



www.respublicaargentina.com

RES PUBLICA ARGENTINA

Información pública, pero no tanto.

El nuevo procedimiento para denunciar **incumplimientos** del Reglamento de Acceso a la Información Pública

Por *AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ*. [p.7](#)

Del Tribuno de la Plebe al Defensor del Pueblo latinoamericano

Por *CARLOS R. CONSTENLA*. [p.27](#)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y **políticas públicas**.

Justiciabilidad de los derechos sociales en latinoamérica

Por *JULIETA ROSSI*. [p. 47](#)

La construcción global del financiamiento internacional para el desarrollo.

Derechos Humanos y desarrollo sustentable

Por *JORGE DANIEL TAILLANT*. [p. 59](#)

Consejo de Redacción

Director: *AGUSTÍN GORDILLO*

Subdirector: *AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ*

Consejeros: *MARCELO BRUNO DOS SANTOS • SANTIAGO R. CARRILLO*

NICOLÁS DIANA • FRANCISCO J. FERRER • JOSEFINA PAZOS • KARINA PRIETO

ORLANDO D. PULVIRENTI • GUILLERMO SCHEIBLER

Res Publica Argentina



2008-2

Mayo - Agosto 2008

Consejo de Redacción

Director: AGUSTÍN GORDILLO • **Subdirector:** AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ

Consejeros: MARCELO BRUNO DOS SANTOS • SANTIAGO R. CARRILLO •
NICOLÁS DIANA • FRANCISCO J. FERRER • JOSEFINA PAZOS • KARINA PRIETO •
ORLANDO PULVIRENTI • GUILLERMO SCHEIBLER

Propiedad de Ediciones Rap s.a.
Director responsable: Eduardo Mertehikian
Talcahuano 638 2° "D" (C1013AAN)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
4374-0661 (líneas rotativas)
consulta@revistarap.com.ar
www.rapdigital.com

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723. Registro Nacional de la Propiedad
Intelectual 455.168. ISSN N° 1669-8711.

Las colaboraciones firmadas no representan necesariamente la opinión de la Dirección ni del Consejo de Redacción. Prohibida la reproducción total o parcial de las colaboraciones firmadas, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información sin autorización escrita del Editor.

Para contactarse con el Consejo de Redacción:

gordillo@respublicaargentina.com
garciasanz@respublicaargentina.com
brunodossantos@respublicaargentina.com
carrillo@respublicaargentina.com
diana@respublicaargentina.com
ferrer@respublicaargentina.com
pazos@respublicaargentina.com
prieto@respublicaargentina.com
pulvirenti@respublicaargentina.com
scheibler@respublicaargentina.com

Visite nuestro web site:
www.respublicaargentina.com

Esta publicación se terminó de imprimir
en: Primera Clase Impresiones
California 1321 (1168) Tel. 4301-0956
Buenos Aires, Argentina

ÍNDICE

**INFORMACIÓN PÚBLICA, PERO NO TANTO.
EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA DENUNCIAR
INCUMPLIMIENTOS DEL REGLAMENTO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA**

POR AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ
p. 7.

**DEL TRIBUNO DE LA PLEBE
AL DEFENSOR DEL PUEBLO LATINOAMERICANO**

POR CARLOS R. CONSTENLA
p. 27.

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y
POLÍTICAS PÚBLICAS.
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN
LATINOAMÉRICA**

POR JULIETA ROSSI
p. 41.

**LA CONSTRUCCIÓN GLOBAL DEL FINANCIAMIENTO
INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO.
DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO SUSTENTABLE**

POR JORGE DANIEL TAILLANT
p. 59.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LATINOAMÉRICA¹

Por JULIETA ROSSI

1. *Introducción*

La experiencia judicial latinoamericana muestra que en muchas ocasiones las cortes intervienen en la supervisión de las políticas públicas que afectan derechos sociales. Algunas veces, controlan la implementación de una política ya existente. Otras, vigilan que una política determinada respete ciertos estándares legales o constitucionales. A veces incluso avanzan en cuestiones que hacen al diseño mismo de la política. Estas intervenciones, a su vez, aparecen indistintamente tanto en casos individuales como colectivos. El resultado de esas intervenciones, sin embargo, no ha sido siempre exitoso, en términos de efectivamente favorecer la adopción de políticas públicas que aseguran el goce de derechos sociales.

Paralelamente, la experiencia en la región también muestra una aplicación creciente del derecho internacional de los derechos humanos en ese tipo de casos. En ocasiones los jueces recurren a la aplicación directa de un tratado. A veces, adoptan estándares fijados por los órganos de protección establecidos por esos tratados. En otros supuestos, enfrentan la implementación nacional de una decisión o sentencia internacional. Dentro de este marco general, las cortes han utilizado en particular las normas internacionales sobre derechos sociales para intervenir sobre políticas públicas. Al igual que ocurre con los casos de derechos sociales resueltos bajo la sola luz del derecho nacional, la utilización del derecho internacional tampoco está necesariamente asociada a la implementación de políticas públicas exitosas.

Este ensayo explora un conjunto intervenciones judiciales en materia de derechos sociales que han recurrido al derecho internacional para la supervisión de políticas públicas en

¹ Este trabajo fue presentado en Seminario Internacional “Cuestiones de Derecho Administrativo Global en Latinoamérica,” organizado por la Universidad de San Andrés y el *Institute for International Law and Justice* de la *New York University* y que tuvo lugar en Victoria, los días 9 y 10 de marzo de 2007.

Latinoamérica. Desde hace varios años la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales administra una Base de Datos de Jurisprudencia,² con el objeto de sistematizar las decisiones judiciales de distintos tribunales nacionales e internacionales en la materia. Este ensayo, aprovecha esa información e intenta avanzar, sobre esa base, una visión sintética de las principales tendencias observadas. Por ello, haremos referencia aquí sólo a algunos casos emblemáticos.³

Intentaremos explicar el modo en que el derecho internacional ha influido sobre aquellos casos en los que las cortes han intervenido sobre políticas públicas. El objetivo de esta indagación es tratar de identificar bajo qué condiciones el derecho internacional ha colaborado a una intervención judicial exitosa en el control y supervisión de políticas públicas. Nuestra conclusión sugiere que el derecho internacional ha favorecido el éxito de las intervenciones judiciales cuando efectivamente han ampliado las posibilidades de diálogo entre el poder judicial y los poderes políticos. Intentaremos dejar demostrado que no obstante las distintas posibilidades de intervención judicial sobre una política pública —implementación, control, o diseño— y las diversas posibilidades de litigio —individual o colectivo— la nota relevante en el éxito de una intervención judicial es la calidad del diálogo que el juez establece con los poderes políticos y que, en consecuencia, el empleo del derecho internacional sólo es útil cuando contribuye al fortalecimiento de ese diálogo.

A los fines expositivos, el trabajo se divide en tres secciones. En el capítulo 2 describiremos la tendencia general en Latinoamérica a aplicar en el ámbito nacional los tratados de derechos humanos y los que consagran derechos sociales o derechos económicos, sociales y culturales en particular.⁴ En el capítulo 3 examinaremos las variables que parecen definir la capacidad de los tribunales de justicia para impactar en la implementación, control, o reformulación del diseño de políticas públicas en materia social. En particular, observaremos tres elementos que habitualmente se asocian a una intervención exitosa: El tipo de intervención judicial, el carácter individual o colectivo del litigio o de la decisión, y el nivel de interacción entre los tribunales de justicia y los órganos políticos en la etapa de implementación de la sentencia. Luego, en base al análisis del impacto en políticas públicas de casos paradigmáticos decididos por tribunales latinoamericanos, sugerimos que los cambios en las políticas públicas motivadas en una intervención judicial están asociados a la calidad de la interacción entre el órgano judicial y los órganos políticos después de la sentencia y que, en función de ello, el aporte del derecho internacional a las posibilidades de los jueces de influir sobre las políticas públicas debe ser evaluado fundamentalmente bajo esa luz. El derecho internacional, entonces, constituye un elemento relevante en la intervención judicial sobre políticas públicas nacionales, aunque sólo lo es en tanto favorece la capacidad política de los tribunales para involucrar a los otros poderes

² Red para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Base de Datos de Jurisprudencia, disponible en http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw.htm?attribLang_id=13441.

³ La base es de uso libre y, por supuesto, está disponible para la quien desee testear otras hipótesis.

⁴ En este ensayo, utilizaré indistintamente *derechos sociales* o *derechos económicos, sociales y culturales* o *derechos económicos* y *sociales*. La primera acepción es generalmente utilizada en el lenguaje constitucional; la segunda, en el lenguaje propio del derecho internacional de los derechos humanos.

en el proceso de definición de aquellas. El capítulo 4, sistematiza las contribuciones concretas del derecho internacional a las capacidades de intervención de los jueces en materia de políticas públicas de corte social y económico, a modo de reflexiones finales.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su influencia en Latinoamérica

En las últimas décadas, se observa una tendencia en los tribunales y particularmente en las cortes supremas o constitucionales de varios países de Latinoamérica a incorporar en sus decisiones el derecho internacional de los derechos humanos. Esta influencia se observa, entre otros, en casos en que está en juego la violación de derechos económicos, sociales y culturales. En esta materia, la repercusión del derecho internacional ha sido especialmente valiosa dada la escasa tradición en el ámbito interno de los países latinoamericanos de efectivizar derechos sociales a través de los tribunales de justicia.

Los estándares de derechos humanos han jugado un papel preponderante tanto en el desarrollo y orientación de las decisiones judiciales como en el diseño y formulación de políticas públicas.

Los tribunales de justicia han utilizado el derecho internacional de distintas maneras. Algunos han utilizado en forma combinada las variantes que se citan a continuación; otros han seguido sólo alguna de ellas. De este modo, los tribunales:

- (a) Han aplicado normas específicas contenidas en tratados de derechos humanos en defecto de normativa interna similar;
- (b) han utilizado normas internacionales como pautas de interpretación de la normativa interna;
- (c) han utilizado normas internacionales como complemento de la normativa interna;
- (d) han considerado las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones estatales y el contenido de los derechos reconocidos en los pactos y en las constituciones políticas. Algunos tribunales, como la Corte Suprema argentina, han decidido explícitamente que la jurisprudencia internacional resulta obligatoria para los tribunales domésticos;⁵
- (e) han considerado conceptualizaciones efectuadas por órganos internacionales para moldear la hermenéutica constitucional; y
- (f) han aplicado decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi-judiciales en casos individuales.⁶

⁵ Entre muchos otros casos ver, CSJN, *Simón, Julio*, 2005, *Fallos*, 328: 2056.

⁶ Entre otros, podemos citar, Corte Constitucional de Colombia, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín (EVM) c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Exteriores, Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín s/ amparo*, Sentencia T-568, 10-VIII-99. Allí la Corte consideró que, por ser Colombia Estado Parte del Tratado Constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y

Como exponentes de esta tendencia podemos mencionar los desarrollos en Argentina,⁷ Venezuela,⁸ Colombia,⁹ Costa Rica,¹⁰ Perú,¹¹ Bolivia¹² y Ecuador.¹³ En estos países, con base en

habiendo ratificado, entre otros, sus Convenios 87 y 98, la recomendación efectuada por el Consejo de Administración de dicha entidad en el sentido de reintegrar en sus puestos de trabajo o indemnizar a un grupo de trabajadores, constituye una orden expresa vinculante para el Estado colombiano. Por tanto, ordenó a las EVM a reintegrar a los trabajadores despedidos y a reconocerles los salarios y prestaciones que dejaron de percibir.

⁷ En Argentina, tanto tribunales de primera como de segunda instancia, así como la Corte Suprema de la Nación han decidido favorablemente en casos vinculados a derechos económicos, sociales y culturales. Entre los casos de la Corte Suprema podemos mencionar: CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de salud de la Nación y Banco de Drogas Neoplásicas*, 2000, Fallos, 316: 479, a modo de reflexiones finales; *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social*, 2000, Fallos, 323: 1339. Entre los casos de tribunales de primera y segunda instancia, vale la pena destacar los siguientes: CNFed. CA, Sala IV, *Viceconte Mariela c. Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social*, 2-VI-98; CAp. CA y T de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, *Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires*, 30-IX-04. Para una descripción detallada de los tribunales argentinos en materia de derechos sociales, ver ABRAMOVICH, VÍCTOR / COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

⁸ En Venezuela, el Tribunal Supremo decidió una serie de casos vinculados al derecho a la salud. Respecto del derecho de las personas viviendo con HIV a recibir tratamiento adecuado, ver Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Venezuela, *Cruz del Valle Bermúdez y otros vs. MSAS s/amparo*, 15-VII-99; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo*, 6-IV-01. Respecto del derecho a la salud de los niños viviendo con cardiopatías a recibir tratamiento médico adecuado, ver 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-VII-01. En cuanto al derecho a la seguridad social, ver Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, 2-III-05.

⁹ Entre muchísimos otros, ver Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, *Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros*, 22-I-04; Corte Constitucional de Colombia, *Sandra Clemencia Pérez Calderón y otros contra el Ministerio de Salud y la Alcaldía de Santa Fe de Bogotá, DC – Secretaría Distrital de Salud*,— 20-V-98, Sentencia SU-225/98. Para una descripción y análisis sobre los casos de la Corte Constitucional Colombiana sobre derecho al mínimo vital, ver ARANGO, RODOLFO / LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002 y LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, “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, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 53-69. Ver también, CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, «Judicial activism in a violent context: The origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court,» 3 Wash. U. Global Stud. Rev. 529.

¹⁰ Corte Suprema de Costa Rica, *William García Alvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social*, 23-IX-97; *Sídonia Vargas v. Hospital San Juan de Dios*, 7-IX-94; *Vera Salazar Navarro v. Caja Costarricense del Seguro Social*, 26-IX-01; *Ombudsman en representación de Ledi Orellanan Martínez v. Caja Costarricense del Seguro Social*, 24-IX-02.

¹¹ Respecto del derecho de las personas viviendo con HIV a recibir tratamiento adecuado, ver Tribunal Constitucional de Perú, *Azanca Alhelí Meza García*, 20-IV-04. Con fecha 5-X-04, el Tribunal Constitucional peruano dictó sentencia en el caso de *José Luis Correa Condori (Expte. N° 2016-2004-AA/TC)* y ratificó el criterio establecido en el caso *Azanca Alhelí Meza García*. Ver también, *Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros*, N° 0008-2003-AI/TC.

¹² Corte Suprema de Bolivia, *N. N. v. la Corporación del Seguro Social militar (COSSMIL)*, 8-I-03.

¹³ Tribunal Constitucional de Ecuador, Sala Primera, *Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) c. Arco Oriente s/ Amparo*, 1-IV-00.

el derecho internacional de los derechos humanos, la intervención judicial ha tendido a restringir la discrecionalidad de los órganos políticos en la configuración de áreas que tradicionalmente eran de su exclusivo resorte. Los tribunales han declarado que los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables, que éstos poseen un núcleo mínimo que no puede ser desconocido por los poderes estatales, que los grupos más desaventajados de la sociedad merecen una protección especial y prioritaria, que los poderes políticos deben adoptar medidas claramente orientadas a satisfacer los derechos sociales y que las políticas de corte regresivo son en principio inconstitucionales, entre otros principios favorables a la exigibilidad judicial de derechos sociales. El derecho internacional ha colaborado en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales brindando argumentos poderosos a favor de la intervención de las cortes en esta materia.¹⁴ Hoy en día, la discusión en América Latina, no gira ya en torno a la posibilidad de demanda judicial de los derechos sociales, sino en torno a cuál es el papel que las cortes deben desempeñar en su efectivización; cuál es el tipo de situaciones en las que deben intervenir y con qué alcance, qué tipo de órdenes deben emitir y principalmente, cuáles son las variables institucionales que deben fortalecerse para que la intervención judicial se traduzca en cambios concretos.¹⁵

Además, las cortes han emitido órdenes —muchas veces precisas y detalladas— dirigidas a los poderes políticos para revertir situaciones de incumplimiento o violación. Han ordenado priorizar el gasto en materia social, han decretado la indisponibilidad de partidas presupuestarias, han ordenado al parlamento que asigne presupuesto para fines sociales, y han formulado o contribuido a formular políticas en materia de salud, vivienda y educación. En este proceso, el poder judicial ha sido o pretendido ser un motor interesante para la modificación de prácticas administrativas ineficientes, el fortalecimiento de la capacidad de gestión de los órganos administrativos y el logro en la eficiencia en el gasto público.

Intentaremos en lo que sigue precisar algunas circunstancias que podrían explicar tendencia. En primer lugar, varios países de América Latina han ratificado un sinnúmero de tratados internacionales de derechos humanos durante las últimas décadas y los han incorporado al orden jurídico doméstico, generalmente con status privilegiado. En algunos casos, los tratados de derechos humanos han adquirido rango constitucional, como en Argentina y Bolivia y en otros, como en Costa Rica o El Salvador, han adquirido jerarquía supra-legal. Otra innovación clave 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.

¹⁴ Cfr. ABRAMOVICH / COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹⁵ A través de la lectura de las sentencias en distintos casos, se observa que los tribunales latinoamericanos han iniciado un proceso en el cual están debatiendo con ellos mismos, las otras ramas de gobierno y la población, cuáles deben ser los contornos de su intervención, pero ya no discuten que al igual que las otras ramas del gobierno, deben intervenir.

En segundo lugar, el alcance y contenido de las normas de tratados que protegen derechos económicos y sociales han sido clarificados por los órganos de protección, lo que ha impulsado su aplicación por tribunales locales. Así, el desarrollo de estándares en materia de derechos sociales ha cobrado gran impulso a través, principalmente, de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) —órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC.)¹⁶ Además, en el ámbito de las Naciones Unidas, se han designado diversos Relatores Especiales para monitorear el cumplimiento de derechos tales como alimentación, educación, vivienda y salud.¹⁷ Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, si bien en forma más lenta y gradual, también ha registrado algunos avances en el último tiempo.¹⁸ En el año 1999, entró en vigencia el Protocolo de San Salvador —protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos— primer instrumento interamericano que regula específicamente derechos económicos, sociales y culturales y tanto la Comisión como la Corte han emitido algunas decisiones valiosas en esta área.¹⁹

En tercer lugar, en general ha habido una tendencia de la población a priorizar el uso de la vía judicial para el reclamo de derechos fundamentales por sobre los canales de participación política. 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. En el contexto de democracias débiles e inestables, la desconfianza social en los poderes políticos ha determinado que la arena política no sea vista por los ciudadanos —o lo sea escasamente— como un canal institucional de participación efectiva y de demanda a las autoridades. 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.

Por otro lado, algunos activistas y organizaciones sociales comprendieron rápidamente las implicancias institucionales de las reformas constitucionales y la ratificación de tratados y comenzaron a hacer uso de las vías constitucionales a su disposición para presentar reclamos ante los tribunales de justicia. En particular, muchas organizaciones de derechos humanos de la región que tradicionalmente focalizaban su trabajo en la defensa de derechos civiles y políticos incorporaron a su trabajo la defensa de derechos económicos y sociales. En el mismo sentido, las organizaciones de derecho de interés público comenzaron a diseñar estrategias para el litigio de impacto estructural, algunas de las cuales hicieron foco en cuestiones sociales. Además, pueblos

¹⁶ 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 aquel instrumento. Hasta el momento, el Comité ha emitido 18 Observaciones Generales

¹⁷ 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.

¹⁸ Cfr. MÉNDEZ, JUAN, “Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano” y KRSTICEVIC, VIVIANA, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano,” en *Construyendo una agenda de trabajo para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José de Costa Rica, CEJIL, 2002, pp. 115-144 y 145-200, respectivamente.

¹⁹ Ver en este sentido, KRSTICEVIC, *La protección...*, *op. cit.*

indígenas, mujeres y personas con capacidades especiales, entre otros grupos desaventajados, comenzaron a trabajar activamente por la defensa de sus derechos.

Por último, 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 80's, los poderes políticos en la región han adoptado políticas macroeconómicas que han progresivamente desmantelado el Estado de Bienestar y causado el aumento de la pobreza, el desempleo y la distribución inequitativa de la riqueza. Para los grupos más vulnerables, el poder judicial ha representado el último resorte para resistir la adopción de tales políticas o para alivianar sus consecuencias.

La tendencia hacia la aplicación del derecho internacional de derechos humanos puede ilustrarse a través de muchos casos emblemáticos decididos por cortes supremas o constitucionales y por otros tribunales inferiores de distintos países de América Latina.

2.1. *Argentina*

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

En cuanto a estándares específicos, la Corte estableció en *Campodónico de Beviacqua* (2000)²⁰ que la autoridad pública tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas.²¹ Además, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité DESC,²² afirmó que el gobierno nacional tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del Pacto en los estados federales.²³ También, citando el artículo 2.1 del PIDESC, se refirió a la obligación de realizar progresivamente los derechos económicos y sociales hasta el máximo de los recursos disponibles²⁴ y al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción.²⁵ En el caso, la Corte condenó al Gobierno Nacional a mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad.

²⁰ CSJN, *Campodónico*, cit.

²¹ Cfr. Considerando 16.

²² Comité DESC, Observaciones Finales al Informe presentado por Suiza del 20 y 23-XI-98.

²³ Cfr. Considerando 19.

²⁴ Cfr. Considerando 19.

²⁵ Cfr. Considerando 18.

En *Asociación Bhengalensis* (2000),²⁶ la Corte,²⁷ reconociendo que el derecho a la salud se encuentra protegido en varios tratados internacionales de jerarquía constitucional estableció que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.²⁸ En el caso, la Corte ordenó el suministro de los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del HIV a las personas incluidas en el plan estatal al efecto.

En estos casos, la Corte argentina ha asumido que en el camino hacia la efectivización de los derechos sociales, los poderes públicos deben adoptar medidas positivas y que ésta se haya en posición de evaluar su corrección. En este sentido, tanto el Comité DESC como los expertos en la materia han coincidido ampliamente en que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales generan para los Estados obligaciones de respeto, protección y cumplimiento.²⁹

2.2. Perú

La Corte Suprema de Perú ha considerado el derecho internacional de los derechos humanos en muchas de sus decisiones. En *Azanca Alhelí Meza García* (2004)³⁰ se ha pronunciado respecto de las normas contenidas en la Constitución en concordancia con las normas pertinentes del PIDESC y la Convención Americana con relación al derecho a la salud.³¹ En cuanto a estándares

²⁶ CSJN, *Asociación Bhengalensis...*, *cit.*

²⁷ En este caso la Corte hizo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación.

²⁸ Dictamen del Procurador General, Considerando X.

²⁹ Por ejemplo, en la Observación General N° 12, el Comité estableció: “El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo*” (Cfr. Comité DESC, Observación General N° 12, párr. 15.) En la Observación General No. 13, el Comité expresó: “El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer” (Cfr. Comité DESC, Observación General No. 13, párr. 46.) El Comité DESC ha reiterado este esquema en las Observaciones Generales sobre Derecho a la Salud, (párr. 33) y Derecho al Agua (párr. 20.) Entre muchos otros autores que señalan la existencia de tres niveles de obligaciones; ALSTON, PHILIP / QUINN, GERARD “The Nature and Scope of States Parties’ obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights,” en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, Mayo 1987, p. 185; ASBJØRN, EIDE, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights,” en ASBJØRN, EIDE / KRAUSE, CATARINA / ROSAS, ALLAN (editores), *Economic, Social and Cultural rights: a Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2001, pp. 9-28; ABRAMOVICH / COURTIS, *Los derechos sociales...*, *op. cit.*, pp. 27-32; PISARELLO, GERARDO, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 119-133.

³⁰ Tribunal Constitucional de Perú, *Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*

³¹ El Tribunal Supremo ha dicho: “Asimismo, corresponde analizar la obligación del Estado en materia asistencial —para el caso de prestaciones de salud— conforme a los artículos 7°, 9°, la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párr. 7.)

específicos, el tribunal consideró que “las normas que consagran derechos sociales no pueden considerarse normas programáticas de ejecución mediata como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.”³² En consecuencia, según la Corte, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado. Esta interpretación va en línea con las consideraciones efectuadas en el Comité DESC en su Observación General N° 3 que se dedica a precisar el alcance y contenido de las obligaciones estatales contenidas en el PIDESC.³³ Entre otras cosas, destaca que no puede sostenerse una diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales.

Además, el tribunal supremo consideró en su razonamiento el principio de progresividad contenido tanto en el PIDESC como en la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador. Sostuvo de esta forma que los derechos sociales “... derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.”³⁴ 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.³⁵ En este caso, si bien el tribunal no hace referencia explícita a la jurisprudencia del Comité DESC, su influencia es indudable. Así, el Comité DESC ha sostenido que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser alcanzada en forma gradual, el PIDESC impone a los Estados la obligación de implementar en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible a la satisfacción de las obligaciones.³⁶ En el caso, el Tribunal hizo lugar a una acción de amparo y ordenó que se incluyera a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían en forma prioritaria tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud.³⁷ Además, exhortó a los poderes

³² Cfr. Considerando 11.

³³ Comité DESC, Observación General N° 3 (1990), La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.)

³⁴ Cfr. Considerando 12. En igual sentido, sostuvo el Tribunal que: “Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas” (considerando 37.)

³⁵ Así, el Tribunal adujo que: “Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.” (Considerando 39.)

³⁶ Comité DESC, Observación General N° 3, párr. 2.

³⁷ Aquí debe señalarse que el Congreso había sancionado dos leyes referidas a la atención médica integral de las personas viviendo con HIV. Mediante la Ley de Desarrollo Constitucional 26.626 se encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual. En esta ley se establecen los principios que rigen el Plan de Lucha, destacando, entre ellos, el artículo 7° de la referida norma, en cuyo texto se reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a

públicos a que se cumpliera lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 26.626 en el sentido de considerar como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.³⁸

2.3. Venezuela

El Tribunal Supremo de Venezuela, en el caso *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo* (2001),³⁹ consideró, con base en normas constitucionales y de derechos humanos, que el derecho a la salud es un derecho social fundamental y no un fin discrecional del Estado.⁴⁰ Además, sostuvo que si bien reconocía la limitación presupuestaria del organismo, en tanto y en cuanto ésta se derivara de la ineficiencia en su administración, no podía oponerse válidamente como justificación para incumplir las prestaciones del derecho a la salud.⁴¹ Según principios de derecho internacional, el Estado debe hacer un uso eficiente de los recursos. En este sentido, los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986), interpretando la obligación de los Estados de adoptar el máximo de los recursos disponibles para hacer frente a las obligaciones contenidas en el PIDESC, indican que “se deberá prestar atención a la utilización eficaz y equitativa.”⁴²

la prestación previsional que el caso requiera. Luego, la Ley 28.243 modificó la Ley 26.626 estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.³⁸ En el caso de *José Luis Correa Condori (Expte. N° 2016-2004-AA/TC)* el tribunal ratificó el criterio establecido en el caso *Azanca Alhelí Meza García*. El Tribunal consideró que, si bien se dictaron sendas resoluciones con la finalidad de establecer un sistema de atención para brindar tratamiento antirretroviral a los adultos con HIV, en el caso particular del recurrente no se acreditó que se hubieran realizado acciones concretas por parte del Ministerio de Salud o sus dependencias.

³⁹ Tribunal Superior de Venezuela, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo* (Expediente 00-1343. Sentencia N° 487), *cit.* Con fecha 2-XII-02, la Sala Constitucional ratificó su sentencia del 6-IV-01, en el caso *Loreto Tabares y otros*. La acción fue interpuesta por un grupo de pacientes con VIH contra el IVSS, en razón de que no se les hacía entrega de los medicamentos con la regularidad prescrita por los médicos tratantes.

⁴⁰ Sostuvo el Tribunal que “puede colegirse que el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida, ha sido consagrado en nuestra Carta Magna como un derecho social fundamental (y no como simples «determinaciones de fines de estado»), cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, cuyos órganos desarrollan su actividad orientados por la elevación (progresiva) de la calidad de vida de los ciudadanos y, en definitiva, al bienestar colectivo.”

⁴¹ El Tribunal sostuvo: “...esta Sala que no resulta oponible ante los beneficiarios del sistema de seguridad social que rige el prenombrado Instituto, la insuficiencia de recursos financieros derivada del incumplimiento de los patronos contribuyentes con el sistema de seguridad social, sea cual fuere su naturaleza, pues ello se circunscribe al ámbito de la administración y gerencia del órgano accionado, cuya ineficiencia no puede justificar en modo alguno, el incumplimiento del deber que le ha sido encomendado por la Ley.”

⁴² Principios de Limburgo, Principio No. 27. Los Principios de Limburgo fueron elaborados por un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América) reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986. Cfr. “Introducción, Principios de Limburgo,” Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/C.12/2000/13, 2-X-00, pp. 3-15. En igual sentido ver, ALSTON / QUINN, “The Nature...,” *op. cit.*, p. 185. El Tribunal Constitucional de Alemania resolvió que las facultades de medicina podían utilizar los recursos de los que disponían para matricular a un mayor número de estudiantes. Cfr. *Numerus Clausus I*

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

En *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social* (2005),⁴³ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo venezolano consideró las normas el Convenio N° 2 relativo a la “Norma Mínima de la Seguridad Social” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que recoge el contenido mínimo de las diferentes prestaciones que conforman el derecho a la seguridad social, para determinar las obligaciones del Estado en materia de seguridad social. En particular, hizo referencia al art. 19 que garantiza la concesión de prestaciones de desempleo. El tribunal ordenó que, en un plazo máximo de tres meses, prepare, discuta y sancione una ley sobre la materia o en su defecto, establezca un régimen transitorio que repare la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social.

2.4. Costa Rica

En el caso *William García Álvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social* (1997),⁴⁴ la Corte Suprema estableció la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, y de obligada tutela para el Estado basándose en normas de distintos pactos de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana y el PIDESC.⁴⁵ Sostuvo además, que la insuficiente capacidad financiera del Estado no puede argüirse legítimamente como justificación para desatender las obligaciones estatales respecto de los derechos a la vida y salud.⁴⁶ Por tanto, la Corte afirmó que la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social.⁴⁷ Así, ordenó a la Caja Costarricense del Seguro Social a suministrar al reclamante la terapia de combinación de antirretrovirales apropiada a su condición clínica.

En el caso *Tania González Valle* (2003),⁴⁸ en el que se solicitaba a la Caja Costarricense del Seguro Social un medicamento para tratar a una niña que padecía la enfermedad de Gaucher tipo 1, la Corte Suprema señaló que la obligación estatal de proteger los derechos a la vida y a la salud, emanaba no solamente de la Constitución Política sino también de diversos instrumentos

Case (1972), 33 BverfGE 303, citado por LANGFORD, MALCOLM, “The question of resources,” *Housing and ESC Rights Law Quarterly*, Vol. 1, N° 3, disponible en www.cohre.org/downloads/Quarterly_03.pdf.

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social*, 2-III-05.

⁴⁴ Corte Suprema de Costa Rica, *William García Álvarez...*, cit.

⁴⁵ Considerando I.

⁴⁶ Considerando III.

⁴⁷ Considerando V.

⁴⁸ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, *Tania González Valle...*, cit.

internacionales de derechos humanos. La Corte consideró que la Caja Costarricense debía optimizar el manejo de los recursos disponibles para que los recursos del sistema del seguro de salud fueran invertidos eficientemente. Considerando además el carácter letal de la enfermedad y la escasa capacidad económica de los padres, ordenó a la Caja del Seguro Social suministrar a la niña el medicamento prescripto por su médico tratante. Los principios internacionales indican, como ya mencionamos, que los estados deben hacer un uso eficiente de sus recursos y que por tanto, la ineficiencia no puede actuar de justificación razonable para el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales.

3. Decisiones judiciales sobre políticas públicas

Las experiencias relatadas en la sección anterior demuestran que el derecho internacional de los derechos humanos ha jugado un papel significativo en las decisiones de los tribunales de justicia latinoamericanos en los casos donde los derechos sociales se hallaban en juego. Estos casos sugieren, en particular, que el derecho internacional ha contribuido a definir medidas sociales y económicas de corte general. En todos estos casos, en principio, los jueces han pretendido impactar concretamente sobre las políticas públicas a fin de lograr el aseguramiento de derechos sociales. No obstante ello, muchas sentencias no han tenido la capacidad de producir las transformaciones esperadas, con lo cual la aplicación del derecho internacional —no ha conseguido, al menos por sí sólo— la efectiva reforma de una política pública.

A pesar de los muchos fracasos, no obstante, hay muchos casos en los que el derecho internacional parece haber funcionado. Debería ser posible entonces determinar con mayor precisión bajo qué circunstancias el uso del derecho internacional tiene una incidencia positiva. Si bien una respuesta exhaustiva y ampliamente documentada a esta pregunta excede las posibilidades de este ensayo nos referiremos aquí a tres variables usualmente consideradas relevantes para reflexionar acerca de las posibilidades de los tribunales para generar cambios reales en las prácticas legislativas y administrativas en materia social. Ellas son: (1) El tipo de intervención de las cortes; (2) el carácter individual o colectivo del litigio y de la decisión judicial y (3) la calidad de la interacción entre las cortes y los órganos políticos. Nos referiremos a cada una de ellas y sugeriremos que de las tres, la calidad de la interacción entre las cortes y los órganos políticos es la más relevante. Más adelante, veremos de qué manera el derecho internacional se vincula con ella.

3.1. Tipo de intervención⁴⁹

Los tribunales intervienen con diversa intensidad sobre las políticas públicas. Un primer grado de intervención —el más débil— está dado por aquellos casos en los que las autoridades

⁴⁹ A este respecto, ver ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Fostering Dialogue: The Role of the Judiciary and Litigation,” en SQUIRES, JOHN / LANGFORD, MALCOLM / THIELE, BRET, *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales in collaboration with Centre on Housing Rights and Evictions, UNSW Press, 2005.

judiciales implementan o ejecutan una política o programa previamente delineado por el legislador o la autoridad administrativa. Se trata de casos relativamente clásicos en los que los jueces confrontan hechos con normas. Los tribunales no emiten juicio de valor sobre la política o medida y se limitan a ordenar su ejecución. De esta manera, las medidas adoptadas por los poderes políticos se transforman en obligaciones legales a través de la intervención de los tribunales en situaciones donde, o bien la política o programa no estaba siendo ejecutado o bien ha comenzado a ser ejecutada por el poder administrativo y una falla en su ejecución determina su paralización, o la demora en su implementación. En materia de derechos sociales, la novedad más visible en este tipo de intervención ha sido la sujeción al control judicial de materias que antes excedían la esfera judicial —cuestiones no justiciables— y su tratamiento colectivo.

El segundo tipo de intervención está dado por aquellos supuestos en los que los tribunales examinan si la política pública o medida en cuestión es compatible con ciertos estándares legales —como por ejemplo razonabilidad, progresividad y no regresividad, no discriminación, transparencia— o con el contenido de los derechos en juego. Si el tribunal considera que la política o medida no satisface los estándares en cuestión 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 si la falla proviene del diseño legislativo o administrativo o de ambos.

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

En los tres tipos de intervención, los tribunales han decidido también actuar como árbitros del proceso de diseño o reformulación de las políticas públicas en juego, a través de la formación de mesas de negociación entre la parte afectada, los órganos estatales demandados y en ocasiones, otros representantes de la sociedad civil.⁵⁰

En general se piensa que el tipo de intervención dice algo sobre las posibilidades de éxito de la acción del poder judicial sobre políticas públicas. En la medida en que la intervención se acerque al primer tipo, existirían menos roces con el poder político, habría menos dudas acerca de cuál es la política que debe implementarse, y los jueces no deberían enfrentar mayores cuestionamientos a su legitimidad. A la inversa, los casos más cercanos al tercer tipo de intervención parecen exigir demasiadas energías a los jueces y despertar serias preocupaciones respecto de la “judicialización de la política,” o el principio de separación de poderes.

⁵⁰ Ver en este sentido, Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) y otros c. Gobernación del Distrito Federal s/ Acción de Protección*, 16-VII-01.

3.2. *Carácter colectivo o individual de la decisión*

Otro elemento al que se le ha prestado mucha atención en la práctica de Latinoamérica ha sido el litigio colectivo. El litigio de un caso, o los efectos de una decisión pueden involucrar sólo a un individuo o ser extensivos a un grupo de personas afectadas por la violación de los derechos denunciada. La intuición mayoritaria indica que la relativamente reciente posibilidad de litigar colectivamente, o de reclamar derechos de grupos, favorece las posibilidades de la justicia de incidir sobre las políticas públicas, ya sea por los efectos legales de la decisión, o por la distinta dinámica de los procesos colectivos. En este sentido, COURTIS y ABRAMOVICH, hace ya algunos años indicaban que un “obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela. Las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles clásicos.”⁵¹

3.3. *Calidad de la interacción entre jueces y poder político*

La calidad de la interacción entre los tribunales de justicia y los órganos políticos luego de una decisión relativa a una política social es también vista como uno de los elementos clave para el éxito de un reclamo. Los jueces pueden decidir involucrarse en un diálogo intenso y periódico con los poderes políticos o bien dejar librado el cumplimiento de la sentencia a su buena voluntad. Pueden decidir explotar las posibilidades mediáticas de un caso, o pueden decidirlo silenciosamente. Pueden fijar estándares en tono rotundo, o pueden ser deferentes a las defensas del Estado. Son muchas las variables que pueden motivar un diálogo entre el juez y los poderes políticos; lo que queda claro es que todos los casos que involucran la discusión de una política pública en materia social genera algún tipo de interacción, intensa, moderada o tenue; sostenida en el tiempo o instantánea; pública o silenciosa, etc.

Para los fines de este ensayo no es necesario hacer una categorización exhaustiva. Nos basta con que asumamos que hay casos que provocan diálogos que podríamos denominar robustos, porque son significativos, profundos, serios, e intervienen en él interlocutores confiables. Y otros que sólo generan una deliberación débil, por su limitado alcance, el escaso interés del tema, la presencia de interlocutores poco confiables o escasamente influyentes, la falta de interés social en el tema, etc. Por supuesto, entre los extremos se ubican infinitas variaciones.

⁵¹ ABRAMOVICH / COURTIS, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, disponible en www.juragentium.unifi.it.

Ellos mostraban como ejemplo, precisamente, que “la incidencia colectiva de la mayoría de los derechos sociales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.”

3.4. Conclusiones preliminares

Luego de examinar los casos relevados, hemos detectado que los supuestos de aplicación exitosa del derecho internacional sobre políticas públicas han sido precedidos por una actitud activa y comprometida del tribunal luego del fallo.⁵² 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— se ha generado un fructífero ámbito de negociación que permitió dar solución o iniciar un camino de solución a las distintas situaciones planteadas. En cualquiera de los tipos de intervención que hemos referido antes, e incluso tanto en casos colectivos como individuales, la intervención judicial exitosa a favor de derechos sociales ha sido aquella en la que logró provocarse un diálogo intenso entre los jueces y los poderes políticos. En estos casos, los jueces han tenido la capacidad política de involucrar de modo efectivo a los funcionarios relevantes para la corrección de la situación denunciada.

De tal modo, podemos concluir —de manera preliminar— que cuando se ha verificado una intensa interacción entre el órgano judicial y los órganos políticos se ha registrado un cambio en la política pública o bien el comienzo de un proceso en esa dirección. En los casos que implican modificaciones estructurales, cambios de orientación o implementación de nuevas políticas públicas, la ejecución de las sentencias ha resultado especialmente compleja, pero en la medida en que el tribunal adoptó una actitud activa y tuvo la habilidad de involucrarse en un diálogo constante con las autoridades administrativas las posibilidades de éxito aumentaron. En cambio, los casos en los que el órgano judicial no ha intervenido o la interacción con los poderes políticos ha sido de baja intensidad o esporádica, registran un menor nivel de cumplimiento.

El tipo de intervención judicial parecería no influenciar particularmente en la capacidad de la decisión para producir una transformación de la política pública. Los casos en los que los jueces sólo ejecutan o ponen en marcha una política previamente establecida, parecerían ser de más fácil cumplimiento, como dijimos, debido a la previa intervención de los poderes políticos y la consecuente decisión mayoritaria. Sin embargo, ésta no parece ser la tendencia mayoritaria. El caso argentino *Asociación Benghalensis*, por ejemplo, muestra que a pesar de la existencia de una ley del Congreso y de los correspondientes decretos administrativos de implementación del programa en materia de HIV, la decisión judicial no tuvo el efecto de lograr el normal suministro de los medicamentos a los pacientes. Mientras que, por el contrario, el caso *William García Álvarez* de Costa Rica,⁵³ sugiere que aún en ausencia de un programa social es posible poner en funcionamiento una política pública, incluso a pesar de la inexistencia de la voluntad parlamentaria en ese sentido.

⁵² Entre otros, podemos citar los siguientes casos *Hospital de Niños de Caracas* (Venezuela), *cit.*; *William García Álvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social* (Costa Rica), *cit.*; *Viceconte* (Argentina), *cit.*; *Sandra Clemencia Perez Calderón y otros contra el Ministerio de Salud y la Alcaldía de Santa Fe de Bogotá, DC — Secretaría Distrital de Salud*, 20-V-98, Sentencia SU-225/98; *Jaramillo* (Colombia), *cit.*; *Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social* (Venezuela), *cit.* Todos disponibles en la Base de Datos de Jurisprudencia de la Red DESC.

⁵³ El caso individual logró que el Gobierno de Costa Rica implementara un programa por el cual se otorga el tratamiento de la triterapia a las personas viviendo con HIV.

El carácter individual o colectivo de la decisión tampoco parece ser un elemento determinante de la capacidad transformadora de la decisión judicial en las políticas públicas. Como mencionamos, la intuición mayoritaria indica que el formato colectivo del litigio o de la sentencia, favorecería la capacidad de incidencia del poder judicial sobre las políticas públicas. No obstante, observamos, por un lado, que muchos casos individuales que —sea por su reiteración o por su habilidad de poner en la agenda pública cierta problemática— han tenido una enorme capacidad de provocar un impacto colectivo —entre los mencionados aquí, éste es el caso de *HIV* en Costa Rica. Por otro lado, también encontramos casos colectivos que han sido incapaces de producir efectos generales, como *AV*.

La aplicación del derecho internacional no ha sido por sí misma clave o decisiva para potenciar la capacidad de influencia de los jueces, sino cuando ha servido para nutrir y potenciar las habilidades de los jueces para abrir o mantener el diálogo con los poderes políticos. En otros términos, cuando ha venido a aumentar la capacidad política de los tribunales frente a los otros poderes del Estado, a darles una voz más potente e influyente en su relación con los otros agentes a cargo de la política pública.

4. Reflexiones finales. Contribuciones del derecho internacional a la intervención judicial sobre políticas públicas

Recapitulando entonces, y a manera de sistematización de las ideas presentadas en este trabajo, presentaremos cinco contribuciones concretas del derecho internacional a las capacidades de intervención de los jueces en materia de políticas públicas de corte social y económico.

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

En la misma línea, pero con un grado mayor de sofisticación, otro aporte del derecho internacional a la capacidad de intervención de los jueces en el diseño o reformulación de políticas públicas ha sido la precisión de estándares por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Los sistemas internacionales de protección de derechos en todas sus formas —comisiones, relatores, comités, grupos de estudio, paneles, etc.— dan contenido concreto a las aspiraciones de los tratados. En general, el desarrollo detallado de los principios generales y de los contenidos concretos de los derechos sociales permeó desde el

discurso internacional hacia las prácticas judiciales en Latinoamérica. Los jueces no sólo han sido habilitados para participar del diálogo político sobre las medidas conducentes a la efectivización de los derechos sociales, sino que pueden hacerlo con sofisticación, con claridad conceptual y con el valor agregado de estar participando de un discurso prestigiado por la práctica internacional y opiniones expertas. La clarificación de estándares por parte de los órganos internacionales, por supuesto, también redundó en una definición más precisa del papel de los tribunales

El derecho internacional también ha permitido a los jueces involucrar a los poderes políticos legítimamente. Los jueces pueden dialogar con los poderes políticos en parte porque existe un compromiso estatal de atender a ciertas situaciones. El derecho internacional ilumina una dimensión de los derechos sociales en la cual jueces y actores políticos son igualmente responsables frente a las personas individuales. En términos democráticos, los jueces recibieron una autorización fuerte para intervenir a favor de los derechos sociales y para actuar en nombre de sus titulares. El derecho internacional también ha fortalecido la capacidad de los jueces para involucrar activamente a los distintos órganos estatales en la discusión acerca de las medidas a ser adoptadas.

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 procedimentales adecuados para los procesos colectivos a fin de lograr resultados justos y equitativos y permitir una adecuada participación de todas las partes afectadas por la situación que da origen al proceso.

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