los enfermos.

<sup>71</sup> Por ejemplo, el art. 2 del PIDESC.

<sup>72</sup> Ver, por ejemplo, Beth A. Simmons y Richard H. Steinberg (comps.), *International Law and International Relations - An International Organization Reader*, Cambridge, 2007.

en términos de reputación internacional un Estado o un juez cree poder obtener a través de la mención de una regla internacional, o focalizan la atención sobre el tipo de organización política local, o sobre los sistemas de incentivos conforme a un análisis económico del derecho, u observan la dinámica de los procesos transnacionales de creación normativa y el particular papel de las redes transnacionales de activistas. Por cierto, incluso distinguir si es el propio DIDESC el que permea la actividad de los jueces, o si son éstos los que definen los límites de la recepción del DIDESC es, en sí misma, una pregunta compleja.

No podremos dar una respuesta acabada, está claro, pero debemos resaltar estos aspectos del fenómeno que venimos describiendo. Ante el uso creciente de materiales internacionales en aquéllas decisiones que proclaman favorecer el goce de un derecho social, debemos preguntarnos acerca del porqué y el para qué de esas menciones o usos. Una explicación adecuada nos debería permitir, por un lado, contar con mejores herramientas de predicción acerca de posibles usos futuros y, por otro, juzgar valorativamente el fenómeno y avanzar sobre bases sólidas en torno a la pregunta sobre las virtudes de la práctica que observamos.

A nuestro modo de ver, existen al menos cuatro posibles condiciones que contribuyen a explicar las citas al DIDESC hoy frecuentes en la jurisprudencia latinoamericana. En primer lugar, su disponibilidad como material normativo relevante para la solución de un caso. 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 nacional, generalmente con status privilegiado<sup>73</sup>. De alguna manera, este entramado de derechos positivos son accesibles al juez como materiales relevantes frente a la decisión de un caso. La función judicial concebida en términos restringidos como simple aplicación de normas formalmente admitidas, se ve facilitada entonces por el recurso a la regla del derecho internacional hoy directamente disponible junto al catálogo habitual de normas positivas.

En segundo lugar, la relativa mayor precisión y sofisticación de las reglas del DIDESC. Los órganos de protección internacional han precisado el alcance y contenido de las normas de tratados que protegen derechos sociales lo que ha facilitado su aplicación por tribunales locales<sup>74</sup>. El desarrollo de estándares en materia de derechos sociales ha

---

<sup>73</sup> Ver al respecto, Ariel Dulitzky, op. cit., págs. 33-74. 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. Por ejemplo en el caso colombiano, la Constitución (1991) reconoce explícitamente una serie de derechos económicos, sociales y culturales (ver Título II, Capítulo 3). Brasil y Colombia constituyen casos de avanzada en lo que respecta al reconocimiento de acciones colectivas en sus sistemas procesales para la protección de derechos de incidencia colectiva y derechos de grupos. Al respecto, ver Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, cit. págs. 12-32.

<sup>74</sup> El desarrollo conceptual a nivel internacional ha contribuido en gran medida a desvirtuar la tesis que sostiene que entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos existe una diferencia estructural basada en el carácter intrínsecamente vago e indeterminado del primer grupo. Ver al respecto, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, págs. 67 a 72.

cochado gran impulso a través, principalmente, de la labor del Comité DESC —órgano de aplicación del PIDESC<sup>75</sup>—. En el ámbito de las Naciones Unidas, además, se han designado diversos Relatores Especiales para monitorear el cumplimiento de derechos tales como alimentación, educación, vivienda y salud<sup>76</sup> 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, también ha registrado avances en el último tiempo. En 1999, entró en vigencia el Protocolo de San Salvador<sup>77</sup> el primer instrumento interamericano que regula específicamente derechos económicos, sociales y culturales y tanto la Corte como la Comisión han emitido algunas decisiones e informes valiosos en esta área<sup>78</sup>. Los tribunales pueden encontrar inspiración o sustento argumental, o algunos incluso, una fuente de autoridad, en aquellas determinaciones hechas por órganos internacionales. Las soluciones previamente moldeadas, de alguna manera, son una opción posible para la autoridad judicial que debe encarar un problema similar en un caso concreto. Los jueces, podrían estar emulando un modo de respuesta previamente elaborado por un órgano con cierto grado de legitimidad en el tema.

En tercer lugar, la judicialización de la política<sup>79</sup>. 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 adoptaron políticas macroeconómicas que han

---

<sup>75</sup> 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>.

<sup>76</sup> 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. Durante la gestión de Louise Arbour (2003-2008) puede destacarse la creación de una oficina dedicada especialmente a trabajar la temática de derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> Ver Viviana Krsticevic, “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”, en Alicia Ely Yamin (coordinadora), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Del invento a la herramienta*, Plaza y Valdés Editores, México, 2006; Tara Melish, “The Inter-American Court of Human Rights, Beyond Progressivity” y “The Inter-American Commission on Human Rights, Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, en Malcolm Langford, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, cit., 2008, págs. 372-408 y págs. 339-371, respectivamente; Juan Méndez, “Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano”, en *Construyendo una agenda de trabajo para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, 2002, págs. 115-144. Como desarrollos recientes del sistema, podemos citar los informes de la Comisión Interamericana: “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007 y “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, OEA/Ser/L/V/II.132, Doc. 14, 19 julio de 2008.

<sup>79</sup> Al respecto ver, Rachel Sieder, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia. L. Schjolden y A. Angell Eds., Colombia, 2008.

progresivamente desmantelado el Estado de Bienestar. Para muchos grupos, el poder judicial representó 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<sup>80</sup>.

En cuarto y último término, la determinación inicial del planteo en términos del DIDESC. Algunos activistas y organizaciones sociales comprendieron rápidamente las implicancias institucionales de las reformas constitucionales y la ratificación de tratados y comenzaron a reclamar de manera sistemática 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<sup>81</sup>. 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.

---

<sup>80</sup> Sostiene Abramovich al respecto: “El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial dentro de nuestra región en materia de derechos económicos, sociales y culturales está en directa relación con la existencia de factores políticos que le otorgaron al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado. La debilidad de las instituciones democráticas de representación, así como el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que ha reeditado, con especial referencia al tema de los derechos sociales, la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables limita o restringe el espacio de actuación de los órganos políticos. El análisis de esta cuestión excede el marco conceptual de este trabajo. Sin embargo, entendemos que de ningún modo esta pregunta puede responderse en abstracto, sin atender al contexto social e institucional en el cual la administración de justicia es llamada a intervenir. Cf. Víctor Abramovich (en colaboración con Julieta Rossi), *Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados*, Revista Sur, Año 2, Número 2, 2005, pág. 204. Sobre las causas de la judicialización de la política en Colombia en particular, ver Rodrigo Uprimny Yepes, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en Revista Sur, Año 4, Número 6, 2007, págs. 53-70. Respecto de Argentina, ver Catalina Smulovitz, “Petición y Creación de Derechos: la judicialización en Argentina”, en Sieder, Rachel, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, cit.

<sup>81</sup> Sobre el punto ver, Víctor Abramovich, “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina Del invento a la herramienta*, cit. y “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, en José Zalaquett (coordinador), *Grupo de reflexión regional. Temas de derechos humanos en debate*, Santiago, Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004.

## 2. LA FUNCIÓN DEL DIDESC EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

### i. El lugar del derecho

Una segunda pregunta relevante es la referida al papel que puede jugar el derecho internacional en la decisión de los casos. Hemos venido hablando genéricamente de la aplicación o usos del DIDESC y sugerimos recién algunas posibles condiciones que coadyuvarían a explicar este fenómeno. En general, es complejo distinguir supuestos en el marco de una práctica judicial que no es precisa al momento de hacer explícito qué función le asigna a cada una de las normas que cita o aplica. Sabemos, por supuesto que referirnos a usos del derecho internacional implica una descripción generosa que incluye un vasto universo de casos que va, desde la cita puramente retórica en un extremo, hasta la conformación de un *holding* o la anulación de un acto nacional por ser contrario al derecho internacional, en el otro.

También somos conscientes de que el enfoque que hemos utilizado hasta aquí, delatado en expresiones como “uso” o “empleo” judicial del DIDESC, así como nuestro interés por la práctica de las cortes parece soslayar las preguntas centrales del derecho y reducir las preocupaciones normativas a herramientas a las que el operador puede recurrir más o menos discrecionalmente. Nuestra intención, no obstante, es módica. No estamos tratando de disputar al derecho su condición de discurso prescriptivo que merece obediencia por la justicia de los principios que encarna. Antes bien, se trata simplemente de asumir que existen relaciones complejas entre derecho, moral y política, y que en ese contexto de relaciones es posible iluminar un aspecto muy acotado de la práctica judicial. Nuestra asunción, obviamente, es que la práctica judicial consistente en utilizar de modo preferido una clase de material normativo (el DIDESC) en un universo determinado de casos (los que son favorables a la justiciabilidad de los DESC) puede no estar definitiva y exclusivamente determinada por la autoridad normativa del derecho que aplica, sino condicionada por el contexto de su aplicación, en particular, por la finalidad perseguida por el operador.

En términos generales, la utilización del derecho internacional parece haber colaborado de manera significativa al debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales brindando argumentos a favor de la intervención de los tribunales<sup>82</sup>. Hoy en día, puede afirmarse que la discusión en América Latina no gira ya en torno a la posibilidad del reclamo 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; cual es contenido normativo de los derechos en juego; qué tipo de órdenes y remedios deben emitir los jueces y principalmente, cuáles son las variables institucionales que deben fortalecerse para que la intervención judicial se traduzca en cambios concretos<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Sobre la cuestión del rol de los jueces en la revisión de cuestiones sustantivas como el hambre, la pobreza, y otros problemas, Roberto Gargarella nos advirtió sobre la existencia de un interesante debate entre Frank Michelman, “Welfare Rights in a Constitutional Democracy,” *Washington U. Law Quarterly* (1979): 659–693 y John Ely, “Democracy and the Right to be different,” *56 N.Y.U. Law Review* 397 (1981): 397-405, part. n. 5.



La multiplicidad de normas que erige a los derechos sociales como derechos fundamentales —y no como meros fines estatales o directrices de política pública— puede haber facilitado intervenciones activas de los jueces en procura de su protección. Ya no es común encontrar supuestos en los que los jueces se abstengan de intervenir aludiendo al carácter programático de estos derechos o más radicalmente, negándoles su carácter de tales. Tampoco encontramos casos en los que los jueces eviten todo tipo de intervención argumentando la existencia de cuestiones políticas no justiciables —por ejemplo, cuestiones atinentes al diseño de políticas pública o presupuestaria. Los jueces reafirman el carácter de derechos de los derechos sociales, así como su calidad de fundamentales dentro del orden jurídico doméstico y reservan a la justicia un papel para el cumplimiento de los tratados internacionales. Los casos sugieren, al menos, que el derecho internacional puede contribuir a la definición de las obligaciones estatales respecto de la satisfacción de derechos sociales y del alcance específico de estos derechos, así como a la determinación de medidas sociales y económicas de carácter individual y general.

La indagación acerca del papel de la aplicación del DIDESC puede tornarse más compleja, y concentrarse en el papel que aquél podría jugar para que la decisión judicial posea una efectiva capacidad transformadora y de este modo, contribuya por ejemplo a que las autoridades públicas competentes produzcan una vacuna que alcance a todos aquellos afectados por una enfermedad endémica, aseguren la provisión de agua potable en calidad y cantidad suficiente a determinado sector poblacional, garanticen la existencia de suficientes vacantes para el nivel de educación inicial, construyan viviendas para personas que carecen los medios suficientes para procurarse una, etc. En otras palabras, aludimos a la cuestión del cumplimiento.

Idealmente, deberíamos ser capaces de determinar bajo qué circunstancias el uso judicial del DIDESC podría tener una incidencia positiva sobre la vigencia efectiva de los derechos económicos y sociales, ya sea en casos individuales o colectivos. Esta pregunta se torna particularmente relevante si consideramos que la judicialización de derechos sociales se enfrenta con importantes obstáculos como el bajo índice de cumplimiento de sentencias y las múltiples trabas y demoras que se registran durante los procesos de implementación<sup>84</sup>. En lo que sigue, presentamos una primera reflexión sobre el papel que

---

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> Malcolm Langford da cuenta de esta situación en varios casos de distintas jurisdicciones en “Exigibilidad de DESC: Documento de Evaluación y Estrategia” (borrador preparado para la Reunión Internacional de Estrategias sobre DESC (Kenia, 1-4 Diciembre 2008), págs. 29-32 (en archivo de los autores). Al mismo tiempo, el mismo autor y Bret Thiele refieren una encuesta comparada llevada a cabo por el Center on Housing Rights and Evictions (COHRE) que recoge evidencia suficiente sobre el impacto positivo y sostenido que la acción legal puede tener en la satisfacción de los derechos sociales. Ver Malcolm Langford y Bret Thiele, “Introduction: The Road to a Remedy” en John Squires, Malcolm Langford, Thiele, Bret Thiele (eds.), *The Road to a Remedy, Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sydney: UNSW Press, (2005), págs. 4-5. En un estudio sobre litigio estratégico, el CELS da cuenta de algunas dificultades que presenta el litigio de derechos humanos en Argentina, que incluye los obstáculos al momento de implementar las sentencias (CELS, *La Lucha por el Derecho. Litigio estratégico*

podría jugar el DIDESC para motorizar el cumplimiento de decisiones judiciales favorables a la vigencia de derechos sociales.

## ii. Variables asociadas al éxito de la intervención judicial

En la literatura preocupada por las intervenciones judiciales en materia de derechos sociales se asocian tres variables a la mayor probabilidad de éxito de una decisión judicial. Estos elementos 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:

- (1) el tipo de intervención de los tribunales;
- (2) el tipo de proceso, individual o colectivo, y/o de la decisión judicial;
- (3) la calidad de la interacción entre las cortes y los órganos políticos.

### (1) Tipo de intervención<sup>85</sup>

Los tribunales que intervienen sobre políticas en materia de derechos sociales lo hacen con diversos grados de intensidad que podrían ordenarse como un continuo. Un primer grado de intervención —digamos, el más deferente— 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 competente<sup>86</sup>. Se trata de casos relativamente clásicos en los que los jueces confrontan hechos con normas, dentro del marco de intervención previsto legalmente. Aquí, los tribunales no emiten juicios de valor sobre la política o medida. Sólo ordenan su ejecución, luego de verificar el incumplimiento de lo ya establecido. 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

---

*y derechos Humanos*, CELS/Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2008, págs. 45-48). Ver en el mismo sentido, Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, cit., págs. 303-327.

<sup>85</sup> Abramovich da cuenta de cuatro posibles tipos de intervención judicial “sustantivas” que con algunas modificaciones son tomadas en esta sección. Ver, Víctor Abramovich (en colaboración con Julieta Rossi), “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados”, cit. La intervención judicial en casos de derechos sociales también puede ser procedimental en tanto y en cuanto tiende a garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de la administración. Ver al respecto, Víctor Abramovich, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en Birgin, Haydée y Kohén, Beatriz (comp.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006. Sobre la categorización de las formas de revisión judicial en casos sobre derechos sociales y la discusión sobre la conveniencia de unas y otras, ver Mark Tushnet, “Social welfare rights and the forms of judicial review”, 82 *Tex. L. Rev.* 1895, Junio de 2004.

<sup>86</sup> Por ejemplo, casos argentinos, CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de salud y Acción Social –Estado nacional s/ Amparo 16.688*, 1 de junio de 2000 y Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala IV, *Viceconte, Mariela Cecilia v. Estado Nacional s/amparo* (expediente 31.777/96), 2 de junio de 1998.

determinó su paralización, o la demora en su implementación. En la medida en que este control abarca también materias que antes excedían la esfera judicial —cuestiones no justiciables— o se flexibilizan los límites del control judicial, por ejemplo, admitiendo pretorianamente procesos colectivos, nos apartamos de los supuestos de mayor grado de deferencia. En esta categoría podríamos incluir también los casos de declaración de violación sin una orden o remedio específico o el dictado de una mera recomendación frente a una situación de incumplimiento<sup>87</sup>. En estos supuestos, el juez difiere a los poderes políticos la resolución de la situación denunciada.

Un segundo modelo de intervención está dado por aquellos supuestos en los que los tribunales examinan o controlan si la política pública o medida es compatible con ciertos estándares legales —como por ejemplo razonabilidad, progresividad y no regresividad, no discriminación, transparencia— o con el contenido mismo de los derechos en juego<sup>88</sup>. 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. El juez, o bien define el marco dentro del cual los poderes políticos deben ofrecer una respuesta a la situación denunciada o bien avanza en la definición misma de los contenidos de la política<sup>89</sup> o —de manera más reciente en algunas jurisdicciones— deriva la identificación de la solución del conflicto a un proceso de negociación entre la parte afectada, los órganos estatales demandados y en ocasiones,

---

<sup>87</sup> Ver Suprema Corte de Canadá, *Eldridge v. British Columbia* (1997), 3.S.C.R., párrafo 96. En este caso, la Corte canadiense expresó: “Una declaración, en lugar de una medida precautoria, es el remedio adecuado en este caso, porque existe una miríada de opciones a disposición del gobierno para rectificar la inconstitucionalidad del actual sistema. No corresponde a esta Corte dictar de qué modo deberá hacerse eso. Si bien es de suponer que el gobierno tomará medidas urgentes para corregir la inconstitucionalidad del actual sistema y cumplir con las directivas de esta Corte, resulta apropiado suspender la efectividad de la declaración por seis meses, para dar al gobierno la posibilidad de analizar sus opciones y formular una respuesta adecuada”. Ver también, Corte Suprema de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD (1999) 488, en el que el tribunal simplemente recomendó al gobierno el reasentamiento de personas que habían sido desalojados de sus viviendas. Para información adicional sobre el caso, ver [http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw\\_show.htm?doc\\_id=400920&country=13483](http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=400920&country=13483).

<sup>88</sup> Ver caso citado de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-024/05 (sobre Desplazados). Ver también, Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others* y el análisis sobre el caso por Víctor Abramovich y Christian Curtis, “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana”, disponible en [http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_búsqueda=ANUALIDAD&revista\\_búsqueda=829&clave\\_búsqueda=2001](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_búsqueda=ANUALIDAD&revista_búsqueda=829&clave_búsqueda=2001)

<sup>89</sup> Sobre el tipo de remedios ordenados en casos de derechos sociales ver, Kent Roach, “Crafting Remedies for Violations of Economic, Social and Cultural Rights” en John Squires, Malcolm Langford, Thiele, Bret Thiele (eds.), *The Road to a Remedy, Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, cit. págs. 111-125. Sobre el tipo de remedios ordenados por la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de Canadá ver, Roach, Kent / Budlender, Geoff. “Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable”, *South African Law Journal*, Vol. 122, (2005). Disponible en [http://www.escr-net.org/usr\\_doc/Kent\\_Roach\\_and\\_Geoff\\_Budlender.pdf](http://www.escr-net.org/usr_doc/Kent_Roach_and_Geoff_Budlender.pdf).

otros representantes de la sociedad civil, reservándose el rol de árbitro y último decisor en caso de no existir acuerdo entre las partes<sup>90</sup>.

Un tercer nivel de intervención judicial, en el extremo opuesto al primero, supone una acción más activa aún. Los tribunales corrigen la ausencia de una ley o programa y frente a obligaciones positivas de los Estados los jueces ordenan la adopción de medidas<sup>91</sup>. Los tribunales corrigen la inacción de los poderes políticos. Alternativamente definen la política o medida a ser adoptada (aunque los detalles de su ejecución son generalmente librados a la discreción de la autoridad administrativa) o derivan la identificación de la solución del conflicto a un proceso de negociación entre las partes afectadas, tal como se señaló en el párrafo anterior.

No es nuestro objetivo ofrecer una categorización precisa de los tipos de intervención, sino resaltar dos aspectos vinculados. El primero, que la práctica muestra que diversos jueces pueden intervenir de modo diverso. Y el segundo, que en muchas discusiones relativas a las probabilidades de que un fallo sea obedecido efectivamente —algo central en la reflexión de los litigantes y de las partes— esos diversos modos de intervención

<sup>90</sup> Algunos ejemplos recientes que podemos mencionar son los siguientes. En Venezuela, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (Venezuela), en el caso *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, ordenó 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 Argentina, en el caso *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, 3 de mayo de 2005 (sobre condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires), la Corte Suprema encomendó al gobierno de la Provincia de Buenos Aires la organización de una mesa de diálogo con la organización accionante (CELS) y otras organizaciones nacionales e internacionales que se habían presentado como *amicus curiae* en la causa y potencialmente otros sectores de la sociedad civil que pudieran aportar ideas y soluciones a fin de que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables. En el caso *Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios* (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo) del 8 de julio de 2008, la Corte Suprema argentina encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación y a las ONGs que actúan en la causa (FARN, CELS, Greenpeace y Asociación Vecinos de La Boca), la conformación de un cuerpo colegiado que tendrá a su cargo el control del Plan de Saneamiento del Riachuelo, cuya ejecución fue ordenada a las autoridades públicas competentes. En Sudáfrica, la Corte Constitucional en casos sobre derecho a la vivienda ha ordenado a las partes a encontrar solución al conflicto planteado (ver Caso CCT 24/07 [2008] ZACC 1). Sobre la evolución de la intervención judicial de “comando y control” a un modelo “experimentalista” en el marco de litigios de interés público en Estados Unidos, ver Charles Sabel y William H. Simon, *Desestabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, Febrero de 2004. Sobre la conveniencia de la aplicación del modelo experimentalista en litigios de interés público en la Argentina, ver Paola Bergallo, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, ponencia presentada en el Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Constitucional (SELA), mayo de 2005, Río de Janeiro.

<sup>91</sup> Ver por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-225/98. En este caso, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades municipales de Bogotá la creación de un programa de vacunación contra la meningitis para los niños en situación de pobreza. Hasta ese entonces, los niños pobres no tenían acceso a la vacunación contra la meningitis. De igual modo en la Sentencia T-760/2008, la Corte Constitucional colombiana ordenó la reestructuración del sistema de salud y específicamente, entre otras medidas, instó al gobierno a adoptar medidas deliberadas para implementar la cobertura universal para el año 2010. Alicia Ely Yamin y Oscar Parra-Vera comentan esta sentencia en “How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court”, *PLoS Medicine*, cit.

judicial son considerados relevantes. Por ejemplo, especulamos que en la medida en que la intervención se acerque al primer tipo, existirían menos roces con el poder político, y habría menos dudas acerca de cuál es la política que debe implementarse, por lo que los jueces enfrentarían menos cuestionamientos como artífices de una decisión colectiva y habría menos dificultades para el cumplimiento. 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, por lo que parecerían poder comprometer las probabilidades de acatamiento de la decisión judicial.

## (2) *Carácter colectivo o individual del litigio*

Otra dimensión a la que se le ha prestado atención es el tipo de litigio colectivo o individual. El litigio 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. Muchos están inclinados a pensar 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, por la distinta dinámica de los procesos colectivos y/o por las previsiones procesales particulares respecto del modo de cumplir las sentencias<sup>92</sup>.

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”<sup>93</sup>. 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”<sup>94</sup>.

Es por ello fundamental que el reconocimiento de acciones colectivas en el sistema legal doméstico, vaya acompañado de regímenes procesales que incorporen las especiales características de este tipo de litigios. En particular, la adecuación procesal de la etapa de ejecución de sentencia en los litigios colectivos es uno de los elementos clave para

<sup>92</sup> Respecto de la recepción de las acciones colectivas en Brasil y Colombia, Maurino, Nino y Sigal sostienen que allí, “los procesos colectivos se instalaron como una necesidad fundamental para proteger los nuevos derechos ... como la forma específica de proveer a la tutela jurisdiccional de derechos especiales que, de otro modo, carecerían de posibilidades relevantes de efectividad”. Cfr. Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, cit., pág. 11.

<sup>93</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales” en *Iura Gentium – Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, 2005. Disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>.

<sup>94</sup> Íd. Ver en igual sentido, International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences on Justiciability*, Human Rights and Rule of Law Series: No. 2, 2008, págs. 93-97.

garantizar el efectivo cumplimiento de la decisión judicial y, así, el goce del derecho violado<sup>95</sup>. Frente a estos casos de naturaleza colectiva el Estado tiene el deber de adecuar los procedimientos internos, incluyendo los mecanismos para la ejecución de sentencias, a fin de posibilitar el acceso a la justicia como parte de su obligación de asegurar el derecho fundamental a un recurso judicial efectivo<sup>96</sup>.

En suma, la regulación de acciones colectivas para el reclamo de derechos de grupo o de incidencia colectiva, como son en su mayoría los derechos económicos, sociales y culturales, podría condicionar la posibilidad tanto de su exigibilidad ante la justicia así como su efectiva satisfacción en caso de una decisión favorable.

### *(3) Calidad de la interacción entre jueces y poder político*

En tercer lugar, la calidad de la interacción entre los tribunales de justicia y los órganos políticos es también vista como uno de los factores fundamentales para el éxito de un reclamo. Los jueces pueden decidir involucrarse en un diálogo intenso y periódico con

---

<sup>95</sup> Respecto de los problemas que han encontrado los tribunales y partes en la ejecución de sentencias colectivas en Argentina, Maurino, Nino y Sigal afirman que “en algunos casos, existe la necesidad de adaptar instituciones propias de un derecho procesal pensado para resolver litigios entre individuos, que resultan insuficientes o defectuosos a la hora de dar soluciones a las mismas soluciones ocurridas en acciones colectivas. En otros, incide la carencia de información adecuada que permita a los beneficiarios conocer los derechos que la justicia le reconoce, y actuar en consecuencia reclamando el efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales. Por último, se debe considerar la falta de una regulación clara de los mecanismos de ejecución de sentencias que generan resultados no deseados, consistentes tanto en la reiteración de procesos, produciendo un innecesario dispendio judicial, como en la inseguridad jurídica que no permite a los beneficiarios presentarse en las causas colectivas a fin de exigir que se cumplan para su caso particular”. Cf. Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, cit., pág. 325.

<sup>96</sup> El Comité DESC, en su Observación General No. 9, establece que no basta la existencia de recursos judiciales para la protección de los derechos sociales sino que éstos deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones establecidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Estado Parte (Comité DESC, Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, 3 de diciembre de 1998, párr. 5). Al respecto y en particular sobre la ejecución de las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dicho, “...Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. Sin embargo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas (...) la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento (...) El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes...” (Cf. Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, sentencia de 7 de febrero de 2006, párrs. 216, 217 y 219). En igual sentido, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4, 7 de septiembre de 2007, párrs. 296 y 297.

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. Son muchas las variables que pueden moldear un diálogo entre el juez y los poderes políticos. Sin embargo, parece claro que los casos que involucran la discusión de una política pública en materia social genera algún tipo de interacción, intensa, o tenue; sostenida en el tiempo o instantánea; pública o silenciosa. Asumimos 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, por supuesto, con infinitas variantes intermedias.

Las discusiones sobre las perspectivas de cumplimiento de un fallo, también consideran habitualmente esta interacción. El perfil público o no de un caso parecería poder colaborar a las chances de cumplimiento, al igual que el ascendente del juez sobre otros actores, la extensión en el tiempo del proceso de ejecución, la presión externa de partes no directamente involucradas en el litigio, entre otros factores que hacen al papel, que podríamos llamar, eminentemente político, del juez y su sentencia.

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

<b>Tipo de Intervención judicial</b>	<b>Tipo de proceso</b>	<b>Diálogo inter-poderes</b>
Implementación/Declaración de incumplimiento	Individual	Robusto
		Débil
	Colectivo	Robusto
		Débil
Control	Individual	Robusto
		Débil
	Colectivo	Robusto
		Débil
Adopción	Individual	Robusto
		Débil
	Colectivo	Robusto
		Débil

### iii. **Las contribución del DIDESC a la probabilidad de cumplimiento**

Nuestra primera intuición indica que, en la medida en que la utilización del DIDESC colabore a modelar una intervención judicial en la cual se potencien las notas que se cree aumentan la probabilidad de cumplimiento de un fallo, la apelación a ese material normativo podría colaborar a la satisfacción del fallo. En varios de los casos referidos al

inicio, de hecho, puede especularse que las variables recién señaladas han visto modificada su importancia relativa a través del DIDESC.

En varios casos, al menos, esto nos parece cierto respecto del tercer elemento señalado, es decir, cuando -en el marco de la implementación de los remedios apropiados para dar cumplimiento a la resolución judicial- los tribunales consiguen una efectiva participación de la autoridad política competente. En esta línea, cuando el DIDESC colabora a potenciar las capacidades del tribunal de comprometer a la autoridad política, parece representar 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 periódicas, formación de mesas de negociación— se ha generado un fructífero ámbito de negociación que facilitó dar solución o iniciar un camino de solución a las distintas situaciones planteadas. La intervención judicial que ha podido contribuir a la adopción 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<sup>97</sup>. Tres ejemplos ilustran esta afirmación.

En el caso argentino *Viceconte*<sup>98</sup> en el que se ordenó la producción de la vacuna Candid 1 contra la enfermedad Fiebre Hemorrágica Argentina (política previamente decidida por el Ministerio de Salud), a 8 años de iniciada la acción, la vacuna comenzó a producirse y ha sido aplicada a la población afectada. 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). 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<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Acerca de la importancia del rol activo de los jueces para lograr la implementación de sentencias favorables a la exigibilidad de derechos sociales, ver Carolina Fairstein, Gabriela Kletzel y Paola García Rey, “En busca de un remedio judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales”, en este volumen.

<sup>98</sup> Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala IV, *Viceconte, Mariela Cecilia v. Estado Nacional s/amparo* (expediente 31.777/96), 2 de junio de 1998. Consultar sinopsis y documentos del caso en la Base de Jurisprudencia de la Red-DESC en [http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw\\_show.htm?doc\\_id=404808&country=13475&attribLang\\_id=13441](http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404808&country=13475&attribLang_id=13441).

<sup>99</sup> Para un detalle de las medidas adoptadas por el tribunal y una evaluación crítica del caso, ver Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, cit., págs. 117-122 y CELS, *La Lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos Humanos*, cit, págs. 68-75.



En el caso *Hospital de Niños de Caracas*<sup>100</sup>, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente ordenó dotar en forma total la sala quirúrgica del Servicio de Cirugía Cardiovascular para hacer frente al deficiente tratamiento de los niños/as con cardiopatías congénitas, pacientes del Hospital de Niños J. M. de los Ríos de Caracas. 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 niños<sup>101</sup>.

En la Sentencia T-024/2005 (caso de los *Desplazados*) ya citada<sup>102</sup>, la Corte Constitucional de Colombia, 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. A fin de verificar el cumplimiento de la sentencia, la Corte Constitucional emitió múltiples resoluciones a través de las cuales revisó el grado de cumplimiento de sus órdenes. La Corte ha jugado un papel activo, requiriendo información y adoptando órdenes periódicas encaminadas a lograr las transformaciones necesarias en las prácticas administrativas<sup>103</sup>. 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<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> 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. Consultar sinopsis y documentos del caso en la Base de Jurisprudencia de la Red-DESC en [http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw\\_show.htm?doc\\_id=404765&country=13659&attribLang\\_id=13441](http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404765&country=13659&attribLang_id=13441).

<sup>101</sup> Esta información ha sido proporcionada por PROVEA, organización que ha litigado el caso.

<sup>102</sup> Consultar sinopsis y documentos del caso en la Base de Jurisprudencia de la Red-DESC en [http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw\\_show.htm?doc\\_id=399053&country=13508&attribLang\\_id=13441](http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=399053&country=13508&attribLang_id=13441).

<sup>103</sup> César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco destacan que "...el seguimiento que se le ha dado a la T- 025/04 también es distinto al de otras sentencias (...) En los cuatro años siguientes al fallo, la Corte ha proferido cerca de 50 autos de seguimiento a las órdenes dadas en la sentencia, lo que la convierte en una sentencia viva y en permanente evolución..." (Cf. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, "Injusticia radical, activismo judicial y violaciones masivas de derechos sociales: el impacto del "estado de cosas inconstitucional" sobre el desplazamiento forzado en Colombia", en este volumen.

<sup>104</sup> Para una evaluación crítica de la intervención de la Corte Constitucional en este caso, ver César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, "Injusticia radical..." cit. Sostienen los autores que "...en contextos marcados por Estados fragmentados y burocracias limitadas, los tribunales activistas en materia de derechos sociales terminan jugando un rol racionalizador de las políticas públicas, antes que de garantes

En suma, 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 o para el inicio de un camino en tal sentido y la adopción de políticas en concordancia con los principios del derecho social en juego.

### **III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL**

A fin de concluir este ensayo, resumimos 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.

Una primera contribución parece haber sido el 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 complejidad, otro aporte del derecho internacional a la capacidad de intervención de los jueces en el diseño o reformulación de políticas públicas parece haber sido la precisión de estándares por parte de los órganos 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 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 efectiviza realización 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.

---

de resultados concretos de protección de dichos derechos (...) El análisis de la implementación de la sentencia sobre el desplazamiento en Colombia muestra que, más allá de los (escasos) efectos materiales directos que ha tenido sobre la situación de la población desplazada, la Corte ha tenido un papel esencial como instancia coordinadora de los esfuerzos de una burocracia nacional y regional altamente dispersa...” (Cf. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, “Injusticia radical...”, cit.

El derecho internacional también ha permitido a los jueces involucrar legítimamente a los poderes políticos. 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.

El derecho internacional, por último, ha abierto las posibilidades de reclamo en instancias internacionales. Para los poderes políticos puede ser 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 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 hoy.